

## § 9 Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis

**Weiterführende Literatur:** Bauer/Hahn, Zum Annahmeverzug des Arbeitgebers bei unwirksamer Kündigung, NZA 91, 216; Dütz, Arbeitsrecht § 5; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis; Ramrath, Reform des Leistungsstörungenrechts, Auswirkungen auf unser Arbeitsvertragsrecht, MDR 1995, 973 ff; Rückert, Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst- und Arbeitsvertrag, ZfA 1983, 1 ff; Schwerdtner, Rechtsprobleme des Annahme-(Gläubiger)verzugs, Jura 1988, 419 ff; Stahlhacke, Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis, AuR 1982, 8 ff; v. Stebut, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, RdA 1991, 216 ff.

### 1. Zur Systematik

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses können -verursacht durch den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer, Dritte oder durch Zufall- Leistungsstörungen eintreten, welche die ordnungsgemäße Erfüllung des Arbeitsvertrages als Ganzes oder in Teilen verhindern, verzögern oder unmöglich machen. Nach klassischem zivilrechtlichen Verständnis können sich Leistungsstörungen ergeben aus der **Unmöglichkeit** der Leistung (teilweise auch als Nichtleistung bezeichnet), dem (Schuldner- oder Gläubiger)**verzug** oder einer **Pflichtverletzung** (zu Leistungsstörungen generell vgl. Meub, Zivilrecht, Schuldrecht, Allgem. Teil, §§ 9 ff).

Als vollkommen zweiseitiger Vertrag unterliegt der Arbeitsvertrag -wie auch der Kauf- oder Werkvertrag- bei Leistungsstörungen zunächst den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts des BGB. Allerdings werden die allgemeinen schuldrechtlichen Normen der §§ 275, 280 ff, 293 ff, 320 ff BGB sowohl von einigen Regelungen des Besonderen Teils des Schuldrechts (z.B. §§ 615, 616 BGB) als auch durch eine Vielzahl von arbeitsrechtlichen Sondervorschriften teilweise gänzlich überlagert und verdrängt. Der Grund hierfür besteht zum einen in der Besonderheit des Arbeitsvertrages als Dauerschuldverhältnis und zum anderen in seiner sozialen und existenzsichernden Komponente.

**Bsp.:** Aus § 326 Abs. 1 S. 1 1. Hlfs. BGB lässt sich der Grundsatz: „**kein Lohn ohne Arbeit**“ ableiten. Jedoch wird dieser Grundsatz durch eine Vielzahl von Ausnahmen durchbrochen (z.B. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, bezahlter Erholungsurlaub, bezahlte Freistellung für Betriebsratstätigkeit, Betriebsstörung).

Im vorliegenden Kapitel wird der Frage nachgegangen, ob und wie sich Leistungsstörungen auf die Durchführung eines Arbeitsverhältnisses auswirken. Um den Umfang dieses Kapitels nicht zu sprengen, werden die Fallgruppen der unverschuldeten Arbeitsausfälle, also Fälle, bei denen zwar eine Nicht- oder nicht ordnungsgemäße Leistung, aber keine Pflichtverletzung vorliegt, im nächsten Kapitel (vgl. § 10) erörtert.

## 2. Pflichtverletzungen durch den Arbeitgeber

Kann der Arbeitgeber seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag nicht erbringen oder erfüllt er eine ihm obliegende Haupt- oder Nebenpflicht nicht oder nicht ordnungsgemäß, liegt begrifflich eine Leistungsstörung vor. Ein hiervon betroffener Arbeitnehmer kann je nach Anspruchsgrundlage den gesetzlich folgende Rechtsfolgen geltend machen:

- Anspruch auf Erfüllung (oder Unterlassung),
- Ausübung des Zurückbehaltungsrechts,
- Aufwendungs- oder Schadensersatz,
- Kündigung.

Zur Durchsetzung seiner Ansprüche kann der Arbeitnehmer nach eigener Wahl seine Anhörungs- und Beschwerderechte nach §§ 82 ff BetrVG ausüben, den Betriebsrat einschalten oder seine Ansprüche gerichtlich geltend machen.

### 2.1 Verletzung des Beschäftigungsanspruchs

Grundsätzlich hat jeder Arbeitnehmer im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses einen originären Anspruch auf Beschäftigung. Anders gewendet: Der Arbeitgeber ist nicht nur verpflichtet, dem Arbeitnehmer Lohn zu zahlen, sondern ihn auch tatsächlich zu beschäftigen (BAG GS DB 1985, 2197; BAG AP Nr. 2 ff zu § 611 BGB). Dieser Anspruch ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag i.V.m. Art. 1 u. 2 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht). Verletzt der Arbeitgeber diesen Beschäftigungsanspruch, kann ihn der Arbeitnehmer auf Vertragserfüllung in Anspruch nehmen.

Dieser Beschäftigungsanspruch ist abdingbar. Der Arbeitgeber muss dem Anspruch nicht nachkommen, wenn der Arbeitnehmer kein Interesse an einer Beschäftigung hat. Der Beschäftigungsanspruch findet seine Grenze in der Zumutbarkeit für den Arbeitgeber: von ihm kann z.B. nicht verlangt werden, einen Arbeitnehmer, der Betriebsgeheimnisse verraten oder gestohlen hat, weiter zu beschäftigen, da Wiederholungsgefahr besteht; gleiches gilt bei Auftragsmangel.

Wegen der Eilbedürftigkeit sind solche Leistungsklagen im einstweiligen Verfügungsverfahren vor dem Arbeitsgericht möglich, § 62 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 935, 940 ZPO.

### 2.2 Verletzung der Lohnzahlungspflicht

Eine Verletzung der Vergütungspflicht kann in sehr unterschiedlicher Form und Intensität auftreten.

**Bsp(e):** Schlichte Zahlungsverweigerung; verspätete Lohnzahlung; der Arbeitgeber nimmt die ihm angebotene Arbeitsleistung nicht an; der Arbeitgeber

zahlt dem pfändenden Gläubiger seines Arbeitnehmers zu viel; der Arbeitgeber zahlt ungleichen Lohn für gleiche Arbeit.

Da sich der Arbeitnehmer im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses Arbeitsvertrag auf die Lohnhöhe und den Auszahlungszeitpunkt eingestellt hat, können Verletzungen der Lohnzahlungspflicht für den Arbeitnehmer im Einzelfall existenzgefährdenden Charakter haben. Eine Lohnzahlungsklage kann dabei prinzipiell auf drei unterschiedliche Anspruchsgrundlagen gestützt werden: Unmöglichkeit, §§ 326 Abs. 2 BGB, Schuldnerverzug, §§ 286 BGB oder Annahmeverzug i.S.d. § 615 BGB.

### 2.2.1 Schlichte Leistungsverweigerung

Praktisch bedeutsam ist die **schlichte Leistungsverweigerung** durch den Arbeitgeber, also Fälle, in denen zwar der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbracht hat, der Arbeitgeber hingegen nicht zahlt. Kommt der Arbeitgeber seiner Lohnzahlungspflicht nicht oder nicht rechtzeitig nach, tritt keine Unmöglichkeit ein (eine Geldschuld kann nicht unmöglich werden, das Beschaffungsrisiko liegt beim Arbeitgeber, §§ 270, 276 Abs. 1 S. 1 BGB; im Zivilrecht gilt der Grundsatz: Geld hat man zu haben), sondern der Arbeitgeber kommt vielmehr in **Schuldnerverzug**. Da Lohn üblicherweise zu festen Terminen gezahlt wird, tritt nach § 286 Abs. 2 BGB der Verzug durch bloße Fristüberschreitung ohne gesonderte Mahnung ein. Der Arbeitnehmer kann mithin gemäß §§ 611, 280 Abs. 2, 286 BGB Schadensersatz in Höhe des ausstehenden Lohnes verlangen. Außerdem kann er ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Arbeitgebers auch Ersatz eines weiteren, durch die verspätete Zahlung verursachten verspätungsschadens geltend machen, § 288 Abs. 4 BGB.

