

Studienkommentar Arbeitsrecht

von
Prof. Dr. Christian Rolfs

4. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 67206 4

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

88; 19.2.1997 NZA 1997, 821, 822 zu asbestbelasteten Büroräumen). Sein Entgeltanspruch besteht während dieser Zeit nach § 615 Satz 1 BGB fort, da der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät, wenn er dem Arbeitnehmer keinen vertragsgemäßen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt (§ 298 BGB). Schließlich kann der Arbeitnehmer nach Maßgabe des § 280 Abs. 1 BGB wegen Pflichtverletzung und bei Verletzung absolut geschützter Rechte und Rechtsgüter bzw. eines Schutzgesetzes nach Maßgabe des § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB aus Delikt **Schadensersatz** beanspruchen (näher Rn. 83 ff.), soweit Ersatzansprüche wegen Personenschäden nicht nach § 104 SGB VII ausgeschlossen sind.

IV. Schlechtleistung und Haftung

1. Verletzung von Hauptpflichten

Soweit die Hauptpflicht des Arbeitgebers in der **Zahlung einer Vergütung** besteht, kommt als Pflichtverletzung nur die Verzögerung der Leistung in Betracht, die unter den Voraussetzungen der § 280 Abs. 2, § 286 BGB einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs auslöst, wobei wegen § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Mahnung in aller Regel entbehrlich ist. Schuldet der Arbeitgeber zusätzlich **Sachleistungen** (Dienstwagen etc.), kommen auch Unmöglichkeit und sonstige Pflichtverletzungen in Betracht, insoweit gelten die allgemeinen Regeln (§ 280 Abs. 1, Abs. 3, §§ 281, 283 BGB). Das in § 323 BGB bezeichnete Rücktrittsrecht steht dem Arbeitnehmer demgegenüber nicht zu, an seine Stelle tritt ggf. das Recht zur außerordentlichen Kündigung unter den Voraussetzungen des § 626 BGB. Zu den Hauptpflichten des Arbeitgebers zählt schließlich die **Beschäftigung** des Arbeitnehmers (oben Rn. 76 ff.), deren Nichterfüllung theoretisch Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB nach sich ziehen kann. Praktisch dürfte es aber fast immer am Schaden fehlen, da der Arbeitgeber wegen § 615 Satz 1 BGB ohnehin zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet ist und ein weitergehender Schaden dem Arbeitnehmer regelmäßig nicht entsteht.

2. Verletzung von Nebenpflichten

Die Verletzung von **Nebenpflichten** kann die in Rn. 81 bezeichneten Ansprüche auslösen, dazu zählen auch Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) und/oder wegen Verletzung eines absolut geschützten Rechts oder Rechtsguts (§ 823 Abs. 1 BGB) oder eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB). Verletzt der Arbeitgeber **vorvertragliche Nebenpflichten**, resultiert der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers aus § 280 Abs. 1 BGB i.V. mit § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB, siehe § 311 BGB Rn. 2.

Erleidet der Arbeitnehmer auf Grund eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit einen **Personenschaden**, sind etwaige Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber – gleich aus welchem Rechtsgrund – gem. § 104 Abs. 1 SGB VII gesperrt, wenn der Arbeitgeber den Schaden nicht ausnahmsweise vorsätzlich oder auf einem nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGB VII versicherten Weg herbeigeführt hat. Dies gilt auch für das Schmerzensgeld (BVerfG 22.6.1971 BVerfGE 34, 118, 128 ff.; 8.2.1995 NJW 1995, 1607, 1607 f.).

