

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 323

Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers im Synallagma des Arbeitsvertrags

Eine Untersuchung des rechtlichen Verhältnisses
von Arbeit und Lohn

Von

Arendt Gast



Duncker & Humblot · Berlin

ARENDE GAST

Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers
im Synallagma des Arbeitsvertrags

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 323

Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers im Synallagma des Arbeitsvertrags

Eine Untersuchung des rechtlichen Verhältnisses
von Arbeit und Lohn

Von

Arendt Gast



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 978-3-428-14053-4 (Print)

ISBN 978-3-428-54053-2 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84053-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um eine aktualisierte Fassung meiner Dissertationsschrift, die von der Bucerius Law School im Dezember 2012 angenommen worden ist. Die mündliche Prüfung erfolgte am 6. Dezember 2012. Die Arbeit wurde im Juli 2012 abgeschlossen.

Rechtsprechung und Literatur sind bis Dezember 2013 berücksichtigt worden.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Matthias Jacobs, für die Betreuung der vorliegenden Arbeit sowie für die interessante, schöne und in vielerlei Hinsicht lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl. Herrn Prof. Dr. Henner Wolter sei für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens gedankt. Zu danken habe ich auch dem Hamburger Verein für Arbeitsrecht e.V., der die vorliegende Arbeit mit seinem Dissertationspreis ausgezeichnet hat.

Ferner danke ich Frau Rechtsanwältin Birgit Odernheimer für ihre tatkräftige Hilfe bei der Korrektur der Arbeit und das stets offene Ohr für die vielen verqueren juristischen und nicht juristischen Gedanken, die im Laufe der Erstellung dieser Arbeit aufkamen.

Darüber hinaus danke ich dem Team des Lehrstuhls PR III sowie dem Kreis der ehemaligen und aktiven wissenschaftlichen Mitarbeiter der Bucerius Law School, die die Entstehung dieser Arbeit begleitet haben, für die spannende und schöne gemeinsame Zeit.

Ganz besonderer Dank gebührt schließlich meinen Eltern, die mir während meines Studiums und meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter stets unterstützend zur Seite standen.

Hamburg, im April 2014

Arendt Gast

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| § 1 Das Synallagma des Arbeitsvertrags ein vernachlässigtes Stiefkind der Arbeitsrechtswissenschaft | 21 |
| A. Problemstellung | 21 |
| B. Ziel der Untersuchung | 23 |
| C. Gang der Untersuchung | 23 |
| § 2 Der Arbeitsvertrag als Austauschvertrag | 26 |
| A. Historische Entwicklung der Dogmatik des Arbeitsvertragsrechts | 27 |
| B. Leistungsaustausch im Arbeitsverhältnis | 36 |
| C. Ergebnis | 37 |
| § 3 Arbeitnehmerseitige Leistungsstörungen und das Synallagma des Arbeitsvertrags | 38 |
| A. Der Begriff Synallagma als Bezeichnung für die Austauschbeziehung in gegenseitigen Verträgen | 39 |
| B. Sicherung des Leistungsaustauschs durch das genetische, konditionelle und funktionelle Synallagma | 40 |
| C. Arbeitnehmerseitige Leistungsstörungen als Problem des konditionellen Synallagmas | 43 |
| D. Ergebnis | 63 |
| § 4 Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers als Problem des konditionellen Synallagmas und seiner Durchbrechungen | 64 |
| A. Das konditionelle Synallagma als wesentlicher Bestandteil der Zweckstruktur des gegenseitigen Vertrags | 65 |
| B. Das Prinzip des konditionellen Synallagmas und die Schlechterfüllung der Arbeitspflicht | 73 |
| C. Gründe für eine Durchbrechung des konditionellen Synallagmas im Arbeitsverhältnis | 74 |
| D. Lohnminderungsrecht de lege ferenda? | 92 |
| E. Ergebnis | 93 |
| § 5 Abgrenzung von teilweiser Nichterfüllung und Schlechterfüllung der Arbeitspflicht | 94 |
| A. Grundsätzlicher Vorrang der Schlechterfüllung nach §§ 434 Abs. 3, 633 Abs. 2 Satz 3 BGB analog? | 94 |
| B. Lohnminderung bei funktionalen Teilleistungen nach <i>Kerstin Tillmanns</i> .. | 98 |
| C. Die Arbeitsleistung als lediglich zeitlich teilbare Leistung | 118 |

