

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	XI
Literaturverzeichnis .....	XVII
Judikaturverzeichnis .....	XXXIII

## Einleitung

<b>I. Ausgangssituation .....</b>	1
A. Grundlegende gesetzliche Anhaltspunkte .....	4
1. GewO 1859 .....	5
2. ABGB .....	5
3. AngG .....	5
4. Sondergesetze .....	5
B. Arbeitsrechtliche Sorgfaltskonzepte in Judikatur und Literatur .....	6
1. „Qualität der Arbeitspflicht“ – subjektiver oder objektiver Sorgfaltmaßstab .....	7
2. Leistungsmaßstab – Haftungsmaßstab – Sorgfaltmaßstab .....	8
3. „Verhältnismäßig niedrigerer Sorgfaltmaßstab“ iZm Haftungsfragen .....	9
4. Keine Verpflichtung zu einer über das individuelle Vermögen hinausgehenden Sorgfalt .....	10
5. Vertrags- und damit Rechtswidrigkeit bei Sorgfalt-verstoß .....	12
6. (Zulässigkeit der) Vereinbarung eines „abweichenden“ Sorgfaltmaßstabs .....	14
C. Ermittlung des Vertragsinhalts .....	14
1. Dynamik der Vertragspflicht .....	15
2. Typisierung durch Zumutbarkeit und Verkehrssitte .....	18
<b>II. Bedarf nach Überprüfung der Sorgfaltskonzepte .....</b>	20
<b>III. Gang der Untersuchung .....</b>	22

## 1. Kapitel: Objektiv gebotene Sorgfalt

<b>I. Sorgfältige Dienstleistung als arbeitsvertraglicher Schuldinhalt .....</b>	27
A. Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung als Wesensmerkmal des Arbeitsvertrags .....	27
B. Sorgfältige Dienstleistung als Hauptleistungspflicht .....	31
1. Differenzierung zwischen Erfolgs- und Sorgfaltspflichten .....	34
1.1. Unteilbarkeit der Pflicht zur sorgfältigen Dienstleistung .....	37
1.2. Unzulässigkeit der Vereinbarung von Mindestarbeitsleistungen .....	39

1.3. Ausnahme arbeitnehmerbezogenes Entgelt .....	42
2. Sorgfältige Dienstleistung: keine bloße Nebenpflicht .....	44
2.1. Differenzierung im Verhältnis Arbeitgeber – Dritter .....	46
2.2. Differenzierung im Verhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer .....	47
2.3. (Sonderfall) Mankohaftung .....	50
2.4. Abgrenzung zur Treuepflicht .....	52
3. Sorgfältige Dienstleistung vs „allgemeine“ und vorvertragliche Sorgfaltspflichten .....	53
4. Zwischenergebnis .....	54
C. Fehlerhafte Leistung durch nicht sorgfältige Dienstleistung .....	55
1. Erfüllungsmangel „Schlechtleistung“ .....	57
1.1. Objektiv mangelhafte, zu subjektiver Äquivalenzstörung führende Leistung als Maßstab für das Gewährleistungsrecht .....	58
1.2. Objektive Sorgfaltswidrigkeit als Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch .....	60
1.3. „Verhältnismäßig niedrigerer Sorgfaltmaßstab“ im Arbeitsrecht? .....	64
1.4. Zwischenergebnis .....	65
2. „Erfüllungsmangel“ nicht sorgfältige Dienstleistung im Arbeitsverhältnis .....	66
2.1. Abgrenzung zur Nichtleistung .....	67
a) Kein/fehlender Abruf der Arbeitsleistung .....	69
b) Anbot der Arbeitsleistung zur falschen Zeit/am falschen Ort .....	71
c) Grenzfälle .....	72
d) Manko als Fehlleistung .....	75
2.2. Nicht sorgfältige Dienstleistung: fehlende Arbeitsintensität bzw. -qualität .....	76
3. Von den Rechtsfolgen unabhängiger, einheitlicher Maßstab für die objektive Sorgfalt .....	83
3.1. Sonderfall krankheitsbedingte nicht sorgfältige Dienstleistung .....	87
3.2. Sonderfall altersbedingte nicht sorgfältige Dienstleistung .....	90
4. Zwischenergebnis .....	91
<b>II. Ermittlung des konkreten Sorgfaltmaßstabs .....</b>	91
A. Gesetzliche Grundlagen .....	93
1. Spezialregeln für Arbeiter und Angestellte .....	94
2. Subsidiäre Regeln des ABGB .....	94
3. Allgemeine Sondervorschriften .....	95
4. Verhältnis der Normen .....	96
4.1. Allgemeines .....	96
4.2. Arbeiter- bzw Angestellten-eigenschaft als Anknüpfungspunkt für den Sorgfaltmaßstab? .....	99
a) Die Normen .....	100
b) Schrifttum und Judikatur .....	101