Vom Haftungsausschluss des § 104 SGB VII nicht erfasst sind Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche wegen **Mobbings**, weil Mobbing weder einen Arbeitsunfall noch eine Berufskrankheit darstellt (BAG 25.10.2007 NZA 2008, 223, 227). Unter Mobbing werden im arbeitsrechtlichen Verständnis in Anlehnung an § 3 Abs. 3

11 BGB § 611

AGG unerwünschte Verhaltensweisen verstanden, die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird (BAG 22.7.2010 NZA 2011, 93, 102). Ist der Arbeitgeber der Täter, kann der gemobbte Arbeitnehmer seine Ansprüche auf § 280 Abs. 1, § 253 Abs. 2 BGB und auf § 823 Abs. 1 (Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts), § 253 Abs. 2 BGB stützen (BAG 25.10.2007 NZA 2008, 223, 227 f.; 24.4.2008 NZA 2009, 38, 40), wobei ihm im erstgenannten Fall die Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zugutekommt (vgl. BAG 18.2.1999 NZA 1999, 645, 646, wo der Arbeitgeber – ein Zeitungsverlag – eine Arbeitnehmerin in seiner Zeitung als „die faulste Mitarbeiterin Deutschlands“ bezeichnet hatte). Wird der Arbeitnehmer durch einen anderen Mitarbeiter gemobbt, muss unterschieden werden: Der Arbeitgeber haftet vertraglich nur für das Fehlverhalten seiner Erfüllungs- (§§ 280, 278 BGB), deliktisch nur für die fehlerhafte Auswahl oder Überwachung seiner Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB). Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfen hinsichtlich der dem Arbeitgeber obliegenden Schutzpflichten sind aber nur diejenigen Arbeitnehmer, denen gerade der Schutz des in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigten Arbeitnehmers oblag (RG 19.9.1923 RGZ 102, 372, 374; 13.2.1923 RGZ 106, 293, 294). Dies sind nur die Vorgesetzten des Arbeitnehmers, nicht aber seine Kollegen (BAG 16.5.2007 NZA 2007, 1154, 1161 f.). War der Mobbingtäter also Vorgesetzter des Arbeitnehmers, haftet der Arbeitgeber nach Maßgabe der genannten Vorschriften (neben dem Täter selbst), anderenfalls haftet nur der Mobbingtäter persönlich aus § 823 Abs. 1 BGB (§ 280 Abs. 1 BGB scheidet aus, da die Arbeitnehmer untereinander nicht durch ein Schuldverhältnis verbunden sind).

86 Für **Sachschäden**, die der Arbeitnehmer erleidet, haftet der Arbeitgeber nach allgemeinen Vorschriften; § 104 SGB VII sperrt diese Ansprüche nicht:

- Beruht der Sachschaden auf einer vom Arbeitgeber zu vertretenden Pflichtverletzung, haftet er nach § 280 Abs. 1 BGB, wobei dem Arbeitnehmer die Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zugutekommt.
- Handelte es sich bei der beschädigten Sache um Eigentum des Arbeitnehmers, kann der Arbeitnehmer seinen Anspruch auch auf § 823 Abs. 1 BGB stützen (muss dann allerdings das Verschulden des Arbeitgebers beweisen).
- Wurde der Sachschaden durch einen Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers, also eine Person verursacht, zu deren Aufgaben gerade (auch) der Schutz des Eigentums des Arbeitnehmers gehört (z. B. ein Parkplatzwächter hinsichtlich der Kraftfahrzeuge der Arbeitnehmer, vgl. BAG 25.5.2000 NZA 2000, 1052, 1053), haftet der Arbeitgeber nach § 280 Abs. 1, § 278 BGB.
- Ist der Schaden durch einen Verrichtungsgehilfen des Arbeitgebers verursacht worden, haftet der Arbeitgeber für die vermutete fehlerhafte Auswahl oder Überwachung des Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB), kann sich aber nach Maßgabe des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren.
- Schließlich haftet der Arbeitgeber auch ohne Vertretenmüssen für Sachschäden, die der Arbeitnehmer „im Betätigungsbereich des Arbeitgebers“ erleidet, analog § 670 BGB, dazu oben Rn. 73 ff.

87 Ein **Mitverschulden** des Arbeitnehmers bei der Entstehung des Schadens ist nach denselben Grundsätzen wie bei der Haftung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, näher § 619a BGB Rn. 10 ff.