**Bsp.:** Bankzinsen bei Kontoüberziehung.

Weiterhin kann der Arbeitnehmer bei nicht unerheblicher (arg. aus § 320 Abs. 2 BGB) Lohnforderung seine Arbeitsleistung unter Fortbestand seines Lohnanspruches **zurückbehalten**, bis der Arbeitgeber die rückständige Vergütung bezahlt hat.

Ist der Lohn im Voraus zu entrichten, kann sich der Arbeitnehmer gemäß § 320 BGB weigern zu arbeiten. Ist der Arbeitnehmer -wie in der Praxis üblich und in § 614 BGB vorgesehen- andererseits vorleistungspflichtig, ergibt sich das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB und gilt nur für die zukünftig zu erbringende Leistung.

Zusätzlich kann der Arbeitnehmer bei beharrlicher oder wiederholter Zahlungsverweigerung den Arbeitsvertrag außerordentlich kündigen, § 626 BGB und Schadensersatz aus § 628 BGB für die vorzeitige Vertragsbeendigung verlangen.

## 2.2.2 Der Annahmeverzug, § 615 BGB

Eine Leistungsstörung des Arbeitsverhältnisses liegt auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer zwar bereit und imstande ist, die ihm obliegende Arbeitsleistung ordnungsgemäß zu erbringen, der Arbeitgeber die angebotene Leistung jedoch nicht annimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist und ihm die Annahme der Leistung auch objektiv möglich gewesen wäre (**Annahmewilligkeit**).

**Bsp:** Keine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei unwirksamer Kündigung; Angriffsaussperrung; der Patient erscheint nicht zum Arzttermin; der Mandant nimmt den vereinbarten Termin mit seinem Rechtsanwalt nicht wahr.

Denn nach §§ 611, 615 S. 1 i.V.m. §§ 293 ff BGB bleibt der Lohnanspruch erhalten, wenn der Dienstberechtigte durch Verweigerung der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug geraten ist. Die Abgrenzung zur Erfüllungsverweigerung und zur Unmöglichkeit ist in der Literatur zwar teilweise dogmatisch umstritten (zum Meinungsstand vgl. Schaub in Münchner Kommentar zu § 615, Rz. 3 ff), sachlich aber relativ einfach: Gegenüber dem Erfüllungsverweigerung aus § 611 BGB grenzt sich der Annahmeverzug dadurch ab, dass die Arbeitsleistung noch nicht erbracht ist, gegenüber den Fällen der Unmöglichkeit dadurch, dass hier das Arbeitsverhältnis fortbesteht.

Kurz zu den Voraussetzungen des § 615 BGB:

- (1) Erfüllbares Dienstverhältnis;
- (2) Ordnungsgemäßes Angebot der Arbeitsleistung;
- (3) Möglichkeit der Arbeitsleistung;
- (4) Nichtannahme der Arbeitsleistung.

§ 615 BGB ist keine eigenständige Anspruchsgrundlage. Die Vorschrift stellt lediglich klar, dass ein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis weiterhin besteht und der Arbeitnehmer bei Annahmeverzug, trotz der an sich noch möglichen Leistung, nicht zu deren Nachholung (zu einem anderen Zeitpunkt) verpflichtet ist.

§ 615 BGB ist zwar prinzipiell abdingbar; dies bedarf jedoch ausdrücklicher und inhaltlich klarer Vereinbarungen (BAG DB 1963, 591).

### 2.2.2.1 Erfüllbares Dienstverhältnis

Es muss ein rechtswirksames, erfüllbares Dienstverhältnis vorliegen, d.h. das Vertragsverhältnis muss (fort)bestehen und die Dienstleistung muss für den Dienstverpflichteten tatsächlich auch erfüllbar sein. Kann also beispielsweise der Arbeitnehmer wegen widriger Witterungsbedingungen den Arbeitsplatz nicht erreichen, liegt wegen § 297 BGB kein Annahmeverzug nach § 615 BGB, sondern Unmöglichkeit vor (BAG DB 1983, 396), mit der Folge, dass die

Arbeitszeit nicht nachgeholt werden muss und der Arbeitgeber keinen Lohnausgleich schuldet (§§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 2 BGB).

#### **2.2.2.2 Ordnungsgemäßes Angebot der Arbeitsleistung**

Wie auch der Gläubigerverzug nach §§ 293 ff BGB setzt § 615 S. 1 BGB voraus, dass der Dienstverpflichtete seine Arbeitsleistung angeboten haben muss. Wie nun das Angebot ordnungsgemäß erbracht wird, richtet sich prinzipiell nach §§ 294 ff BGB, wobei diese Vorschriften nicht unmittelbar angewandt werden können, sondern einiger gradueller Anpassungen an das Dauerschuldverhältnis Arbeitsvertrag bedürfen (so auch Schaub in Münchner Kommentar zu § 615 Rz. 12).

Grundsätzlich ist ein **tatsächliches Angebot** erforderlich, § 294 BGB, d.h. der Dienstverpflichtete muss seine Arbeitsleistung prinzipiell persönlich, zur rechten Zeit, am rechten Ort, in der richtigen Art und Weise anbieten (vgl Meub, Zivilrecht, Schuldrecht Allgem Teil, § 3). Ein **wörtliches Angebot** genügt, wenn der Dienstberechtigte erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen, § 295 BGB oder er eine erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vornimmt. Erteilt also z.B. der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Verbot, den Betrieb zu betreten, wäre es ein überflüssiger Formalismus, auf einem tatsächlichen Angebot zu bestehen; hier reicht ein wörtliches Angebot. Gleiches gilt bei unwirksamen Kündigungen: hier wurde früher teilweise das Angebot bereits in der bisherigen Arbeitsleistung gesehen, nach richtiger Ansicht dürfte aber in solchen Fällen i.d.R. noch eine Erklärung des Arbeitnehmers hinzukommen müssen, aus der seine Bereitschaft zur Arbeitsleistung hervorgeht (BGH NZA RR 1997, 329) und sei es in der Form einer Kündigungsschutzklage (st. Rspr., vgl. z.B. BAG DB 1990, 2073).

#### **2.2.2.3 Möglichkeit der Arbeitsleistung**

Die Arbeitsleistung muss für den Dienstverpflichteten tatsächlich und rechtlich möglich sein. Dies ist z.B. nicht der Fall beim Fehlen der Fahrerlaubnis oder bei starker Alkoholisierung des Arbeitnehmers (LAG Schleswig BB 1989, 224).

Gründe für ein Unterbleiben der Arbeitsleistung sind z.B., dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer am Betreten des Betriebes hindert, ihm keine Arbeit zuweist, ihm die notwendigen Vorschüsse auf Auslagen oder Fahrtkosten nicht zahlt oder ihm keine Geräte oder Materialien überlässt.

#### **2.2.2.4 Nichtannahme der Arbeitsleistung**

Ein Dienstberechtigter gerät in Annahmeverzug, wenn er

- die ihm angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt oder
- nur bereit ist, den Dienstverpflichteten mit anderen Arbeiten als vertraglich vorgesehenen zu beschäftigen oder
- verlangt, ein völlig neues Arbeitsverhältnis einzugehen oder
- notwendige Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt.

Auf ein **Verschulden** des Dienstberechtigten kommt es nicht an. Typisch für den Annahmeverzug i.S.d. § 615 BGB ist die **Annahmewilligkeit** des Dienstberechtigten. Dies grenzt den Annahmeverzug auch gegenüber der Lehre vom Betriebsrisiko ab, dessen Regelungsinhalt die Annahmefähigkeit ist (näher hierzu § 10, Zif. 10).

Der Annahmeverzug endet, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung wieder annimmt oder das Arbeitsverhältnis endet.