| | |
|---|------------|
| D. Maßgebliche Identifikationsmerkmale für die Unterscheidung von Nicht- und Schlechterfüllung der Arbeitspflicht | 156 |
| E. Ergebnis | 193 |
| § 6 Verschuldensabhängige Haftung des Arbeitnehmers für Schlechtleistungen | 195 |
| A. Meinungsstand | 196 |
| B. Gründe für eine Verschuldenshaftung des Arbeitnehmers | 197 |
| C. Ergebnis | 200 |
| § 7 Abgrenzung von ordnungsgemäßer Leistung und Schlechterfüllung der Arbeitspflicht | 201 |
| A. Pflicht zur ordnungsgemäßen Erbringung der geschuldeten Dienste | 202 |
| B. Leistungsmaßstab und Sorgfaltsmaßstab | 203 |
| C. Ergebnis | 259 |
| § 8 Ersatz des Minderwerts der Arbeitsleistung | 261 |
| A. Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB oder Aufwendungsersatz nach § 284 BGB | 261 |
| B. Haftungserleichterung für Arbeitnehmer bei betrieblich veranlasster Tätigkeit | 268 |
| C. Beweislastverteilung, § 619a BGB | 272 |
| D. Aufrechnung und Pfändungsschutz | 273 |
| E. Ergebnis | 274 |
| § 9 Zusammenfassung | 277 |
| Literaturverzeichnis | 285 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| § 1 Das Synallagma des Arbeitsvertrags ein vernachlässigtes Stiefkind der Arbeitsrechtswissenschaft | 21 |
| A. Problemstellung | 21 |
| B. Ziel der Untersuchung | 23 |
| C. Gang der Untersuchung | 23 |
| § 2 Der Arbeitsvertrag als Austauschvertrag | 26 |
| A. Historische Entwicklung der Dogmatik des Arbeitsvertragsrechts | 27 |
| I. Konzeption des Arbeitsverhältnisses um 1900 | 28 |
| II. Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis – ein Tropfen sozialistischen Öls? | 29 |
| III. Vorübergehende Abkehr vom schuldrechtlichen Austauschverhältnis unter dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit | 31 |
| IV. Rückkehr zum Gedanken des schuldrechtlichen Austauschverhältnisses nach Aufhebung des AOG | 32 |
| V. Das Arbeitsverhältnis als schuldrechtliches Austauschverhältnis – der heutige Stand der Dogmatik | 33 |
| 1. Das Arbeitsverhältnis als schuldrechtliches Austauschverhältnis .. | 33 |
| 2. Abweichende Tendenzen | 34 |
| VI. Gründe für die Einordnung des Arbeitsvertrags als schuldrechtlichem Austauschvertrag | 34 |
| B. Leistungsaustausch im Arbeitsverhältnis | 36 |
| C. Ergebnis | 37 |
| § 3 Arbeitnehmerseitige Leistungsstörungen und das Synallagma des Arbeitsvertrags | 38 |
| A. Der Begriff Synallagma als Bezeichnung für die Austauschbeziehung in gegenseitigen Verträgen | 39 |
| B. Sicherung des Leistungsaustauschs durch das genetische, konditionelle und funktionelle Synallagma | 40 |
| I. Genetisches Synallagma | 41 |
| II. Konditionelles Synallagma | 42 |
| III. Funktionelles Synallagma | 42 |
| C. Arbeitnehmerseitige Leistungsstörungen als Problem des konditionellen Synallagmas | 43 |
| I. Nichtleistung des Arbeitnehmers | 43 |
| 1. Entfallen der Leistungspflicht | 43 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 2. | „Ohne Arbeit kein Lohn“ – Auswirkung der Nichtleistung auf den Anspruch auf Entgeltzahlung | 46 |
| II. | Schlechterfüllung der Arbeitsleistung | 48 |
| 1. | Bisherige Ansätze zur Durchsetzung des Prinzips des konditionellen Synallagmas durch Begründung eines Lohnminderungsrechts bei arbeitnehmerseitigen Schlechtleistungen | 49 |
| a) | Lohnminderung gemäß dem Rechtsgedanken der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung im gegenseitigen Vertrag | 50 |
| b) | Lohnminderung in entsprechender Anwendung von Vorschriften des Werkvertragsrechts | 51 |
| c) | § 320 BGB als Lohnminderungsrecht des Arbeitgebers | 51 |
| d) | Lohnminderung nach § 614 BGB | 53 |
| e) | „Schadensersatzrechtliche“ Lohnminderung | 54 |
| f) | Lohnminderung wegen qualitativer Teilunmöglichkeit nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. § 323 Abs. 1 BGB a.F. | 55 |
| aa) | Rechtslage unter dem alten Schuldrecht | 55 |
| bb) | Rechtslage unter der Geltung des modernisierten Schuldrechts | 61 |
| g) | Zwischenergebnis | 62 |
| 2. | Das Dogma von der leistungsstörungenrechtlichen Sanktionslosigkeit der Schlechterfüllung der Arbeitspflicht | 63 |
| D. | Ergebnis | 63 |
| § 4 | Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers als Problem des konditionellen Synallagmas und seiner Durchbrechungen | 64 |
| A. | Das konditionelle Synallagma als wesentlicher Bestandteil der Zweckstruktur des gegenseitigen Vertrags | 65 |
| I. | Zweckstruktur des gegenseitigen Vertrags und verschuldensunabhängige Haftung für Leistungsdefizite | 65 |
| 1. | Finalität des Schuldens | 66 |
| 2. | Besondere Zweckstruktur vertraglicher Schuldverhältnisse | 67 |
| 3. | Normative Gestalt des Synallagmas | 68 |
| 4. | Das Synallagma als vertragsimmanente Zweckstruktur | 69 |
| 5. | Das Synallagma als Zweckbeziehung zwischen wirksam entstandenen wechselseitigen Ansprüchen | 70 |
| 6. | Das Synallagma als Zweckbeziehung zwischen unbeschränkten Ansprüchen | 70 |
| II. | Die verschuldensunabhängige Haftung für Leistungsdefizite als zentraler Inhalt des Prinzips des konditionellen Synallagmas | 71 |
| III. | Das konditionelle Synallagma als notwendige Folge der Zweckstruktur des gegenseitigen Vertrags | 72 |
| IV. | Ausformungen des Leistungsstörungenrechts durch den Gedanken des konditionellen Synallagmas | 73 |