D. Pflichten des Arbeitnehmers**I. Arbeitspflicht****1. Art der Arbeit**

Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist es, die versprochenen Dienste – im Zweifel in 88 Person, § 613 Satz 1 BGB – zu leisten. Er schuldet stets nur eine Tätigkeit, im Gegensatz zum Werkunternehmer aber keinen bestimmten Erfolg. Welche Dienstleistungen er zu erbringen hat, ergibt sich aus der **vertraglichen Tätigkeitsbeschreibung**, ggf. i.V. mit der **tariflichen Eingruppierung** (vgl. § 99 BetrVG Rn. 7). Die Vertragsparteien können die Aufgaben des Arbeitnehmers beliebig eng oder weit fixieren; je konkreter sie sie fassen, desto geringerer Spielraum steht dem Arbeitgeber später bei der Zuweisung einzelner Tätigkeiten im Rahmen seines Direktionsrechts zu.

Beispiele: Wird eine Arbeitnehmerin als Layouterin von einem Verlag für eine ganz bestimmte Zeitschrift eingestellt, kann der Arbeitgeber ihr nicht ohne Vertragsänderung die Aufgabe übertragen, das Layout einer anderen Zeitschrift zu gestalten (BAG 17.2.2000 NZA 2000, 822, 823). Ist im Vertrag mit einer Filmschauspielerin vereinbart, dass sie eine bestimmte Rolle übernimmt, muss sie diese auch dann spielen, wenn das Drehbuch später verändert wird, sofern diese Veränderung nicht den Kern der Rolle betrifft (BAG 13.6.2007 NZA 2007, 974, 975 f.). Wird im Arbeitsvertrag nur eine bestimmte Tarifgruppe vereinbart, können dem Arbeitnehmer grundsätzlich alle Tätigkeiten zugewiesen werden, die den Merkmalen dieser Vergütungsgruppe entsprechen (vgl. BAG 21.11.2002 AP Nr. 63 zu § 611 BGB Direktionsrecht).

Der Inhalt der arbeitsvertraglichen Tätigkeitsbeschreibung ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln (§ 242 BGB, das BAG spricht von der „aus der auf den Betrieb abgestellten Verkehrsauffassung und dem sich daraus ergebenden Sozialbild“; BAG 24.4.1996 NZA 1997, 104, 106). In diesem Rahmen steht dem Arbeitgeber das in § 106 GewO bezeichnete **Direktionsrecht** zu, also das Recht, durch einseitige Weisungen die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers näher zu konkretisieren (dazu § 106 GewO Rn. 1 ff.). Der Arbeitnehmer ist nicht berechtigt, eine ihm zulässigerweise zugewiesene Aufgabe zu verweigern und nur eine andere, ebenfalls vertragsgemäße, anzubieten (BAG 19.5.2010 NZA 2010, 1119, 1120). Das Direktionsrecht ist freilich außer durch den Arbeitsvertrag zusätzlich durch zahlreiche kollektivrechtliche Regeln wie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 BetrVG beschränkt. Zu betonen ist aber, dass dieses Direktionsrecht nur *im Rahmen* der vertraglich geschuldeten Leistungspflicht besteht. Der Arbeitnehmer ist (außer in Notfällen wie Brand, Hochwasser etc.) nicht verpflichtet, **geringerwertige Tätigkeiten** auszuüben, soweit es sich nicht um Nebenarbeiten handelt, die in seinem Tätigkeitsbereich typischerweise anfallen und nur untergeordnete Bedeutung haben. Auch zur Übertragung höherwertiger Tätigkeiten ist der Arbeitgeber nicht einseitig berechtigt, insbesondere darf er dem Arbeitnehmer nicht auf Dauer qualifiziertere Tätigkeiten als die arbeitsvertraglich vereinbarten zuweisen, ohne ihm die entsprechend höhere Vergütung zu gewähren. Soll der Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers verändert werden, bedarf es entweder einer einvernehmlichen Vertragsänderung oder einer Änderungskündigung (§ 2 KSchG).