### 2.2.2.5 Rechtsfolge

Sofern der Annahmeverzug für das Unterbleiben der Dienstleistung ursächlich gewesen ist, behält der Dienstverpflichtete seinen Lohnanspruch. Den Dienstverpflichteten trifft weiterhin keine Nachleistungspflicht, d.h. er wird für den betroffenen Zeitraum von seiner Arbeitspflicht frei und braucht die ausgefallene Arbeitszeit nicht nachzuholen. Allerdings muss er sich das anrechnen lassen, was er infolge des Wegfalls der Arbeitsleistung erspart (z.B. Fahrtkosten), anderweitig erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, § 615 S. 2 BGB. Um ein böswilliges Unterlassen handelt es sich, wenn ein Arbeitnehmer grundlos zumutbare Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm zumutbare Arbeit angeboten wird. Dabei stellt das Unterlassen einer Meldung als Arbeitssuchender beim Arbeitsamt noch kein böswilliges Unterlassen dar (BAG, DB 2001, 203). Allerdings muss sich der Arbeitnehmer über die Sondervorschrift des § 11 Nr. 3 KSchG auch erhaltene Leistungen von Arbeitslosengeld etc. anrechnen lassen.

### 2.2.3 Annahmewilligkeit

Kann der Arbeitnehmer aufgrund eines Leistungshindernisses seine Arbeitsleistung nicht erbringen, obwohl er dazu bereit und in der Lage ist, kann auch Annahmewilligkeit vorliegen.

#### **Fall: Der Brand im Kabarett** (nachgebildet BAGE 21, 263 ff)

Kabarettbesitzer K hat den Zauberer Z für den Zeitraum vom 1.10. bis 31.10. eingestellt, um allabendlich am Programm mitzuwirken. Z trat bis zum 12.10. einschließlich regelmäßig auf. In der Nacht zum 13. 10. brannte das Lokal total aus. Der Brand entstand, weil sich nach Geschäftsschluss ein Feuer entwickelte, das auf den Zuschauerraum und die Bühne übergriff.

Als Z am nächsten Tag im Kabarett erscheint, teilt K ihm mit, dass er ihn nicht mehr beschäftigen könne und schickt ihn mit dem Lohn vom 1. bis zum 12.10. nach Hause.

Z verlangt seinen restlichen Lohn für die Zeit vom 13. bis 31.10. Zu Recht?

1. Die „klassische Anspruchsgrundlage“ für den dienstvertraglichen Vergütungsanspruch, § 611 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag kommt hier nicht zum Zuge, da Z (nach § 614 BGB vorleistungspflichtig!) für den fraglichen Zeitraum Lohn ohne Arbeit verlangt.
2. Anwendbar könnte jedoch der als *lex specialis* gegenüber § 326 Abs. 2 BGB (Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, Rdnr. 272) vorrangige § 615 S. 3 (i.V.m. § 611 BGB) sein, so dass Z seine Restlohnforderung gegen K hierauf stützen könnte.
  - (1) Erste Voraussetzung ist, dass es sich um ein erfüllbares Dienstverhältnis handelt. Der Arbeitsvertrag selbst ist durch den Brand nicht beendet, lediglich die Darbietung der Zauberkunststücke ist durch den Brand wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll. Die Erbringung der geschuldeten Dienstleistung ist dem Z nach wie vor möglich.
  - (2) Weiterhin wird ein ordnungsgemäßes Angebot der Arbeitsleistung verlangt. Z hat seine Arbeitsleistung am 13.10. ordnungsgemäß angeboten. Aufgrund der Weigerung des K, ihn künftig weiterzubeschäftigen, braucht Z sein Angebot in den folgenden Tagen auch nicht mehr zu wiederholen.
  - (3) Dritte Voraussetzung ist, dass die Arbeitsleistung für den Dienstverpflichteten auch tatsächlich und rechtlich möglich sein muss. Abgesehen davon, dass K die Annahme der Arbeit verweigert, wäre dem Z die Erbringung der Dienstleistung möglich gewesen.
  - (4) Letzte Voraussetzung ist die Nichtannahme der Leistung. Dies ist hier unzweifelhaft gegeben, da K die ihm ordnungsgemäß angebotene Bereitschaft zur Leistungserbringung nicht annimmt.

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen der §§ 611, 615 BGB liegen somit vor. K bleibt folglich zur Gegenleistung verpflichtet. Jedoch muss Z sich das anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart (z.B. Fahrt- oder externe Übernachtungskosten) oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben bösgläubig unterlässt, § 615 S. 2 BGB. Ein Ersatzengagement dürfte für die 14 Tage wohl kaum zu finden sein, so dass insoweit keine Anrechnung erfolgen kann.

## 2.3 Nichterfüllung von Nebenpflichten

Erfüllt der Arbeitgeber ihm obliegende **Nebenpflichten** (etwa durch Missachtung technischer oder medizinischer Arbeitsschutzvorschriften) nicht, kann der Arbeitnehmer **Erfüllung** dieser Nebenpflichten verlangen. In der Praxis wird in solchen Fällen häufig durch eine Beschwerde nach §§ 82 ff BetrVG oder die Einschaltung interner Stellen (Sicherheitsbeauftragter, Betriebsrat) eine befriedigende Lösung gefunden.

Liegt eine fällige und nicht unbedeutende (arg. aus § 320 Abs. 2 BGB) Nebenpflichtverletzung vor, kann der Arbeitnehmer überdies aus § 273 BGB seine Arbeitsleistung so lange **zurückbehalten**, bis die Nebenleistung erbracht ist. Für diesen Zeitraum bleibt der Vergütungsanspruch selbstverständlich bestehen, §§ 615, 295 S.1 BGB.

Kommt es infolge schuldhafter Nichterfüllung von Nebenpflichten zu einer Schädigung, kann der Arbeitnehmer außerdem je nach Art der Nebenpflichtverletzung **Aufwendungsersatz** aus § 284 BGB oder **Schadensersatz** aus §§ 280, 241 Abs. 2 BGB (Sondervorschriften hierzu enthalten §§ 618 Abs. 3 BGB, 62 Abs. 3 HGB) oder aus §§ 823 ff BGB geltend machen.

Abgesehen davon besteht für den Arbeitnehmer jederzeit die Möglichkeit, ordentlich oder beim Vorliegen eines wichtigen Grundes außerordentlich zu kündigen. Ob die Nebenpflichtverletzung einen wichtigen Grund darstellt, hängt davon ab, ob dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wegen der Pflichtverletzung objektiv noch zugemutet werden kann oder nicht (hierzu ausführlicher § 12). In krassen Fällen wird ein Arbeitnehmer seine Kündigung mit einem Schadensersatzanspruch (und ggf. einem Zurückbehaltungsrecht) kombinieren können.

**Bsp:** Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz durch den Arbeitgeber (näher hierzu nachfolgend unter Zif. 3.2.1).

## 3. Pflichtverletzungen durch den Arbeitnehmer

Kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringen oder erfüllt er die ihm aus dem Arbeitsvertrag obliegende Haupt- oder Nebenpflichten nicht oder nicht ordnungsgemäß, liegt begrifflich eine Leistungsstörung vor. Als Sanktionsmechanismen kommen prinzipiell folgende Rechtsfolgen in Betracht:

- Lohnkürzung,
- Schadensersatz oder
- Kündigung.

Sofern vereinbart, können auch Betriebsbußen oder Vertragsstrafen fällig werden. Außerdem stehen dem Arbeitgeber bei leichteren Verstößen ggf. Sanktionsmittel wie Rüge, Ermahnung oder Abmahnung zur Verfügung.

### 3.1 Verletzung der Arbeitspflicht

Die Arbeitsleistung ist vertragliche Hauptpflicht des Arbeitnehmers. Eine Störung dieser Leistungspflicht kann eintreten, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung überhaupt nicht oder schlecht erbringt.