| | |
|--|-----------|
| B. Das Prinzip des konditionellen Synallagmas und die Schlechterfüllung der Arbeitspflicht | 73 |
| C. Gründe für eine Durchbrechung des konditionellen Synallagmas im Arbeitsverhältnis | 74 |
| I. Das Fehlen von Gewährleistungsvorschriften in den §§ 611 ff. BGB .. | 75 |
| II. Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers | 77 |
| III. § 616 BGB | 78 |
| IV. § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB als Durchbrechung des konditionellen Synallagmas | 79 |
| 1. Wortsinn des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB | 82 |
| 2. § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB in seinem Bedeutungszusammenhang mit anderen Vorschriften des allgemeinen und besonderen Schuldrechts | 83 |
| 3. Entstehungsgeschichte des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB | 85 |
| 4. Normzweck des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB | 87 |
| a) Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit den besonderen Gewährleistungsrechten | 87 |
| b) § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB vor dem Hintergrund der arbeitsvertraglichen Interessenlage | 89 |
| 5. Konsequenzen des in § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB angeordneten Minderungsausschlusses für den Arbeitsvertrag | 91 |
| 6. Zusammenfassung | 92 |
| V. Zwischenergebnis | 92 |
| D. Lohnminderungsrecht de lege ferenda? | 92 |
| E. Ergebnis | 93 |
| § 5 Abgrenzung von teilweiser Nichterfüllung und Schlechterfüllung der Arbeitspflicht | 94 |
| A. Grundsätzlicher Vorrang der Schlechterfüllung nach §§ 434 Abs. 3, 633 Abs. 2 Satz 3 BGB analog? | 94 |
| I. §§ 434 Abs. 3 und 633 Abs. 2 Satz 3 BGB als Ausdruck einer gesetzgeberischen Tendenz zur Zurückdrängung des Tatbestands der Nichtleistung zu Gunsten des Tatbestands der Schlechtleistung? | 95 |
| II. Überlegungen zur Reichweite der Gleichstellung von Aliud- und Mankolieferung | 96 |
| III. Normzweck von § 434 Abs. 3 und § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB | 97 |
| IV. Zusammenfassung | 97 |
| B. Lohnminderung bei funktionalen Teilleistungen nach <i>Kerstin Tillmanns</i> .. | 98 |
| I. Gebot der Unterscheidung von Nichtleistung und Schlechtleistung – Eine Frage der Identität | 98 |
| II. Identitätsmerkmale | 99 |
| III. Die Funktion der geschuldeten Tätigkeit als Abgrenzungskriterium und die „funktionale Nichtleistung“ | 100 |