Da der Arbeitnehmer keinen bestimmten Arbeitserfolg schuldet und seine Leistung regelmäßig persönlich zu erbringen hat, stellt sich die Frage nach der geschuldeten **Qualität der Arbeit**. Ob eine bestimmte Leistung als ordnungsgemäße Erfüllung oder als Schlechtleistung anzusehen ist, beurteilt sich nach den vertraglichen 90

11 BGB § 611

Vereinbarungen der Parteien. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag, wie meistens, der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab (etwa § 243 Abs. 2 BGB) ist nicht anzusetzen (BAG 11.12.2003 NZA 2004, 784, 786). Da der Arbeitgeber aber bei einer Schlechtleistung nicht zur Minderung des Arbeitsentgelts berechtigt ist (Rn. 111), handelt es sich vorwiegend um ein kündigungsrechtliches Problem.

2. Ort der Arbeit

- 91 Der Ort der Arbeitsleistung wird regelmäßig im Arbeitsvertrag vereinbart. Fehlt eine ausdrückliche Bestimmung, ist im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der näheren Umstände zu ermitteln, wo der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen hat (§ 269 Abs. 1 BGB).
- 92 Wie bei der Art der geschuldeten Arbeitsleistung steht dem Arbeitgeber zur näheren Konkretisierung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers auch hinsichtlich des Arbeitsortes das **Direktionsrecht** aus § 106 GewO zu. Dieses berechtigt den Arbeitgeber regelmäßig, den Arbeitsort des Arbeitnehmers innerhalb derselben Stadt zu verändern, wenn beispielsweise der Betriebsitz verlegt oder der Arbeitnehmer in einer anderen Filiale beschäftigt werden soll. Ob eine weitergehende Veränderung des Arbeitsorts, etwa bei Verlegung des Unternehmens in eine andere Stadt, noch im Wege des Direktionsrechts erfolgen kann, hängt davon ab, ob die geänderte Ortsbestimmung mit zwingendem Recht (z. B. dem Maßregelungsverbot des § 612a BGB und dem Schikaneverbot des § 226 BGB) vereinbar ist, kollektivrechtliche Regeln wie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 99 Abs. 1 BetrVG beachtet sind und sie billigem Ermessen entspricht (§ 106 GewO Rn. 7).

3. Arbeitszeit

a) Dauer der Arbeitszeit

- 93 Die Dauer der Arbeitszeit (typischerweise, aber nicht zwingend der wöchentlichen Arbeitszeit) wird von den Arbeitsvertragsparteien entweder durch Bezugnahme auf die tarifliche oder im Betrieb übliche Arbeitszeit oder – insbesondere bei Teilzeitbeschäftigungen – individuell vereinbart. Treffen die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung über die Arbeitszeit, so gilt im Zweifel die betriebliche Arbeitszeit als vereinbart. Die **gesetzliche Höchstgrenze** beträgt acht Stunden je Werktag (Montag bis Samstag); sie kann auf bis zu zehn Stunden verlängert werden, wenn innerhalb eines halben Jahres der Durchschnitt von acht Stunden werktäglich nicht überschritten wird (§ 3 ArbZG).
- 94 Die Arbeitszeit **beginnt**, wenn nichts Abweichendes vereinbart ist, mit Erreichen des konkreten Arbeitsortes, nicht schon des Werksgeländes. Auch bloße Vorbereitungsarbeiten wie das Umkleiden gehören regelmäßig nicht zur Arbeitszeit und werden daher nicht vergütet. Ausnahmen können sich aus kollektivrechtlichen Regelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen oder nach Treu und Glauben aus der Verkehrssitte ergeben, wenn es beispielsweise dem Arbeitnehmer wegen der objektiven Auffälligkeit der Dienstkleidung nicht zugemutet werden kann, diese bereits

auf dem Weg zur Arbeitsstätte zu tragen (BAG 10.11.2009 NZA-RR 2010, 301, 302). Für das **Ende** der Arbeitszeit gilt Entsprechendes.