#### 3.1.1 Die schuldhafte Nichtleistung

Verweigert der Arbeitnehmer schuldhaft seine Arbeit, sei es, dass er die Arbeit nicht aufnimmt (vgl. § 8 Zif. 1.1.8, Fall: Gleich zwei neue Jobs), er schlicht der Arbeit fernbleibt, oder er das Arbeitsverhältnis vorzeitig abbricht, kann der Arbeitgeber ihn beim Arbeitsgericht **auf Arbeitsleistung verklagen**. Jedoch bewertet unsere Rechtsordnung die Freiheit der Arbeitsplatzwahl höher als die Vertragstreue: Denn der Erfüllungsanspruch ist zwar einklagbar, aber auf Grund von § 888 Abs. 3 ZPO nicht vollstreckbar! Auf Antrag des Arbeitgebers kann das Gericht den Arbeitnehmer aber für den Fall, dass er seine Arbeit nicht innerhalb einer bestimmten Frist aufgenommen hat, zur Zahlung einer nach freiem Ermessen festzusetzenden Entschädigung verurteilen, § 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG (näher hierzu § 8 Zif. 1.1.8 Fall: Gleich zwei neue Jobs).

Ist die Erbringung der Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer bereits von Anfang an unmöglich, etwa weil einem einzustellenden LKW-Fahrer der Führerschein entzogen ist, einem anzustellenden Arzt die Approbation fehlt oder ein Ausländer nicht über die erforderliche Arbeitserlaubnis verfügt, kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag anfechten. Da der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann, hat er auch keinen Anspruch auf Lohn, sondern ist vielmehr zum Schadensersatz verpflichtet (zur Höhe vgl. § 8, Zif. 1.1.8, Fall: Gleich zwei neue Jobs).

Tritt die Unmöglichkeit erst nach Vertragsschluss ein, liegt **nachträgliche Unmöglichkeit** vor. Hat der Arbeitnehmer diese nachträgliche Unmöglichkeit zu vertreten (§ 326 Abs. 2 BGB), z.B. weil er sich die Arbeitsstelle mit gefälschten Zulassungsbescheinigungen (wie Schweißzertifikaten oder Approbation) erschlichen hat oder erlischt die Arbeitsbescheinigung, ist (ggf. neben der Anfechtung) der Arbeitsvertrag grundsätzlich kündbar, der Arbeitnehmer verliert seinen Lohnanspruch und ist ggf. zum Schadensersatz verpflichtet (zur Arbeitserlaubnis und ihrem Wegfall näher Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 28, 5 m.w.N.). Jedoch ist bekanntlich eine Voraussetzung für die Anwendung des § 326 Abs. 2 BGB, dass die Unerbringbarkeit **vom Arbeitnehmer zu vertreten** ist. Bei der Frage des Verschuldens ist hier Vorsicht geboten: Im Arbeitsrecht ist

die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung unverschuldet, solange sie nicht auf einem groben Verschulden beruht. Überdies ist der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber auch nicht verpflichtet, sich arbeitsfähig zu halten (LAG Hamm BB 1971, 478 m.w.N.). Dementsprechend wird z.B. für den Verlust des Führerscheins stark auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen sein: ist der Führerscheinentzug endgültig oder vorübergehend, während der Arbeitszeit oder privat erfolgt, die Arbeitsleistung ausschließlich von der Fahrerlaubnis abhängig (Bsp: Bus- oder Taxifahrer), der Arbeitnehmer anderweitig einsetzbar u.s.w.?

Bei schuldhafter Verletzung der Arbeitspflicht kann der Arbeitgeber außerdem den **Lohn für die nichtgeleistete Arbeit einbehalten** (§ 320 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 614 BGB), bzw. zurückfordern (§§ 812 ff BGB) und den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer ggf. **fristlos kündigen** (§ 626 BGB).

Die Lohnkürzung wird bei Arbeitern durch Vergleich der Monats-Soll-Arbeitsstunden mit den Ist-Stunden berechnet, bei Angestellten wird das Gehalt für jeden Ausfalltag um 1/30 gekürzt (BAG EzA § 191 BGB Nr. 2).

Außerdem kann der Arbeitgeber ggf. vom Arbeitnehmer **Schadensersatz wegen Pflichtverletzung** aus §§ 280, 281 BGB verlangen, der ihm durch die nicht erbrachte Leistung entstanden ist.

### 3.1.2 Die Schlechtleistung

Ist z.B. ein Kaufgegenstand oder ein Werk mangelhaft oder weist eine Mietsache einen Fehler auf, ergeben sich gesetzliche Mängelhaftungsrechte aus den §§ 434 ff, 633 ff oder 536 ff BGB. Diese Systematik setzt sich im Dienstvertragsrecht nicht fort, denn die §§ 611 ff BGB enthalten keine Mängelhaftungsvorschriften. Zum Einstieg in die Problematik der mangelhaften Arbeitsleistung soll folgender Fall dienen:

#### **Fall: Nur Murks**

B ist bereits seit längerem in der Buchhaltung von A beschäftigt. Die ihr dort zugewiesene Tätigkeit, die Kontierung von Belegen, hat sie bisher im Wesentlichen zufrieden stellend bewältigt. Das ändert sich schlagartig, nachdem eine neue Buchungssoftware installiert wurde. Trotz gründlicher Schulung kommt B mit den neuen Programmen nicht zurecht. Alle Eingaben sind so fehlerhaft, dass sie laufend von einer Kollegin kontrolliert und regelmäßig korrigiert werden müssen. Frage:

1. Kann A das Gehalt der B kürzen? Kommt es darauf an, ob B sich Mühe gegeben hat?
2. Wie wäre es bei absichtlicher Schlechtarbeit?

## zu 1.: Gehaltskürzung

1. Der Lohnanspruch der B gegen A ergibt sich aus § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag. Danach ist die B nur zur Leistung der versprochenen Dienste, nicht jedoch zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verpflichtet.
2. Einwand: Schlechtleistung gleich Nichtleistung?  
Man könnte hiergegen einwenden, dass die B so schlecht gearbeitet hat, dass dies einer Nichtleistung gleichzustellen ist. Dann hätte B, da die Arbeit nicht nachgeholt werden kann und deshalb unmöglich geworden ist, ihren Lohnanspruch nach § 326 Abs. 1 S. 1 1. Hlts. BGB verloren. Rspr. und h.L. halten jedoch eine **Gleichstellung der Schlechtleistung mit der Nichtleistung** im Arbeitsrecht im Wesentlichen aus zwei Gründen für **unzulässig**: Aus systematischer Sicht wird zunächst darauf verwiesen, dass auch sonst im Schuldrecht die Schlechtleistung nirgends nach Unmöglichkeitregeln behandelt wird. Außerdem ist geradezu vertragstypisch für den normalen Dienstvertrag, dass der Arbeitnehmer keinen Arbeitserfolg schuldet, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und sie entsprechend den Weisungen des Arbeitgebers einzusetzen hat. Diese Pflicht erfüllt auch der Arbeitnehmer, der schlecht arbeitet!
3. Minderung wegen Schlechtleistung?  
Mängelhaftungsrechte wie in Kauf-, Werk- oder Mietvertragsrecht gibt es mit Dienstvertragsrecht nicht. Es liegt jedoch **keine auslegungsbedürftige Regelungslücke** im Dienstvertragsrecht vor, die man durch analoge Anwendung der Mängelhaftungsvorschriften anderer Vertragsarten schließen könnte. Anders als in anderen Vertragsarten schuldet der Arbeitnehmer nicht die Lieferung eines mangelfreien Gegenstandes oder die Herbeiführung eines Erfolges. Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist vielmehr das zur Verfügung stellen seiner Arbeitskraft und das Bemühen um Erfolg, nicht hingegen ein bestimmtes Arbeitsergebnis.

Häufig wird Schlechtarbeit vielmehr gerade deshalb vorliegen, weil der Arbeitnehmer den ihm übertragenen Aufgaben nicht gewachsen ist. Der Arbeitgeber ist aber dafür verantwortlich, dass der Arbeitnehmer die Arbeit erhält, die er erfüllen kann. Wird er hiervon überfordert, kann der Arbeitgeber ihm eine andere Arbeit zuweisen, notfalls sogar kündigen. Aus Gründen der Existenzsicherung kann er ihn aber nicht (teilweise) umsonst arbeiten lassen. Nach h.M. berechtigt mithin selbst schuldhaftes Schlechtleistung den Arbeit-

geber nicht zur Lohnminderung, sondern allenfalls zur Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen.