c) Verfassungskonforme Interpretation .....	102
5. Sondervorschriften für spezifische Berufs- bzw Arbeitnehmergruppen .....	105
5.1. GmbH-(Fremd-)Geschäftsführer .....	108
a) Doppelfunktion des § 25 GmbHG .....	109
b) Einfluss des unternehmerischen Ermessens auf den Sorgfaltspflichtmaßstab .....	112
5.2. Ärzte .....	116
5.3. Gesundheitsberufe im weiteren Sinne .....	122
5.4. Anlageberatung .....	123
5.5. Verantwortliche Beauftragte .....	125
5.6. Fazit: Verstärkung der Sorgfaltspflicht bei Arbeitnehmern in Verantwortungsposition .....	128
a) Sachkunde .....	128
b) (Unternehmerische) Entscheidungsbefugnis .....	129
c) Weitgehende Weisungsfreiheit .....	130
d) Risikoaffinität der Tätigkeit .....	130
6. Arbeitnehmerschutzvorschriften .....	131
7. Besonderheiten bei begünstigt behinderten Arbeitnehmern .....	134
8. Zwischenergebnis: Grundsätzlich einheitlicher Sorgfaltspflichtmaßstab für alle Arbeitnehmergruppen .....	135
B. Vorgaben in Kollektivverträgen .....	137
C. Vorgaben in Betriebsvereinbarungen .....	143
D. Verhältnis der Regelungsinstrumente .....	147
1. Verhältnis (dispositives) Gesetzesrecht – vertragliche Vereinbarung .....	147
2. Verhältnis Einzelvertrag – kollektive Regelungsinstrumente .....	149
3. Verhältnis kollektive Regelungsinstrumente – dispositives Gesetzesrecht .....	150
E. Objektive Sorgfalt und vertragliche Vereinbarung .....	153
1. Ermittlung des vertraglich geschuldeten Maßstabs für die objektive Sorgfalt .....	154
1.1. Maßgeblichkeit des objektiven Erklärungswertes .....	160
a) Vorvertragliche Erklärungen und (kollektivvertragliche) Stellenbeschreibungen .....	167
b) Dienstzettel als Anhaltspunkt? .....	168
c) Arbeitsbewertungssysteme .....	170
1.2. Arbeitnehmerverhalten .....	172
a) Fehlende Kenntnisse bzw Fähigkeiten trotz gegenteiliger Angaben gegenüber dem Arbeitgeber .....	175
Exkurs: Ausbildung und Verantwortung als doppelt bewertbare Kriterien .....	179
b) Weigerung zur Fort-/Weiterbildung .....	180
c) Sukkus: Eigenverantwortlichkeit des Arbeitnehmers .....	182
1.3. Arbeitgeberverhalten .....	184
a) Duldung von Minderleistungen .....	184
b) Kenntnis von fehlender Eignung bei Einstellung .....	186

c) (Langjähriger) Einsatz auf höher- oder geringwertiger Position .....	189
d) Konkretisierung der Arbeitspflicht durch Weisungen .....	192
e) (Wissentliche) Überforderung des Arbeitnehmers .....	200
f) Zwischenergebnis .....	203
2. Schranken der vertraglichen Vereinbarung .....	204
2.1. Sittenwidrigkeit als allgemeine Grenze .....	205
2.2. „Wesen“ des Arbeitsvertrags? .....	209
a) Unzulässige Risikoüberwälzung .....	210
b) Abhängigkeit von der konkreten Reichweite des Arbeitgeber-Weisungsrechts .....	211
2.3. Fürsorgepflicht .....	212
3. Zwischenergebnis .....	216
F. Sorgfaltsmäßstab bei fehlender vertraglicher Vereinbarung .....	217
1. Ausgangssituation: Leistung der „den Umständen nach angemessenen“ bzw ortsüblichen Dienste .....	221
1.1. Interpretationsbedürftigkeit .....	221
1.2. Weitgehende Gleichsetzung von Ortsgebrauch und Angemessenheit .....	222
1.3. Die „Umstände“ der Arbeitsleistung .....	225
2. Beurteilungsmaxime .....	228
2.1. Kontextabhängigkeit .....	229
a) Verkehrssitte im Allgemeinen .....	230
b) „Verkehrssitte“ iZm den Rechtsfolgen Schadenersatz und Beendigung .....	233
c) Zwischenergebnis .....	235
2.2. Selbstverantwortung, Treuepflicht und Vertrauensprinzip .....	236
a) „Erhöhter“ Sorgfaltsmäßstab bei erhöhter Verantwortung .....	238
b) „Erhöhter“ Sorgfaltsmäßstab je nach Kenntnissen und Fähigkeiten .....	240
2.3. Persönlichkeitsschutz und Fürsorgepflicht .....	244
2.4. Äquivalenz .....	248
2.5. Zwischenergebnis .....	251
G. Beweislast .....	253
H. Synopse und weiterer Gang der Untersuchung .....	259

## 2. Kapitel: Subjektive Sorgfalt

I. Subjektive Vorwerfbarkeit als Voraussetzung für eine rechtliche Reaktion des Arbeitgebers auf objektiv sorgfaltswidriges Verhalten .....	263
A. Allgemeine Parameter für die „subjektive Sorgfaltswidrigkeit“ .....	268
1. Objektiver oder subjektiver Maßstab für die subjektive Sorgfalt? .....	269
2. Relevanz des Arbeitgeberverhaltens .....	271
3. Konsolidierung: eng auszulegender subjektiver Maßstab .....	273