Kurzarbeit kann der Arbeitgeber nicht einseitig anordnen, wenn dies – wie regelmäßig – nicht ausdrücklich vertraglich vorgesehen ist (in Formulararbeitsverträgen müsste sich eine entsprechende Vereinbarung im Übrigen an § 308 Nr. 4 BGB messen lassen). Er bedarf dazu einer entsprechenden kollektivrechtlichen Grundlage, die entweder in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung (§ 77 BetrVG, Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) liegen kann. Fehlt es an einer entsprechenden Rechtsgrundlage, ist die Anordnung von Kurzarbeit unwirksam und der Arbeitgeber gerät in Annahmeverzug (§ 615 Satz 1 BGB). Für **Überstunden** gilt Entsprechendes. Auch hier bedarf der Arbeitgeber zu deren Anordnung einer einzel- oder kollektivvertraglichen Grundlage, es sei denn, dass der Arbeitnehmer wegen eines Notfalles nach Treu und Glauben zur Ableistung von Überstunden verpflichtet ist (vgl. etwa ArbG Leipzig 4.2.2003 NZA-RR 2003, 365, 365 zu Aufräumarbeiten nach der „Jahrhundertflut“ im Sommer 2002). 95

Arbeitsbereitschaft ist gewöhnliche Arbeitszeit, sie unterscheidet sich von ihr aber dadurch, dass der Arbeitnehmer lediglich eine „wache Achtsamkeit im Zustand der Entspannung“ schuldet. Bei dem z. B. in Krankenhäusern und im Rettungsdienst gängigen **Bereitschaftsdienst** verpflichtet sich der Arbeitnehmer, sich auf Anordnung des Arbeitgebers an einer von diesem bestimmten Stelle aufzuhalten und auf gesonderte Aufforderung die Arbeit aufzunehmen. Ähnliches gilt für die **Rufbereitschaft**, bei der der Arbeitnehmer allerdings über seinen Aufenthaltsort frei bestimmen kann und lediglich verpflichtet ist, auf entsprechende (zumeist telefonische) Aufforderung innerhalb einer festgelegten Zeitspanne am Arbeitsort einzutreffen und die Arbeit aufzunehmen (EuGH 9.9.2003 „Jäger“ NZA 2003, 1019, 1020). 96

b) Lage der Arbeitszeit

Hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit steht dem Arbeitgeber im Rahmen der ausdrücklich oder konkludent getroffenen Vereinbarungen, der kollektivrechtlichen Regelungen (Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) sowie der gesetzlichen Bestimmungen das **Direktionsrecht** aus § 106 Satz 1 GewO zu. Dabei muss er insbesondere beachten, dass Arbeitnehmer nach spätestens sechs Arbeitsstunden Anspruch auf eine **Ruhepause** haben (§ 4 ArbZG) und zwischen der Beendigung der Arbeit und ihrem Wiederbeginn mindestens elf Stunden liegen müssen (§ 5 Abs. 1 ArbZG). 97

II. Nebenpflichten

Die den Arbeitnehmer treffenden Nebenpflichten, die nicht im Synallagma der §§ 320 ff. BGB stehen, werden traditionell als **Treuepflichten** bezeichnet. Nicht anders als auf Seiten des Arbeitgebers (oben Rn. 79 f.) geht es aber auch hier lediglich um die in § 241 Abs. 2 BGB angesprochene Pflicht, Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners nicht zu beeinträchtigen. Einzelne Nebenpflichten des Arbeitnehmers haben eine spezialgesetzliche Ausprägung erfahren, so etwa die Pflicht, eine zur Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen und vom vierten Tage an ein ärztliches Attest vorzulegen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 EFZG). 98

1. Außerdienstliches Verhalten

- 99 Es besteht keine Verpflichtung des Arbeitnehmers zu einem bestimmten außerdienstlichen Verhalten, etwa dergestalt, dass er ein ordentliches Leben führen und seine Arbeitsfähigkeit und Leistungskraft erhalten müsste. Die Gestaltung des privaten Lebensbereiches steht grundsätzlich außerhalb der Einflussphäre des Arbeitgebers. Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass sich das private Verhalten auf den betrieblichen Bereich auswirkt und dort zu Störungen führt (BAG 23.6.1994 NZA 1994, 1080, 1081).