| | | |
|-------|---|-----|
| IV. | Konkretisierung der Funktion durch die Vereinbarung bestimmter Eigenschaften | 102 |
| V. | Funktionaler Teilleistungsbegriff | 104 |
| VI. | Teilschlechtleistung und Teil-Teilleistung | 110 |
| VII. | Lohnminderung bei nicht vertragsgemäßer Arbeitsleistung auf der Grundlage des funktionalen Nicht- und Teilleistungsbegriffs | 111 |
| VIII. | Lohnminderung durch Teilrücktritt gemäß § 323 Abs. 1 BGB | 117 |
| IX. | Zusammenfassung | 117 |
| C. | Die Arbeitsleistung als lediglich zeitlich teilbare Leistung | 118 |
| I. | Das Konzept von der funktionalen Teilleistung vor dem Hintergrund des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB | 118 |
| II. | Die Identität der Leistung als maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung von Nicht- und Schlechtleistung | 120 |
| III. | Anknüpfungspunkt für die Identifizierung der Arbeitsleistung – die Arbeitsleistung und ihre Teilbarkeit | 121 |
| | 1. Teilbarkeit vertraglich versprochener Leistungen | 123 |
| | 2. Kriterien für die Teilbarkeit von Leistungen | 123 |
| | a) Technische Teilbarkeit | 124 |
| | b) Rechtliche Teilbarkeit | 125 |
| | c) Teilbarkeit nach dem Parteiwillen | 125 |
| | d) Ausschließliche Maßgeblichkeit objektiver Kriterien? | 126 |
| | aa) Systematische Bedenken | 126 |
| | bb) Berücksichtigung schutzwürdiger Schuldnerinteressen nach dem Grundsatz der Privatautonomie | 127 |
| | e) Ausschließliche Maßgeblichkeit des Parteiwillens | 128 |
| | f) Die Teilbarkeit von Leistungen vor dem Hintergrund der partei-autonom konstituierten Zweckstruktur des gegenseitigen Vertrags und der grundsätzlichen Dispositivität des Schuldrechts .. | 129 |
| | aa) Besondere Bedeutung des privatautonom gebildeten Parteiwillens bei der Anwendung der Normen des konditionellen Synallagmas | 129 |
| | bb) Grundsätzliche Dispositivität des Schuldrechts | 130 |
| | cc) Zwischenergebnis | 131 |
| | g) Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung | 131 |
| | 3. Zusammenfassung | 132 |
| IV. | Teilbarkeit der Arbeitsleistung | 132 |
| | 1. Arbeitsvertragliche Interessenlage | 134 |
| | a) Interessen des Arbeitnehmers hinsichtlich der Teilbarkeitsfrage | 134 |
| | aa) Die für den Arbeitnehmer vergleichsweise günstigen Rechtsfolgen der Schlechtleistung | 134 |

| | |
|---|-----|
| bb) Fehlende Anwendbarkeit von § 619a BGB bei der Aufrechterhaltung des Lohnanspruchs nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre | 135 |
| cc) Zwischenergebnis | 138 |
| b) Interessen des Arbeitgebers | 138 |
| c) Zwischenergebnis | 138 |
| 2. Berücksichtigung gesetzlicher Wertungsentscheidung und ihr Vorrang vor der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung | 139 |
| a) Verhältnis von ergänzender Vertragsauslegung und dispositivem Recht | 140 |
| b) Bewertung der Teilbarkeitsfrage nach § 616 BGB? | 141 |
| c) Bewertung der Teilbarkeitsfrage nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB | 143 |
| aa) Zeitgebundenheit der Arbeitsleistung und Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers | 144 |
| bb) Verteilung des Entgeltrisikos in Arbeits- und Werkvertrag | 145 |
| cc) Ganzheitliches Interesse des Arbeitgebers an der Verfügbarkeit des Arbeitnehmers | 146 |
| dd) Zwischenergebnis | 147 |
| 3. Einseitige Bestimmung der Arbeitsaufgaben durch den Arbeitgeber | 147 |
| a) Das Weisungsrecht – ein Gestaltungsrecht? | 150 |
| b) Neutralität der Weisungen des Arbeitgebers hinsichtlich des Synallagmas des Arbeitsvertrags | 150 |
| c) Zwischenergebnis | 154 |
| 4. Zusammenfassung | 155 |
| V. Teilergebnis | 155 |
| D. Maßgebliche Identifikationsmerkmale für die Unterscheidung von Nicht- und Schlechterfüllung der Arbeitspflicht | 156 |
| I. „Aliud“-Arbeitsleistung | 156 |
| II. Bedeutung des Zwecks des Arbeitsvertrags für die Bestimmung einer aliud-Arbeitsleistung | 158 |
| III. Zweck des Arbeitsvertrags | 159 |
| 1. Zeitlich bestimmte Verfügbarkeit der Dienste des Arbeitnehmers .. | 160 |
| 2. Eingliederung des Arbeitnehmers in die vom Arbeitgeber vorgegebene Arbeitsorganisation | 162 |
| 3. Geschuldete Art der Arbeitsleistung | 165 |
| 4. Zusammenfassung | 167 |
| IV. Identitätsmerkmale der Arbeitsleistung | 167 |
| 1. Bestimmung der Identität der Arbeitsleistung qua Ausübung des Weisungsrechts | 168 |
| 2. Leistungsort | 169 |