B. Differenzierung zwischen leichter Fahrlässigkeit und grobem Verschulden .....	277
<b>II. Exkurs: Berücksichtigung der speziellen Risikoverteilung im Arbeitsrecht .....</b>	<b>281</b>
A. Grundsätzliche Unzulässigkeit der Überwälzung des Unternehmer-Risikos auf den Arbeitnehmer .....	281
B. Risikoüberwälzung vs Rücksichtnahme .....	283
C. Bisheriges Wohlverhalten als Schutzverstärker .....	285
D. Wirtschaftliches Risiko vs Sozialschutz .....	286
E. Risikotragung und Gesundheitsschutz .....	290
 <b>3. Kapitel:</b> <b>Konsequenzen fehlender Sorgfalt</b>	
<b>I. Rechtliche Konsequenzen der Fehlleistung .....</b>	<b>293</b>
A. Grundsätzliche Nichtanwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Gewährleistungsbehelfe .....	293
B. Sinngemäße Anwendung der den Gewährleistungsbehelfen zugrundeliegenden Gedanken .....	296
C. Arbeitsrechtliche Instrumente .....	298
<b>II. Entgelt .....</b>	<b>299</b>
A. Das Entgelt im Synallagma des Arbeitsvertrags .....	299
B. Einseitige Entgeltanpassung bei nicht sorgfältiger Dienstleistung .....	304
1. Entgeltanpassung und (Wieder-)Herstellung des Austauschverhältnisses .....	307
2. Entgeltanpassung als alternativ(los)e Wiederherstellung des Austauschverhältnisses bei nicht sorgfältiger Dienstleistung pro futuro .....	308
3. Entgeltanpassung als Gestaltungsrecht .....	310
4. Entgeltanpassung und Schadenersatzrecht .....	310
C. Konkrete Gestaltungsmöglichkeiten .....	312
1. Anpassung aufgrund von Irrtums oder List .....	313
1.1. Anfechtung bei wesentlichem Irrtum .....	317
1.2. Anfechtung bei listig herbeigeführtem Irrtum .....	321
1.3. Anpassung .....	322
1.4. Gemeinsame Überlegungen .....	325
2. Teilkündigung .....	330
3. Retentionsrecht .....	332
4. Ergänzende Vertragsauslegung bzw Anpassung auf Basis einer speziellen arbeitsrechtlichen Umstandsklausel .....	334
4.1. Parallele zum Entzug einer Funktion bzw zur Verwendungsänderung? .....	337
4.2. Voraussetzung „geänderte Umstände“ .....	341
a) Anpassung bei wirtschaftlichen bzw organisatorischen Änderungen .....	346
b) Anpassung bei nicht sorgfältiger Arbeitsleistung .....	350
c) Sonderfall besonders bestandgeschütztes Arbeitsverhältnis .....	355

5. Praktische Überlegungen bei tatsächlicher Entgeltanpassung .....	357
5.1. Grundsätzliches zur Entgeltanpassung .....	358
5.2. Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz zwischen Arbeitsleistung und Entgelt .....	360
5.3. Konkrete Berechnung: relative Berechnungsmethode? .....	363
5.4. Gerichtliche Geltendmachung und Widerspruchsrecht .....	364
<b>III. Schadenersatz .....</b>	<b>366</b>
A. Schädigung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer .....	367
1. Im gestörten Austauschverhältnis bestehender Vermögens- schaden .....	368
2. Folgeschäden .....	371
3. Zwischenergebnis .....	372
B. Verschulden im engeren Sinne .....	372
C. Mäßigung nach DHG .....	374
1. Persönlicher Anwendungsbereich .....	375
2. (Doppel-)Funktion der Mäßigungskriterien .....	376
3. Verantwortung und Entgelt .....	378
4. Ausbildungsstand .....	378
5. Eingliederung und Risikotragung .....	380
D. Geltendmachung durch Aufrechnung .....	381
<b>IV. Beendigung .....</b>	<b>382</b>
A. Kündigung .....	385
1. Differenzierung aufgrund des Betriebsverfassungsrechts? .....	386
1.1. Sittenwidrigkeit und Sorgfaltswidrigkeit .....	386
1.2. Gleichklang auf „Rechtfertigungsebene“ .....	388
2. Kündigungsfertigung wegen nicht sorgfältiger Arbeits- leistung .....	390
2.1. Kündigung aufgrund persönlicher, sich in einem objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten niederschlagender Gründe .....	394
a) Fehlende Kenntnisse oder Fähigkeiten .....	395
b) Krankheit .....	397
c) Alter .....	398
d) Behinderung .....	400
2.2. Kündigung aufgrund objektiv sorgfaltswidrigen Verhaltens .....	401
B. Entlassung .....	404
Zusammenfassung der wichtigsten Thesen .....	410
Stichwortverzeichnis .....	417