Beispiel: Kindergärtner, Lehrer und Erzieher dürfen auch außerdienstlich keine Handlungen begehen, die ernsthafte Zweifel an ihrer Eignung zur Erziehung junger Menschen begründen. Wer in sicherheitsrelevanten Bereichen tätig ist, darf sich nicht in extremistischen Gruppen engagieren.

- 100 Das gilt heute auch für den öffentlichen Dienst (BAG 10.9.2009 NZA 2010, 220, 221; 28.10.2010 NZA 2011, 112, 113f.; anders früher BAG 21.6.2001 NZA 2002, 1030, 1031). Strengere Maßstäbe können allenfalls an Arbeitnehmer angelegt werden, denen hoheitliche Aufgaben übertragen sind.
- 101 Demgegenüber sind **Kirchen** und Religionsgemeinschaften berechtigt, strengere Loyalitätsanforderungen an ihre Mitarbeiter zu stellen; näher dazu Art. 140 GG Rn. 2ff.

2. Nebentätigkeiten, Wettbewerbsverbot

- 102 Der Arbeitnehmer stellt mit dem Arbeitsvertrag dem Arbeitgeber nicht seine gesamte Arbeitskraft, sondern diese lediglich zeitlich begrenzt zur Verfügung. Er ist daher grundsätzlich berechtigt, in seiner Freizeit einer **Nebenbeschäftigung** nachzugehen. Dies kann ihm auch nicht ohne weiteres durch eine entsprechende Vertragsklausel untersagt werden, weil eine solche mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 Abs. 1 GG) in Konflikt geriete und ihn i.S. von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligte (BAG 18.1.1996 NZA 1997, 41, 42).
- 103 Gleichwohl kann der Arbeitnehmer durch die Ausübung einer Nebentätigkeit in Konflikt mit seinen aus § 241 Abs. 2 BGB resultierenden Nebenpflichten geraten. Außerdem darf er durch die Nebenbeschäftigung die gesetzliche **Höchstarbeitszeit** (§ 3 Abs. 1 ArbZG) nicht überschreiten und muss die Ruhezeiten (§ 5 ArbZG) wahren (vgl. BAG 26.6.2001 NZA 2002, 98, 99). Weiterhin verbietet § 8 BUrlG, während des gesetzlichen Mindesturlaubs eine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit auszuüben; dasselbe gilt für Beschäftigungen, die während einer zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung den Genesungsprozess nachhaltig verzögern. Schließlich darf durch die Nebentätigkeit die Arbeitskraft nicht erheblich beeinträchtigt werden und insbesondere die Nebentätigkeit nicht während der Arbeitszeit im Hauptberuf ausgeübt werden (Letzteres stellte sogar die Verletzung einer Hauptpflicht dar).
- 104 Das in § 60 HGB für kaufmännische Handlungsgehilfen normierte **Wettbewerbsverbot** findet auf alle Arbeitnehmer (entsprechende) Anwendung. Während des rechtlichen Bestandes eines Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitnehmer grundsätzlich jede Konkurrenztaetigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt, auch wenn der Einzelarbeitsvertrag keine ausdrückliche Regelung enthält (§ 60 HGB Rn. 2).
- 105 Das dem Arbeitsvertrag als Nebenpflicht immanente Wettbewerbsverbot besteht aber lediglich für die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Ein **nachvertragliches Wett-**

bewerbsverbot muss ausdrücklich vereinbart werden und ist nur nach Maßgabe des § 110 GewO i.V. mit §§ 74 ff. HGB wirksam.

