

Einleitung

I. Ausgangssituation

Nach der ganz herrschenden Meinung¹⁾ in Österreich verpflichtet sich der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber – in Abgrenzung zum Werkvertragsnehmer – zur sorgfältigen Arbeits- bzw Dienstleistung,²⁾ nicht aber zur Erbringung eines konkreten Erfolgs.³⁾ Schuldinhalt ist demnach die Erbringung von Diensten in sorgfältiger Art und Weise. Weitgehend ungeklärt ist die Frage, anhand welcher Maßstäbe bzw Kriterien gemessen werden soll, ob eine sorgfältige Arbeitsleistung vorliegt. Zuletzt hat sich – soweit ersichtlich – *Ettmayer*⁴⁾ im Jahr 2007 im Rahmen seiner Dissertation näher mit Teilaspekten des Themas befasst. Er behandelt dabei unter anderem, ob ein „objektiver“ oder aber ein „subjektiver“ Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist. Lediglich kursorisch geht *Ettmayer* allerdings auf die praktisch relevante Frage der Rechtsfolgen bei nicht sorgfältiger Dienstleistung ein. Konkret geht es darum, ob die nicht sorgfältige Dienstleistung „sanktionsfrei“ bleibt, oder aber ob daraus für den Arbeitnehmer negative Rechtsfolgen resultieren können. Exemplarisch sei die Problematik an folgenden drei Fallkonstellationen beschrieben:

◆ Fallkonstellation 1: Schadenersatz?

Die Angestellte A ist als Anlageberaterin seit vielen Jahren bei der Bank B beschäftigt. Sie gilt als „die“ Expertin für die Vermittlung risikobehafteter Fonds. A ist dabei auch überaus erfolgreich – im Vergleich zu ihren Kollegen wirbt sie jährlich die höchste Zahl an Kunden. Aufgrund des provisionsabhängigen Gehalts verdient A mit Abstand am besten. Hintergrund ist allerdings, dass A über Jahre hinweg risikobehaftete Anlageformen als „konservative Anlagemöglichkeit“ vermittelt hat und Kunden mit Floskeln wie „der Fonds ist so sicher wie ein Sparbuch“ überzeugen konnte.⁵⁾

¹⁾ *Kietaihl/Rebhahn* in ZellKomm I³ § 1153 ABGB Rz 32; *Pfeil* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB V⁴ § 1151 Rz 35, § 1153 Rz 31; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht³ 39, 82 f uvm; OGH 9 ObA 77/91 Arb 10.945 = SZ 64/79 = DRdA 1992/7 (*Eypeltauer*) = wbl 1992, 60 = RdW 1992, 21; 4 Ob 164/83 SZ 57/1 = RdW 1984, 178 = JBl 1984, 625 = DRdA 1985/19 (*Csebreňnyak*).

²⁾ Beide Begriffe werden, wie auch jene des Arbeit- und des Dienstnehmers sowie des Arbeits- und des Dienstvertrags, in der Folge synonym verwendet.

³⁾ Dem steht bloß vermeintlich entgegen, dass in der Praxis „auf Ergebnisse“ gesetzt wird, siehe den Beitrag von *Breit*, Spielregeln für virtuelle Teams, derStandard, online-Ausgabe vom 23. 5. 2017, 9.00 Uhr, <http://derstandard.at/2000057923123/Spielregeln-fuer-virtuelle-Teams> (23. 5. 2017).

⁴⁾ *Ettmayer*, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis (2007).

⁵⁾ Vgl OGH 3 Ob 108/16 b JusGuide 2016/39/15168. Siehe auch die Nachweise bei *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1299 Rz 63. Zum (strafrechtlich nach § 153 StGB relevanten) Befugnismissbrauch eines Bankangestellten, über das Vermögen

Es kommt wie es kommen musste – im Zuge der Wirtschaftskrise verlieren die von A vermittelten Anlageformen immens an Wert. Als die Kunden der B der Reihe nach die Auszahlung ihres „sicher angelegten Geldes“ fordern, erkennt die B, dass massive Unregelmäßigkeiten bei der Beratung durch A vorliegen. Aufgrund der Haftung der B im Außenverhältnis den falsch informierten Kunden gegenüber entsteht der B ein Schaden in Millionenhöhe, der eindeutig aufgrund der fehlerhaften Beratung durch A entstanden ist. Hätte A die Kunden über das Risiko der vermittelten Anlageformen entsprechend aufgeklärt, hätten diese niemals die vermittelten Produkte erworben und wäre daher auch nicht die Ausfallhaftung der Bank zum Tragen gekommen.⁶⁾ Für B stellt sich vor allem die Frage, ob und wenn ja in welcher Höhe A ihr gegenüber haftet.