Ebenso wenig gibt es einen Anspruch auf Nachbesserung fehlerhaft erbrachter Arbeit (Fixschuldcharakter der Arbeit). Lassen sich die Mängel einer Arbeitsleistung nachträglich beseitigen, kann der Arbeitgeber dies zwar von seinem Arbeitnehmer verlangen, jedoch nicht im Rahmen einer Sanktion für die fehlerhafte Arbeit, sondern nur im Rahmen der allgemeinen Arbeits- und Lohnzahlungspflicht.

#### 4. Aufrechenbarer Gegenanspruch

Durch die Schlechtleistung der B könnte dem Arbeitgeber A ein Gegenanspruch wegen eines **behebaren Leistungsmangels** erwachsen sein. Mit einem sich aus §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB ergebenden Schadensersatzanspruch könnte er möglicherweise gegen den Lohnanspruch der B aufrechnen, § 387 BGB.

Im Ergebnis führt dieser Ansatz zu ähnlichen wirtschaftlichen Folgen wie eine unmittelbare Lohnkürzung, jedoch mit zwei erheblichen Unterschieden:

- Ein Anspruch aus § 280 BGB entsteht nicht, wenn den Arbeitnehmer nicht schuldhaft gehandelt hat und
- gemäß § 394 BGB ist eine Aufrechnung nur möglich, soweit der Lohnanspruch den pfändungsfreien Betrag übersteigt. Dadurch wird erreicht, dass der Arbeitnehmer wenigstens sein Existenzminimum behält.

Zu den Voraussetzungen des Anspruchs wegen Schlechtleistung:

- (1) Zweifellos ist ein Arbeitsvertrag ein **Schuldverhältnis**. (+)
- (2) Die **objektive Pflichtverletzung** liegt in der Schlechtleistung. (+)
- (3) Aus der Mehrarbeit der Kollegin für die Kontrolle und Korrektur der Arbeitsleistung resultiert der **kausale Schaden**. (+)
- (4) **Verschulden?** Bei der Frage des Verschuldens muss differenziert werden:
  - Hat B sich Mühe gegeben, fehlt es an dem erforderlichen Verschulden. Dann besteht kein Gegenanspruch, mit dem aufgerechnet werden kann.
  - Hat B sich dagegen nicht die erforderliche und zumutbare Mühe gegeben, liegt eine schuldhafte Verletzung der Arbeitspflicht vor. Mit diesem Gegenanspruch könnte A aufrechnen, so dass B nur noch einen Teil ihres Lohnes erhält, mindestens aber den Pfändungsfreibetrag, § 394 BGB.

Die Beantwortung der Frage, ob sich ein Arbeitnehmer Mühe gegeben hat oder nicht, ist sicherlich eine Tatfrage

des Einzelfalls. Bei der Annahme, jemand habe sich nicht die nötige Mühe gegeben oder von Arbeitsunlust ist Zurückhaltung geboten.

#### zu 2.: Absichtliche Schlechtleistung

Das Fehlen von Mängelhaftungsvorschriften im Dienstvertragsrecht soll nicht verhindern, dass der Entgeltanspruch auch bei offensichtlich fehlender Bemühung oder gar bei Sabotage entfallen soll: Bei Schlechtarbeit oder bewusster Langsamarbeit verneint die Rspr. das Entstehen eines Lohnanspruchs wegen **Rechtsmissbrauchs** (BAG BB 70, 1481) oder gewährt das Recht zum Schadensersatz und zur Lohnminderung (Künzl in Kassler Handbuch zu § 615 Rz. 180 m.w.N.). Der Unterschied zu den Fällen, wo der Arbeitnehmer sich nur nicht die nötige Mühe gegeben hat, liegt auf der tatbestandlichen Seite in der vorsätzlichen Begehungsweise und auf der rechtlichen Seite darin, dass der Lohnanspruch gar nicht entsteht, also sich die Frage nach einer Lohnminderung überhaupt nicht stellt.

**Ergebnis:** Hinsichtlich der ersten Frage kommt eine Gehaltskürzung nicht in Betracht. Ob eine Aufrechnung möglich ist, hängt davon ab, ob der Arbeitnehmer eine schuldhafte Pflichtverletzung begangen hat. Anders bei der zweiten Frage: bei erwiesener vorsätzlicher Schlechtarbeit entsteht überhaupt kein Lohnanspruch.

In der Praxis sind teilweise Prämien- oder Akkordlohnsysteme anzutreffen, bei denen eine Vergütung nur für mängelfreie Arbeit gezahlt wird. Solche Sonderlohnformen sind nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich einzel- oder tarifvertraglich vereinbart sind und den Arbeitnehmer ein Verschulden an der Schlechtleistung trifft (BAG DB 1960, 613).

Die schuldhafte Schlechtleistung kann den Arbeitgeber im Einzelfall außerdem zur ordentlichen (vgl. hierzu LAG Hamm BB 2000, 2580, das zutreffenderweise neben der wiederholten Schlechtleistung zusätzlich noch eine Abmahnung verlangt) evtl. sogar zur außerordentlichen **Kündigung** berechtigen. Allerdings werden gelegentliche Fehlleistungen, wie sie typischerweise in bestimmten Arbeitsfeldern immer wieder auftreten können, ohne weiteres weder einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen noch eine ordentliche Kündigung nach dem KSchG rechtfertigen (vgl. § 13 insbes. Zif. 2.2). Anders, wenn dem Arbeitnehmer Vorsatz nachgewiesen werden kann.

### 3.2 Verletzung von Nebenpflichten

Praktisch mindestens so bedeutsam wie die Verletzung von Hauptpflichten sind die Verletzung von Nebenpflichten durch den Arbeitnehmer.

**Bsp.:** Verletzung von Verschwiegenheitspflichten; Nichtbeachtung der Unfallverhütungsvorschriften; Unpünktlichkeit; Missachtung der Persön-

lichkeitsrechte anderer Mitarbeiter; Benutzung arbeitgeberseitiger Einrichtungen oder Materialien für private Zwecke.

Als Anspruchsgrundlagen kommen insbesondere Pflichtverletzung (§§ 280 ff BGB), Verzug (§§ 286 ff BGB) oder unerlaubte Handlung (§§ 823 ff BGB) in Betracht. Die Rechtsfolgen sind im Wesentlichen vergleichbar mit denen einer Verletzung der Arbeitspflicht.

Zwei wichtige Ausnahmen von dem Grundsatz der Nichtvollstreckbarkeit sollen hier nicht unerwähnt bleiben: § 888 ZPO kommt nicht zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses gegen ein Wettbewerbsverbot verstößt oder bei ein wirksam vereinbartes nachvertragliches Konkurrenzverbot missachtet. Wegen der Eilbedürftigkeit kann der Arbeitgeber seinen Unterlassungsanspruch in diesen Fällen i.d.R. sogar im einstweiligen Verfügungsverfahren vorläufig geltend machen und das Gericht kann auf Antrag Zwangsgeld und Zwangshaft festsetzen.

Neben Erfüllungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüchen können Nebenpflichtverletzungen den Arbeitgeber auch zu ordentlichen wie außerordentlichen **Kündigungen** berechtigen. Ob und inwieweit eine Kündigung rechtfertigt ist, hängt von der Art der Nebenpflichtverletzung und dem Grad ihrer Intensität ab. So macht es sicherlich einen Unterschied, ob ein Arbeitnehmer ein Betriebsgeheimnis verraten, Schmiergelder angenommen hat oder nur einmal unpünktlich gewesen ist (näher hierzu vgl. § 12 f).