3. Verschwiegenheitspflichten

Die Pflicht des Arbeitnehmers, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seines Arbeitgebers zu wahren, ist teilweise ausdrücklich im Gesetz normiert (§§ 17, 18 UWG, § 5 Satz 2 BDSG u.a.). Im Übrigen ergibt sie sich auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung als Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB. Dabei beziehen sich Betriebsgeheimnisse auf den technischen Betriebsablauf, insbesondere die Herstellung und das Herstellungsverfahren, während Geschäftsgeheimnisse den allgemeinen Geschäftsverkehr des Unternehmens betreffen. In beiden Fällen unterliegt der Arbeitnehmer einer Verschwiegenheitspflicht jedoch nur, wenn es sich **(1)** wirklich um ein Geheimnis handelt, also um eine Tatsache, die **(a)** nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt, damit **(b)** nicht offenkundig ist und die **(c)** nach dem ausdrücklichen oder konkludent bekundeten Willen des Arbeitgebers geheim gehalten werden soll und **(2)** der Arbeitgeber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung hat (BAG 15.12.1987 NZA 1988, 502, 504). 106

Besonders umstritten ist das Spannungsverhältnis der Verschwiegenheitspflichten zu den staatsbürgerlichen Pflichten, an der Verhinderung und **Aufklärung von Straftaten** (auch und insbesondere solchen, die der Arbeitgeber begangen hat) mitzuwirken. Das BVerfG hatte auf die Verfassungsbeschwerde eines fristlos gekündigten Arbeitnehmers, der im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens gegen seinen Arbeitgeber als Zeuge vernommen worden war und bei dieser Gelegenheit auf eigene Initiative der Staatsanwaltschaft von einer Vielzahl weiterer Straftaten seines Arbeitgebers berichtet hatte, die arbeitsgerichtliche Entscheidung, mit der die Kündigung bestätigt worden war, aufgehoben (BVerfG 2.7.2001 NZA 2001, 888, 889). 107

Das **BAG** differenziert nunmehr wie folgt: Erfolge die Erstattung der Anzeige ausschließlich, um den Arbeitgeber zu schädigen, könne – unter Berücksichtigung des der Anzeige zugrunde liegenden Vorwurfs – eine unverhältnismäßige Reaktion vorliegen. Durch ein derartiges pflichtwidriges Verhalten nehme der Arbeitnehmer keine verfassungsrechtlichen Rechte wahr, sondern verhalte sich rechtsmissbräuchlich. Häufig sei dem Arbeitnehmer zudem eine vorherige innerbetriebliche Klärung zumutbar. Nur wenn der Arbeitnehmer sich durch die Nichtanzeige selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde (§ 138 StGB), der Arbeitgeber persönlich eine schwere Straftat begangen habe oder innerbetriebliche Abhilfeversuche erfolglos geblieben seien oder aus anderen Gründen von vornherein keinen Erfolg versprechen, dürfe der Arbeitnehmer sich an die staatlichen Strafverfolgungsbehörden wenden, ohne sich des Vorwurfs einer Pflichtverletzung auszusetzen (BAG 3.7.2003 NZA 2004, 427, 429). 108

III. Schlechtleistung und Haftung

Literatur: Siehe bei § 619a BGB.

1. Verletzung von Hauptpflichten

Ein **Verzug** des Arbeitnehmers mit der Arbeitsleistung ist wegen des Fixschuldcharakters der Leistungspflicht regelmäßig ausgeschlossen (§ 275 BGB Rn. 1). Vielmehr tritt, wenn der Arbeitnehmer die geschuldete Dienstleistung nicht zur rechten Zeit am rechten Ort erbringt, regelmäßig sofort **Unmöglichkeit** ein, wodurch der 109

11 BGB § 611

Arbeitnehmer von seiner Leistungspflicht befreit, also zur Nachleistung weder berechtigt noch verpflichtet ist, § 275 BGB. Dies gilt unabhängig davon, ob er die Nichtleistung zu vertreten hat oder nicht. Allerdings **verliert** er nach der Grundregel des § 326 Abs. 1 BGB damit zugleich seinen Anspruch auf das **Arbeitsentgelt**. Etwas anderes gilt nur dann, wenn er auf Grund einer besonderen Bestimmung sein Entgelt auch ohne Arbeitsleistung verlangen kann, wie etwa in den Fällen der unverschuldeten persönlichen Verhinderung (§ 616 BGB), der zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung (§ 3 EFZG) oder des Urlaubs (§ 11 BUrlG).