| | | |
|------------|---|------------|
| a) | Betrieb als Leistungsort | 170 |
| b) | Entsendung des Arbeitnehmers an wechselnde Einsatzorte | 170 |
| c) | Wahrung der örtlichen Identität | 172 |
| d) | Zusammenfassung | 173 |
| 3. | Dauer und Lage der Arbeitszeit | 173 |
| a) | Dauer der Arbeitszeit | 174 |
| b) | Lage der Arbeitszeit | 175 |
| c) | Konkretisierung der Arbeitszeit durch Weisungen des Arbeitgebers | 176 |
| d) | Zusammenfassung | 176 |
| 4. | Inhalt der Tätigkeit | 177 |
| a) | Verpflichtung zur Leistung in eigener Person nach § 613 BGB | 177 |
| b) | Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers | 178 |
| aa) | Das Weisungsrecht des Arbeitgebers als Identitätsmerkmal der Arbeitsleistung | 178 |
| bb) | Das Problem der so genannten passiven Resistenz | 180 |
| cc) | Andere Fälle weisungswidriger Tätigkeit | 183 |
| dd) | Zusammenfassung | 183 |
| c) | Qualität der geleisteten Arbeit und die Art der Tätigkeit | 184 |
| aa) | Unterscheidung von Arbeitsquantität und Arbeitsqualität .. | 184 |
| bb) | Qualität der Arbeit und Identität der Arbeitsleistung | 186 |
| cc) | Arbeitsvertraglich geschuldete Art der Tätigkeit | 188 |
| dd) | Konkretisierung der Art der Tätigkeit durch die Weisungen des Arbeitgebers? | 189 |
| ee) | Zusammenfassung | 191 |
| d) | Identität der Arbeitsleistung im Hinblick auf die Art der Tätigkeit | 192 |
| e) | Zusammenfassung | 193 |
| V. | Zusammenfassung | 193 |
| E. | Ergebnis | 193 |
| § 6 | Verschuldensabhängige Haftung des Arbeitnehmers für Schlechtleistungen | 195 |
| A. | Meinungsstand | 196 |
| B. | Gründe für eine Verschuldenshaftung des Arbeitnehmers | 197 |
| C. | Ergebnis | 200 |
| § 7 | Abgrenzung von ordnungsgemäßer Leistung und Schlechterfüllung der Arbeitspflicht | 201 |
| A. | Pflicht zur ordnungsgemäßen Erbringung der geschuldeten Dienste | 202 |
| I. | Pflicht zur tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung | 202 |
| II. | Pflicht zur ordnungsgemäßen Erbringung der geschuldeten Dienste als Bestandteil der Arbeitspflicht selbst | 203 |

| | |
|---|-----|
| B. Leistungsmaßstab und Sorgfaltsmaßstab | 203 |
| I. Individueller Leistungsmaßstab | 203 |
| 1. Individuell-optimale Arbeitsleistung | 203 |
| 2. Dynamisch-individuelle Normalleistung | 205 |
| 3. Leistung im Rahmen des tatsächlichen individuellen Leistungs- vermögens | 209 |
| 4. Argumente für eine individuelle Bestimmung der Arbeitspflich- ten | 209 |
| II. Objektive Normalleistung | 211 |
| 1. Begründungsstränge für eine objektive Bestimmung der Arbeits- pflicht | 212 |
| a) Objektive Bestimmung der Arbeitsleistung aus Gründen der Lohngerechtigkeit | 212 |
| b) Arbeitsleistung mittlerer Art und Güte, § 243 Abs. 1 BGB | 213 |
| 2. Mögliche Referenzpunkte für eine Bestimmung der Normalleistung | 216 |
| III. Vermittelnde Ansichten | 218 |
| 1. Objektiv zu bestimmende Leistungsqualität bei individueller Be- stimmung der Leistungsintensität | 218 |
| 2. Gemischt subjektiver-objektiver Leistungsbegriff in Übertragung des Rechtsgedankens aus §§ 434 Abs. 1, 536 Abs. 1 Satz 1, 633 Abs. 2 BGB | 219 |
| 3. Üblicher Einsatz des objektiv zu erwartenden individuellen Lei- stungsvermögens nach <i>Tillmanns</i> | 221 |
| a) Ermittlung der ordnungsgemäßen Arbeitsleistung durch Aus- legung des Arbeitsvertrags | 221 |
| b) Maßstab für das geschuldete Leistungsvermögen | 222 |
| c) Maßstab für den geschuldeten Einsatz des Leistungsvermögens | 224 |
| 4. Individuelles Leistungsvermögen unter Einhaltung objektiver pro- fessioneller Standards | 228 |
| IV. Ermittlung des im Arbeitsverhältnis geltenden Leistungsmaßstabs im Wege der Auslegung des Arbeitsvertrags | 229 |
| 1. Zur Methodik der Auslegung des Arbeitsvertrags hinsichtlich des Leistungsmaßstabs | 230 |
| 2. Kritik der individuellen Leistungsbestimmung | 232 |
| a) Die Identität von Leistung und Leistendem und der Gedanke vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis | 232 |
| b) Interessenlage zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber | 234 |
| aa) Kenntnis vom eigenen Leistungsvermögen | 234 |
| bb) Leistungsstörungsrechtliche Erwägungen | 235 |
| cc) Kündigungsschutzrechtliche Erwägungen | 237 |
| (1) Verhaltensbedingte Kündigung | 237 |
| (2) Personenbedingte Kündigung | 238 |