Gelegentliche Fehlleistungen, insbesondere wenn sie von geringerem Gewicht sind, stellen für sich genommen in aller Regel noch keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar und rechtfertigen auch keine ordentliche Kündigung nach dem KSchG. Bei solchen Nebenpflichtverletzungen von geringerem Gewicht stehen dem Arbeitgeber mit der Rüge, der (V)ermahnung, der Abmahnung und -sofern vereinbart- der Vertragsstrafe oder der Betriebsbuße weitere Sanktionsmittel zur Verfügung.

### **3.2.1 Schutz vor sexueller Belästigung**

Auch die Achtung des Persönlichkeitsrechts anderer Beschäftigter ist eine Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag. Dementsprechend stellt die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten dar. Diesem Aspekt tragen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und verschiedene landesrechtliche Frauenförder- und Gleichstellungsgesetze Rechnung.

Nach § 12 AGG haben Arbeitgeber (und Dienstvorgesetzte) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu schützen. Unabhängig vom Beschwerderecht nach §§ 84 f BetrVG können betroffene Beschäftigte sich beschweren, wenn sie vom Arbeitgeber, vom Vorgesetzten, von anderen Beschäftigten oder von Dritten am Arbeitsplatz sexuell belästigt

wurden, § 13 AGG. Der Arbeitgeber (bzw. Dienstvorgesetzte) hat die Pflicht, die Beschwerde zu prüfen und geeigneten Maßnahmen zu treffen, um eine Wiederholung auszuschließen. Bei festgestellten sexuellen Belästigungen hat der Arbeitgeber angemessene arbeitsrechtliche Maßnahmen wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen, § 12 Abs. 3 AGG. Dabei schafft § 12 Abs. 3 AGG keine neuen Kündigungsgründe: erst, wenn eine sexuelle Belästigung festgestellt ist, sind die bezeichneten Maßnahmen nach den Umständen des Einzelfalls einzuleiten (BAG DB 2000, 2127, 2128). Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich unangemessene Maßnahmen, hat der betroffene belästigte Beschäftigte ein Leistungsverweigerungsrecht ohne Verlust seines Entgeltanspruchs, § 14 AGG und kann überdies eine Entschädigung in Geld vom Arbeitgeber nach § 15 AGG verlangen.

Unbenommen bleibt es dem Belästigten, gegen den Verletzer direkt Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlung, also z.B. Schmerzensgeldansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts geltend zu machen.

#### **4. Die Haftung des Arbeitnehmers**

Grundsätzlich haftet ein Schädiger für alle Schäden, die er schuldhaft verursacht hat. Dieser Grundsatz gilt prinzipiell auch für Schäden, die ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber, Kollegen oder Dritten zufügt. Jedoch können auch dem sorgfältigsten Arbeitnehmer aufgrund seiner menschlichen Unzulänglichkeit Fehler unterlaufen, die zu Schäden führen. Solche Schäden gehen häufig weit über das vom Gerechtigkeitsgehalt hinnehmbare Haftungsrisiko eines Arbeitnehmers hinaus. Die Rechtsprechung hat deshalb für Schäden aufgrund betrieblich veranlasster Tätigkeit im Wege der Rechtsfortbildung Grundsätze zur Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung entwickelt, auf die nachfolgend eingegangen wird.

##### **4.1 Haftungsminde rung für betrieblich veranlasste Tätigkeiten**

**Fall: Mobil telefonieren** (nachgebildet BAG DB 1998, 2421)

A ist bei Unternehmen B als Auslieferungsfahrer zu einem Bruttomonatsgehalt von 3.000 € beschäftigt. Eines Tages befuhr er mit einem LKW des B eine innerstädtische Straße, als er von einem anderen Mitarbeiter des Unternehmens B über Handy angerufen wurde. Er nahm das Gespräch an und blätterte zur Beantwortung der gestellten Frage in Unterlagen, die auf dem Beifahrersitz lagen. Dabei übersah er, dass eine Ampel von „Grün“ auf „Rot“ umschaltete. Deshalb stieß der LKW im Kreuzungsbereich mit einem anderen Fahrzeug zusammen.

Die Versicherung V, bei der B den LKW versichert hatte, regulierte den Gesamtschaden in Höhe von 3.500 € und fordert nun aus abgetretenem Recht die Erstattung dieses Betrages von A. Zu Recht?

Versicherung V macht Ansprüche aus übergegangenem Recht geltend. Sie macht also die Ansprüche geltend, die ursprünglich dem B zustanden und die sie sich von B hat abtreten lassen. V könnte mithin einen **Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung** aus § 280 Abs. 1 BGB wegen den A geltend machen. Der objektive Tatbestand

- (1) Bestehen eines Schuldverhältnisses,
- (2) Pflichtverletzung,
- (3) Schaden,
- (4) Kausaler Schaden,

ist gegeben: Zwischen B und A besteht ein Arbeitsverhältnis. Daraus ergibt sich für A die Pflicht, seine Arbeit so zu verrichten, dass der von ihm gefahrene LKW nicht beschädigt wird. Der Schaden wurde auch kausal durch den Unfall verursacht.

- (5) Der Schadensersatzanspruch besteht jedoch nicht, wenn der A den Schaden nicht zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

Dabei stellt sich zunächst einmal die Frage, wer das Verschulden zu beweisen hat. Nach dem Wortlaut des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich der Schuldner von der Pflichtverletzung exkulpieren, d.h. er trägt die Beweislast. Der zwingende § 619a BGB dreht aber diese Beweislastregel für alle Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis um, in dem er bestimmt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Verschulden nachzuweisen hat.

Auch bei der Arbeitnehmerhaftung gilt grundsätzlich der Verschuldensmaßstab des § 276 BGB. Aus dem Arbeitsvertrag ergibt sich für einen Arbeitnehmer u.a. auch die Pflicht, keine Rechtsgüter und Vermögensinteressen des Arbeitgebers zu verletzen. Dementsprechend ist der Arbeitnehmer verpflichtet, seine Arbeitsleistung unter Anwendung der nach den Umständen gebotenen und ihm zumutbaren Sorgfalt zu erbringen. Daraus folgt, dass ein Arbeitnehmer prinzipiell Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat.

Im vorliegenden Fall könnte man bei A Fahrlässigkeit annehmen, da er offensichtlich der Fahrstrecke nicht die nötige Aufmerksamkeit geschenkt hat. Wäre er aufmerksamer gewesen, hätte er das Umspringen der Ampel erkannt und den LKW rechtzeitig abbremsen können.

Dieser Gedankengang macht andererseits deutlich, dass die klassische Verschuldenshaftung nach BGB für das Arbeitsrecht vom Ergebnis her untragbar ist. Es gibt nur sehr wenige Lebenssachverhalte, wo die Gefahr, sich hohen Schadensersatzverpflichtungen auszusetzen, so groß ist, wie in einem Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitnehmer ständig mit fremden Vermögenswerten (Anlagen, Maschinen, Fahrzeugen) in Berührung kommt. Obwohl im Laufe der Zeit leicht ein Versehen möglich ist, rechnet der Arbeitnehmer nicht mit einer Schadensersatzpflicht. Tritt dann ein Schaden ein, übersteigt die Schadenssumme häufig den Gegenwert eines Monats- oder gar eines Jahreslohnes, übersteigt also die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Dem gegenüber kann sich der Arbeitgeber gegen derartige Schäden versichern und die Kosten bei der Preiskalkulation berücksichtigen.

Vor dem Hintergrund solcher Billigkeits- und Gerechtigkeitserwägungen haben Rspr. und Lit. im Wege der Rechtsfortbildung ein System der Haftungsbegrenzung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach entwickelt, bei der es um eine angemessene Risikoverteilung geht.