110 Hat der Arbeitnehmer die Unmöglichkeit zu vertreten, schuldet er nach Maßgabe der § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB **Schadensersatz** statt der Leistung. Das Rücktrittsrecht aus § 323 BGB steht dem Arbeitgeber demgegenüber nicht zu, vielmehr ist er auf das Recht zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung nach Maßgabe der § 1 KSchG, § 626 BGB beschränkt.

111 Bei bloßer **Schlechtleistung** der Arbeit steht dem Arbeitgeber kein Recht zur Minderung des Arbeitsentgelts zu. Da das Recht des Dienstvertrages im Gegensatz zu Kauf (§ 441 BGB), Miete (§ 536 BGB) und Werkvertrag (§ 638 BGB) ein solches Recht nicht vorsieht, muss der Arbeitgeber den geschuldeten Zeitlohn auch dann in voller Höhe entrichten, wenn der Arbeitnehmer mangelhaft gearbeitet hat (BAG 17.7.1970 NJW 1971, 111, 111; ebenso für das Dienstvertragsrecht BGH 15.7.2004 NJW 2004, 2817, 2817). Den Lohnanspruch verliert der Arbeitnehmer nur bei echter Nichtleistung (z. B. Überdehnen der Pausen), wobei die Abgrenzung der „passiven Resistenz“ zur bewussten Langsamarbeit und damit zur bloßen Schlechtleistung im Einzelfall schwierig sein kann und sich in der Praxis häufig nur über die (dem Arbeitgeber obliegende) Darlegungs- und Beweislast lösen lässt.

112 Erleidet der Arbeitgeber allerdings durch die Schlechtleistung einen echten **Schaden** i.S. der §§ 249 ff. BGB, kann er diesen aus § 280 Abs. 1 BGB und – wenn sein Eigentum oder ein anderes absolut geschütztes Recht oder Rechtsgut beeinträchtigt worden ist – aus § 823 Abs. 1 und 2 BGB unter den allgemeinen Voraussetzungen ersetzt verlangen. Allerdings trägt er dabei gem. § 619a BGB abweichend von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB die Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung zu vertreten hat; außerdem muss er sich entsprechend § 254 BGB sein Betriebs- und Wirtschaftsrisiko schadensmindernd entgegenhalten lassen (näher § 619a BGB Rn. 1 ff.).

113 Schaden in diesem Sinne ist jedoch **nicht** schon das vom Arbeitgeber zu entrichtende **Arbeitsentgelt**. Der hier allein in Betracht kommende Vermögensschaden setzte nämlich voraus, dass der jetzige tatsächliche Wert des Vermögens des geschädigten Arbeitgebers geringer ist als der Wert, den sein Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis (die Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer) haben würde (sog. Differenzhypothese). Ohne die Pflichtverletzung müsste der Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung aber zweifelsohne entrichten.

2. Verletzung von Nebenpflichten

114 Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer **Erfüllung** der Nebenpflichten bzw. in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB **Unterlassung** aller Handlungen (z. B. von verbotenen Nebentätigkeiten für einen Wettbewerber) verlangen, die der Arbeitnehmer nicht vornehmen darf. Er kann ferner **Schadensersatz** wegen Pflichtverletzung aus § 280 BGB und ggf. auch aus § 823 Abs. 1 BGB beanspruchen, wenn der Arbeitnehmer ihm durch sein Fehlverhalten einen Schaden zufügt, wobei ihm bei der Schadensberechnung nach den Regeln über den innerbetrieblichen Schadensausgleich sein Betriebs- und Wirtschaftsrisiko entsprechend § 254 BGB anspruchsmindernd