| | |
|---|-----|
| (3) Konsequenzen | 240 |
| dd) Zusammenfassung | 241 |
| c) Faktische Geltung objektiver Standards in der Rechtsprechung des BAG | 242 |
| d) Zwischenergebnis | 243 |
| 3. Kritik der objektiven Leistungsbestimmung | 243 |
| a) Lohngerechtigkeitserwägungen | 243 |
| b) Die Gattungshandlungsschuld | 244 |
| c) Interessengerechte Auslegung des Arbeitsvertrags | 246 |
| 4. Zusammenfassung | 248 |
| V. Objektive Leistungsbestimmung und objektiv individueller Sorgfalts- maßstab | 249 |
| 1. Objektiver Leistungsmaßstab | 250 |
| a) Berufsspezifische Leistungsstandards | 250 |
| b) Durchschnittsleistung vergleichbarer Arbeitnehmer | 252 |
| c) Unterschreitung von Berufsstandards und Durchschnittsleistung aufgrund von Arbeitgeberweisungen oder betrieblichen Ge- gebenheiten | 253 |
| 2. Objektiv individueller Sorgfaltsmaßstab | 253 |
| 3. Konsequenzen | 258 |
| C. Ergebnis | 259 |
| § 8 Ersatz des Minderwerts der Arbeitsleistung | 261 |
| A. Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB oder Auf- wendungsersatz nach § 284 BGB | 261 |
| I. Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 283 BGB | 261 |
| 1. Anspruchsvoraussetzungen | 261 |
| 2. Rechtsfolgen | 262 |
| a) Schadensersatz in Form der Nacharbeit oder Ersatz des Min- derwerts der Arbeitsleistung? | 262 |
| b) Berechnung des Minderwerts der Arbeitsleistung | 263 |
| aa) Zeitliche Eingrenzung der Schlechtleistung als Bemes- sungszeitraum für die Ermittlung des zu ersetzenden Min- derwerts der Arbeitsleistung | 264 |
| bb) Bestimmung des Arbeitsminderwerts | 265 |
| II. Aufwendungsersatz nach § 284 BGB | 267 |
| B. Haftungserleichterung für Arbeitnehmer bei betrieblich veranlasster Tätig- keit | 268 |
| I. Betriebsrisiko des Arbeitgebers als verschuldensunabhängiger Zu- rechnungsfaktor | 269 |
| II. Fremdnützigkeit der Arbeitsleistung | 270 |
| III. Sozialschutz des Arbeitnehmers | 270 |

| | |
|---|------------|
| IV. Interessenlage bei der Haftung für den Minderwert der Arbeitsleistung | 271 |
| V. Zwischenergebnis | 272 |
| C. Beweislastverteilung, § 619a BGB | 272 |
| D. Aufrechnung und Pfändungsschutz | 273 |
| E. Ergebnis | 274 |
| § 9 Zusammenfassung | 277 |
| Literaturverzeichnis | 285 |

„Der Arbeitslohn ist also nur ein besonderer Name für den Preis der Arbeitskraft, den man gewöhnlich den Preis der Arbeit nennt, für den Preis dieser eigentümlichen Ware, die keinen andern Behälter hat als menschliches Fleisch und Blut.“

Karl Marx

§ 1 Das Synallagma des Arbeitsvertrags ein vernachlässigtes Stiefkind der Arbeitsrechtswissenschaft