Zur Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung hatte die Rechtsprechung ursprünglich neben dem Grad der Verantwortlichkeit weiterhin das Vorliegen **gefahrengeneigter Tätigkeit** verlangt. Danach war für eine Haftungsbeschränkung oder einen Haftungsausschluss zunächst zwingende Voraussetzung, dass der Schaden in Ausführung einer schadensgeneigten Arbeit eingetreten war. Der Große Senat des BAG hat durch Beschluss (vom 27.09.1994, DB 1994, 2237 = SAE 1996, 1 mit Anm. Koller) das Kriterium der gefahrengeneigten Tätigkeit aufgegeben (ebenso bereits früher BGH Beschluss vom 21.09.1993, NZA 1994, 270 = DB 1994, 428).

Die **Grundsätze über die beschränkte Arbeitnehmerhaftung** gelten für alle Arbeiten, die:

- (a) durch den Betrieb veranlasst sind und
- (b) aufgrund eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden.
- (c) Der **Umfang der Haftung** des Arbeitnehmers ergibt sich dann aus dem **Grad seiner Verantwortlichkeit**:
  - Handelt der Arbeitnehmer **vorsätzlich**, hat er in voller Höhe für den Schaden einzustehen (BAG SAE 1996, 1), wobei allerdings der konkret eingetretene Schaden vom Vorsatz des Arbeitnehmers mit umfasst sein muss (BAG NZA 2003, 37). **Vorsatz** liegt vor, wenn der Arbeitnehmer bewusst und gewollt den Schaden herbeigeführt hat oder ihn billigend in Kauf nimmt.
  - Bei **grob fahrlässigem** Verhalten haftet der Arbeitnehmer ebenfalls prinzipiell voll. **Grobe Fahrlässigkeit** ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer eine auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtver-

letzung begangen hat (BAG DB 1973, 1405). Dafür genügt, wenn einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt werden (BGH NJW 1988, 1265).

**Bsp:** Alkohol am Steuer; Überfahren eines Stoppschildes; Überholen trotz Überholverbots oder an unübersichtlichen Stellen; Einschlafen am Steuer wegen Ermüdung.

Allerdings kann eine summenmäßige Haftungsbeschränkung im Einzelfall trotz grober Fahrlässigkeit aus Billigkeitsgesichtspunkten über § 254 BGB angebracht sein: Ein anspruchsminderndes Mitverschulden des Arbeitgebers kommt z.B. in Betracht, wenn er den Arbeitnehmer mangelhaft eingewiesen, überwacht oder ihm fehlerhaftes Arbeitsgerät überlassen hatte. Eine Haftungsbeschränkung ist aus Zumutbarkeitserwägungen auch möglich, wenn der geforderte Schadensersatz den Arbeitnehmer wirtschaftlich ruinieren würde (BAG DB 1990, 48).

- Bei **normaler** (= leichter oder mittlerer) **Fahrlässigkeit** erfolgt eine Schadensteilung, wobei der Umfang der Arbeitnehmerhaftung sich nach dem Einzelfall bemisst. Dabei sind die Gesamtumstände des Schadensanlasses und der Schadensfolgen nach Billigkeitsgrundsätzen und Zumutbarkeitsgesichtspunkten im Einzelfall gegeneinander abzuwägen. Beispielhaft können berücksichtigt werden (vgl. BAG Beschluss vom 12.06.1992, DB 1992, 1424): Die Gefährlichkeit der Tätigkeit nach Häufigkeit und Umfang, Vorhersehbarkeit, Monotonie der Arbeitsleistung, ein vom Arbeitgeber kalkulierbares oder gar versicherbares Risiko, die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, die Höhe des Arbeitslohnes, persönliche Umstände des Arbeitnehmers wie z.B. die Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltspflichten und das bisherige Verhalten des Arbeitnehmers.
- Bei **geringer Schuld** (= leichteste Fahrlässigkeit) wird der Schaden entsprechend § 254 BGB dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers zugerechnet, so dass der Arbeitnehmer überhaupt nicht haftet.

Diese Grundsätze zur Verteilung des Haftungsumfangs stellen zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht dar, d.h. abweichende arbeitsvertragliche Abreden sind unzulässig.

In unserem Fall hat A die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt. Beim Heranfahren an eine Kreuzung sind besonders hohe Anforderungen an einen Verkehrsteilnehmer zu stellen. Er darf sich dabei nicht

von weniger wichtigen Vorgängen und Eindrücken ablenken lassen. Im Interesse der allgemeinen Verkehrssicherheit hätte A sich ordnungsgemäß verhalten, wenn er das Fahrzeug erst angehalten und dann in den Unterlagen geblättert und das Gespräch geführt hätte. Im Übrigen ist bereits das Missachten einer auf „Rot“ geschalteten Ampel in aller Regel als grob fahrlässig zu bewerten.

Ansichts der Schadenshöhe, die den Monatslohn des A nur geringfügig übersteigt, besteht auch kein Anlass, die Haftung wegen eines deutlichen Missverhaltens zwischen dem Verdienst des Arbeitnehmers und dem eingetretenen Schaden zu mindern.

**Ergebnis:** Folglich fordert die V-Versicherung die 3.500 € zu Recht von A.

Die Grundsätze über die beschränkte Arbeitnehmerhaftung gelten **auch gegenüber anderen Anspruchsgrundlagen**, insbesondere § 823 BGB, so dass V auch auf deliktischer Grundlage Schadensersatzansprüche gegen A geltend machen kann.

## 4.2 Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Kollegen und Dritten

### Fall: Achtung Steinschlag!

Baufacharbeiter F ist seit mehreren Jahren beim Hoch- und Tiefbauunternehmen B beschäftigt. Seine Arbeitsleistung wird regelmäßig überwacht; sie hat bisher noch nie zu Beanstandungen Anlass gegeben.

Zum Zeitpunkt des Schadensereignisses war F als Kranfahrer im Hochbau eingesetzt. Er hatte eine Palette mit Backsteinen an Haken befestigt und angehoben und war gerade im Begriff, sie zu ihrem Einsatzort im 5. Stock zu schwenken, als eine erkennbar defekte Halterung riss und die Palette samt Steinen in die Tiefe stürzten. Die fallenden Steine zertrümmerten einen vor dem Gebäude parkenden Kleinlastwagen der Fa. elektro GmbH (kurz: E) so stark, dass er Totalschaden ist. Bei dem Unfall erlitt weiterhin der ebenfalls bei B beschäftigte Polier P einen komplizierten Trümmerbruch im linken Schulterblatt.

P möchte wissen, ob und von wem er einen Ersatz der Behandlungskosten verlangen kann, soweit diese von der Krankenkasse (AOK) nicht getragen werden. Ferner verlangt P ein angemessenes Schmerzensgeld.

E verlangt von B und F Schadensersatz in Höhe des wirtschaftlichen Restwerts von 10.000 € für das zerstörte Fahrzeug. Zu Recht?

#### 1. **P gegen B** auf Ersatz der Behandlungskosten sowie auf Schmerzensgeld

##### 1. Als Anspruchsgrundlagen kommen prinzipiell in Betracht:

- §§ 280, 276, 278 BGB

Zwar trifft Fa. B selbst kein Verschulden; jedoch könnte F im Verhältnis zwischen P und B Erfüllungsgehilfe sein, so dass B für das Verschulden des F einzustehen hat (wegen der Voraussetzungen des § 280 BGB s.o. Fall: Mobil telefonieren).

- Ferner könnte aus § 831 BGB ein Schmerzensgeldanspruch ergeben, da F Verrichtungsgehilfe der Fa. B ist.

2. Jedoch stünde beiden Anspruchsgrundlagen § 104 Abs. 1 SGB VII entgegen, der eine Haftungsbeschränkung zugunsten des Arbeitgebers vorsieht. Sinn und Zweck dieser Haftungsbeschränkung besteht darin, dem Arbeitgeber, der den Unfallversicherungsschutz für seine Arbeitnehmer gegenüber den Unfallversicherungsträgern gänzlich finanziert, von Schadensersatzansprüchen nach den Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs zu entlasten. Voraussetzungen:

- (1) Derjenige, der den Anspruch geltend macht, muss in der gesetzlichen Sozialversicherung gegen Arbeitsunfall versichert sein. Der Haftungsausschluss des § 104 SGB VII ist aber unabhängig davon, ob ein Rentenanspruch besteht. Da grundsätzlich alle Arbeitnehmer sozialversichert sind, ist davon auszugehen, dass auch P sozialversichert ist.
- (2) Es muss sich um einen Arbeitsunfall i.S.d. § 8 SGB VII handeln. (+)
- (3) Der **Arbeitgeber** darf den Arbeitsunfall **nicht vorsätzlich** herbeigeführt haben. Das ist hier der Fall.