A. Problemstellung

Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers rückt in jüngerer Zeit mehr und mehr in den Fokus von Personalverantwortlichen und Arbeitsrechtswissenschaft. Ein Grund für diese Entwicklung mag sein, dass die Leistungen der Beschäftigten immer lückenloser überwacht und Arbeitnehmer vermehrt an ihrer Produktivität gemessen werden. Dies hat zur Folge, dass schlechte Arbeitsleistungen schneller auffallen, nicht zuletzt deshalb, weil die zu leistende Arbeit in Zeiten der Globalisierung intensiver wird und Arbeitgeber vermehrt bestrebt sind, auch im Zeitlohn leistungsgerecht zu vergüten.¹ Zudem sind einfache Tätigkeiten, welche es einem Arbeitgeber ermöglichen, leistungsschwache Arbeitnehmer ohne schwerer wiegende wirtschaftliche Nachteile „durchzuschleppen“, vermehrt aus dem Geltungsbereich des deutschen Arbeitsrecht ausgelagert worden. Bei den verbliebenen, vergleichsweise anspruchsvollen und zumindest zum Teil auch entsprechend vergüteten Tätigkeiten, scheinen Leistungsdefizite kaum tragbar², und es stellt sich bei ihrem Auftreten die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen.

Bei der Auseinandersetzung mit den rechtlichen Konsequenzen der Schlechtleistung des Arbeitnehmers lag der Schwerpunkt bisher auf der Frage nach den Kündigungsmöglichkeiten.³ Diese Schwerpunktsetzung ist Umständen der arbeitsrechtlichen Praxis geschuldet. Der Arbeitgeber, der sich mit einer Schlechtleistung eines Arbeitnehmers konfrontiert sieht, hat in aller Regel ein erheblich höheres Interesse daran, den Arbeitnehmer abmahnen und gegebenenfalls kündigen zu können, als daran, den Minderwert der Arbeitsleistung, bei dem es sich in

¹ *Maschmann*, NZA Beilage 1/2006, 13.

² *Maschmann*, NZA Beilage 1/2006, 13.

³ Siehe insbesondere BAG vom 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, AP Nr. 85 zu § 1 KSchG 1969; vom 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhältnissbedingte Kündigung; *Hunold*, BB 2003, 2345 ff.; *Maschmann*, NZA Beilage 1/2006, 13 ff.; *Sedlmeier*, Unzureichende Arbeitsleistung – Voraussetzungen und Rechtsfolgen; *Tschöpe*, BB 2006, 213 ff.

der Regel nur um einen Bruchteil der Vergütung handeln kann, im Rahmen der nächsten Lohnzahlung einzubehalten.

Dennoch will sich die vorliegende Untersuchung eben der Thematik des gestörten Austauschs von Arbeit und Lohn zuwenden. Dies hat verschiedene Gründe. Zum einen bietet eine Untersuchung des Synallagmas des Arbeitsvertrags die Gelegenheit, interessante und – wie sich noch zeigen wird – grundlegende dogmatischen Fragestellungen des Arbeitsrechts vor dem Hintergrund des reformierten Schuldrechts zu erörtern. Zum anderen – und dies beklagt schon *Kerstin Tillmanns* in ihrer Habilitationsschrift „Strukturfragen des Dienstvertrages“ – haben die Grundlagen des Arbeitsvertragsrechts trotz der stetig voranschreitenden Entwicklung des Arbeitsrechts im Allgemeinen bis heute verhältnismäßig wenig Beachtung gefunden.⁴ Zwar ist vieles zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags von den Vertragstypen des Dienst- und Werkvertrags gesagt worden.⁵ Und auch der Frage, ob die Austauschbeziehung das beherrschende Element des Arbeitsverhältnisses sein kann, ist über lange Jahre zum Teil kontrovers diskutiert worden.⁶ Doch hat die Frage des Zusammenhangs von Arbeit und Lohn im Arbeitsverhältnis bisher ein erstaunliches Schattendasein geführt. Ein Schattendasein, welches aus akademischer Sicht umso bemerkens- bzw. beklagenswerter ist, als sich Fragen der synallagmatischen Verknüpfung von Arbeit und Lohn spätestens dann aufdrängen, wenn es an die leistungsstörungenrechtliche Behandlung unzureichender Arbeitsleistungen geht.

Im Hinblick auf die Nichterfüllung der Arbeitspflicht darf mit Rücksicht auf das Prinzip „Ohne Arbeit kein Lohn“ das Synallagma der arbeitsvertraglichen Pflichten als zumindest im Grundsatz gewährleistet gelten. Für die Schlechtleistung scheint dies bei oberflächlicher Betrachtung nicht der Fall. Die herrschende Meinung hat sich bisher unter Verweis auf das Fehlen gewährleistungsrechtlicher Vorschriften in den §§ 611 ff. BGB damit zufrieden geben, dass die Schlechtleistung des Arbeitnehmers leistungsstörungenrechtlich gar keine Auswirkungen hat, der Lohnanspruch mithin erhalten bleibt.⁷ Mit Einführung des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB, der zumindest seinem Wortlaut nach eine Minderung der Gegenleistung für alle Fälle der qualitativen Unmöglichkeit, also der nicht behebbaren Schlechtleistung, ausschließt, scheint sich diese Auffassung zu bestätigen.⁸ Im Hinblick

⁴ *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, S. 1.

⁵ In der aktuellen Auflage des Münchener Handbuchs werden dem Arbeitnehmerbegriff 5 Paragraphen und ungefähr 70 Seiten gewidmet, MüHdBArbR-*Richardt* §§ 16–20.

⁶ Hierzu noch ausführlich unter § 2 A.

⁷ BAG vom 17.7.1970 – 3 AZR 423/69, AP Nr. 3 zu § 11 MuSchG 1968; RAG vom 30.4.1930 – RAG 70/36, ARS 9, 230 ff.; *Frey*, AuR 1959, 177; *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 694; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht 1. Bd. S. 236 f.; *Kauffmann*, AuR 1963, 267, 268; *Nikisch*, Arbeitsrecht I. Band, S. 302 f.; *Schaub*, ArbR-Hdb.-*Linck*, § 52 Rn. 5.

⁸ *Gotthardt*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 40.

auf den Austauschcharakter von Arbeit und Lohn verbleiben aber Zweifel an diesem Ergebnis, welche in jüngerer Zeit neue Nahrung gefunden haben. So wird vermehrt versucht, ein Lohnminderungsrecht des Arbeitgebers und damit eine konsequente Durchsetzung des Synallagmagedankens dadurch zu erreichen, dass man eine Vielzahl qualitativer Leistungsdefizite, welche bei natürlicher Betrachtung zunächst als Schlechtleistung zu bewerten sind, unter den Leistungsstörungstatbestand der Nichtleistung zieht.⁹ Dies erweckt den Eindruck, als wolle sich die Arbeitsrechtswissenschaft doch nicht ohne Weiteres mit der Nichtgeltung allgemeiner leistungsstörungenrechtlicher Grundsätze, wie sie für andere Vertragstypen selbstverständlich sind, abfinden.

B. Ziel der Untersuchung

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll daher der Frage der synallagmatischen Leistungsverknüpfung von Arbeit und Lohn für die Fälle der Schlechtleistung des Arbeitnehmers nachgegangen werden. Schlechtleistung meint dabei die Schlechterfüllung der Arbeitspflicht als Hauptpflicht der Arbeitsleistung, die Schlechtleistung im eigentlichen Sinn. Die Verletzung von Nebenpflichten bleibt außer Betracht, da sich die Untersuchung auf den Bereich der synallagmatischen Leistungsverknüpfung von Arbeit und Lohn im Arbeitsvertrag beschränkt.

Das Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es dabei, die Reichweite der synallagmatischen Leistungsverknüpfung im Arbeitsverhältnis zu bestimmen und dogmatisch belastbare Aussagen darüber zu treffen, welche Rechtsfolgen arbeitnehmerseitige Leistungsdefizite im Hinblick auf den Lohnanspruch des Arbeitnehmers auslösen.

Es wird sich im Laufe der Arbeit zeigen, dass die Frage des gestörten Leistungsaustauschs unmittelbar in den Kern des Arbeitsverhältnisses führt und nach einer Auseinandersetzung mit dem Wesen der arbeitsvertraglichen Beziehung verlangt, die grundlegende Erkenntnisse über die arbeitsvertragliche Austauschbeziehung verspricht.

C. Gang der Untersuchung

Um hinreichend belastbare Aussagen über den Leistungsaustausch im Arbeitsverhältnis und insbesondere den gestörten Leistungsaustausch treffen zu können, ist zunächst sicherzustellen, dass der Arbeitsvertrag überhaupt der Kategorie der synallagmatischen Verträge unterfällt. Darauf aufbauend, sollen verschiedene Ansätze zur Behandlung von defizitären Arbeitsleistungen dargestellt werden. So

⁹ *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages und im Anschluss an *Tillmanns Sedlmeier*, Unzureichende Arbeitsleistung – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, S. 172 ff. Siehe ausführlich unter § 5 B. Unter dem alten Schuldrecht bereits *Motzer*, Die „positive Vertragsverletzung“ des Arbeitnehmers.