**Ergebnis:** Somit liegen die Voraussetzungen des §104 SGB VII vor. Der Unternehmer (Arbeitgeber) haftet also nicht für Personenschäden; P hat mithin keinen Anspruch gegen Fa. B.

## 2. **P gegen F** auf Schadensersatz

1. Vertragliche Ansprüche bestehen hier nicht. Als Anspruchsgrundlage kommt lediglich § 823 BGB in Betracht.
2. Jedoch steht diesem Anspruch § 105 Abs. 1 SGB VII entgegen. Danach gilt § 104 SGB VII entsprechend für die Ersatzansprüche eines Versicherten gegen einen in demselben Betrieb tätigen Betriebsangehörigen aus Anlass eines Arbeitsunfalls, wenn dieser den Arbeitsunfall –wie hier– durch eine betriebliche Tätigkeit verursacht hat. Sinn und Zweck dieser Vorschrift besteht darin, Haftungsstreitigkeiten unter Betriebsangehörigen im Interesse des Betriebsfriedens zu vermeiden. Dafür erhält der Verletzte Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung auch in solchen Fällen, in denen der Arbeitskollege nicht oder nicht voll haften würde.

**Ergebnis:** Somit hat P auch gegen F keinen Anspruch.

Das Ergebnis vermag auf den ersten Blick verwundern, erscheint aber dennoch sozial ausgewogen: Denn bei **Körperschäden** hat der geschädigte Arbeitnehmer bekanntermaßen Ansprüche gegen den Sozialversicherungsträger (hier: Berufsgenossenschaft) nach §§ 1 ff SGB VII.

Hat der Arbeitnehmer bei dem Arbeitsunfall einen **Sachschaden** erlitten, so scheidet das SGB aus, weil es Sachschäden nicht erfasst.

- Ein Anspruch gegen den Arbeitgeber kann nach den allgemeinen Vorschriften bestehen (§§ 280, 283 ff BGB), setzt aber jeweils ein **Verschulden** voraus.
- Inwieweit ein Arbeitgeber auch **ohne Verschulden** verpflichtet ist, seinem Arbeitnehmer die in Ausführung der Arbeit erlittenen Sachschäden zu ersetzen, wird teilweise kontrovers diskutiert. Der Große Senat des BAG hat im sog. „Ameisensäure-Fall“ (BAG NJW 1962, 411: die Hose eines Arbeiters wurde durch eine beim Entladen zerplatzte Flasche mit Ameisensäure beschädigt) einen Erstattungsanspruch aus § 670 analog BGB bejaht, da dieser Schaden unverschuldet in Vollzug einer gefährlichen Arbeit entstanden und außergewöhnlich ist. Nach der Entscheidung **nicht erstattungspflichtig** sind hingegen „arbeitsadäquate“ Sachschäden, also Sachschäden des Arbeitnehmers,
  - die er nach der Natur der Sache herkömmlicherweise hinnehmen muss (z.B. Laufmasche der Sekretärin, normale Abnutzung von Kleidern und Schuhsohlen),
  - für deren Hinnahme er ausdrücklich oder erkennbar bezahlt wird (z.B. Kilometergeld für Kfz-Abnutzung, Schmutzzulage für erhöhten Reinigungsaufwand und Kleiderverschleiß), es sei denn, dass die Schäden wider Erwarten nach Anlass und Umfang ungewöhnlich sind,
  - die in seinen persönlichen Lebensbereich fallen (z.B. Schaden am Kfz, das nur zur eigenen Bequemlichkeit eingesetzt wurde).

### 3. **Fa. E gegen Fa. B** auf Schadensersatz

1. Vertragliche Ansprüche (-)
2. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB, möglicherweise (+);  
aber: § 831 Abs. 1. S. 2 BGB: Exkulpation ?  
Regelmäßig überwacht ⇒ § 831 BGB (-)

**Ergebnis:** E hat keine unmittelbaren Ansprüche gegen F!

### 4. **Fa. E gegen F**

1. Vertragliche Ansprüche (-)
2. § 823 Abs. 1 BGB (+)

**Aber:** F hat gegen B einen arbeitsrechtlichen **Freistellungsanspruch** von der unmittelbaren Inanspruchnahme für von ihm beruflich verursachte Körper- und Sachschäden, d.h. würde der

Arbeitnehmer nach den Grundsätzen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung

- nicht haften = Freistellungsanspruch in voller Höhe;
- teilweise haften = Freistellungsanspruch i.H.d. Haftungsmin-  
derung.

Was geschieht, wenn der Arbeitgeber den Freistellungsanspruch nicht anerkennt und den Geschädigten nicht befriedigt? In diesem Fall bieten sich zwei Möglichkeiten:

Zunächst ist der Freistellungsanspruch abtretbar (h.L.; a.A. BGHZ 41, 203) und verpfändbar d.h.: tritt der Arbeitgeber nicht in die Haftung ein, kann der Arbeitnehmer z.B.:

- die Ansprüche verpfänden (z.B. an eine Bank):  
Mit dem dafür erlangten Darlehen kann er den Geschädigten befriedigen und selbst gegen Arbeitgeber klagen (hypothetisch);
- den Anspruch an den Dritten abtreten:  
Damit erhält der geschädigte Dritte auf relativ einfache Weise einen direkten Anspruch gegen den Arbeitgeber.

Als weitere Möglichkeit kann der geschädigte Dritte auch den Freistellungsanspruch beim Arbeitnehmer pfänden und an sich den Betrag überweisen lassen.

### **4.3 Die Mankohaftung**

Ein Arbeitnehmer haftet aus Pflichtverletzung nach § 280 BGB oder unerlaubter Handlung prinzipiell auch wegen eines Mankos (lat. für Fehlbetrag, Fehlbestand) bei der Verwahrung oder Verwaltung eines ihm überlassenen Waren- oder Kassenbestandes. Ist ein Anspruch begründet, hat der Arbeitnehmer bei einem Kassenmanko den fehlenden Geldbetrag zu ersetzen, während beim Warenmanko die Wiederbeschaffungskosten zu erstatten sind. Jedoch gelten die Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung (s.o. Zif. 4.1) auch, wenn der Arbeitnehmer wegen eines Fehlbestandes in Anspruch genommen werden soll (BAG DB 1998, 2610).

Vereinbarungen, wonach der Arbeitnehmer ohne Verschulden ein Manko zu ersetzen hat, sind zwar prinzipiell zulässig. Sie sind jedoch nur wirksam (Grenze: § 138 BGB), wenn dem erhöhten Risiko des Arbeitnehmers ein angemessener wirtschaftlicher Ausgleich gegenübersteht (BAG a.a.O.). Die Rspr. nimmt eine Benachteiligung des Arbeitnehmers durch eine Mankohaftung an, wenn

- der Arbeitnehmer für die Übernahme der Mankohaftung nicht gleichzeitig entsprechende wirtschaftliche Vorteile erhält,
- die Haftung zu einer Minderung des Tariflohnes führt oder
- der Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit hat, das Auftreten eines Mankos wirksam zu verhindern.

Sowohl für die vertraglichen wie auch die gesetzlichen Ansprüche gilt, dass die Haftung des Arbeitnehmers wegen Mitverschulden des Arbeitgebers nach § 254 BGB z.B. bei fehlender Überwachung oder Organisationsmängeln gemindert oder gar ganz ausgeschlossen werden kann.