◆ Fallkonstellation 2: Versetzung, Entgeltminderung?

Eine Chirurgin (C) ist seit 2002 Oberärztin an der Neurochirurgischen Abteilung eines Krankenhauses. Seit 2009 ist sie definitiv zur „Ersten Oberärztin“ an besagter Abteilung bestellt. Seit 2012 kommt es zu zunehmenden Schwierigkeiten mit C. Sie weist ein großes Aggressionspotential auf und ist dem Abteilungsleiter im Zusammenhang mit der Dienstbeschreibung mehrerer Turnusärzte in den Rücken gefallen, insbesondere weil sie über fachliche Qualifikationen unrichtige Angaben gemacht hat. Hinzu kommt, dass sich Anfang 2012 ein Primarius eines Bezirkskrankenhauses beim Abteilungsleiter schriftlich über C beschwert hat, dass diese ungerechtfertigt die Übernahme eines Patienten verweigert hat. Auch seitens des Personals und der Patienten kommt es immer wieder zu Klagen und Zwischenfällen. Das Pflegepersonal hat bereits des Öfteren den Abteilungsvorstand um Hilfe ersucht und eine Änderung der C im Umgang mit dem Personal erbeten. Auch durch Intervention des Vorstands des Krankenhauses kann eine solche Änderung jedoch nicht erzielt werden. Fachlich kann C persönlich keine Fehlleistung angelastet werden, allerdings herrscht unter ihrer Ägide im Operationssaal bei den Mitoperateuren eine derart hohe Verunsicherung, dass es bereits zu fünf Kunstfehlern gekommen ist, die hohe Haftungsübernahmen des Krankenhauses zur Folge hatten.

Die Krankenhausleitung sieht sich in der Folge genötigt, C nur mehr zu Dienstleistungen wie

- Abschließen der Krankengeschichten und Erstellen der Arztbriefe für jene Patienten, bei denen bereits ein Rückstand besteht,
- fachliches Ordnen der Befunde in den Krankengeschichten sowohl für die Intensivstation als auch für die Allgemeinstation, und
- Erfassen jener OP-Berichte, die noch nicht diktiert sind

des Bankinstituts durch Kreditvergabe zu verfügen, aufgrund vorsätzlicher Kreditgewährung trotz erkannter fehlender Bonität und mangelnder Sicherheiten zum Zeitpunkt der Kreditschuldentstehung, losgelöst von Vorgaben des BWG und bankinternen Richtlinien, etwa OGH 15 Os 1/13 f ecolex 2014/189. Ein Fall der mangelhaften Beratung lag auch der E zu 1 Ob 21/16 v EvBl 2017/64 (*Brenn*) = ecolex 2017, 14 (*Kainz*), zugrunde.

⁶⁾ Vgl OGH 8 Ob 104/12 w ZFR 2013/46 = ÖBA 2013/1922 = RdW 2013/410 = RZ 2013 EÜ130 = *Graf*, ecolex 2013, 864 = ecolex 2013/348 = ZVR 2014/58 (*Danzl*, tabellarische Übersicht) = SZ 2013/9 = *Ondreasova*, ÖBA 2015, 795.

einzuteilen. Da diese Tätigkeiten nicht mit Nachtdiensten verbunden sind, erleidet C erhebliche finanzielle Einbußen.⁷⁾ Zudem verringert sich ihr Grundgehalt um brutto EUR 1.000,-/Monat, denn immerhin ist mit ihrer aktuellen Tätigkeit nicht mehr dasselbe Ausmaß an Verantwortung verbunden wie zuvor. Die Chirurgin möchte dagegen rechtlich vorgehen.

◆ Fallkonstellation 3: Gerechtfertigte Kündigung?

Ein angestellter Apotheker gibt über einen längeren Zeitraum hinweg unrichtige Packungsgrößen und falsche Medikamente an Kunden aus. Hinzu kommen Schwierigkeiten beim Lesen von Rezepten und bei der Laboration. Der Arbeitgeber kündigt den Apotheker; dieser ficht die Kündigung gem § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG wegen Sozialwidrigkeit an. Nach Ansicht des Arbeitgebers war die Kündigung allerdings aufgrund Vorliegens personenbedingter Gründe gem § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG gerechtfertigt. Der OGH⁸⁾ folgte in concreto dem Arbeitgeber: Aufgrund der „Besonderheiten“ der Arbeitsleistungen des angestellten Apothekers haben die „Fehlleistungen“⁹⁾ des Arbeitnehmers wie auch sein „mangelndes Bemühen“ gegenüber Kunden, das zu einem für die Arbeitgeberin offensichtlich untragbaren Verhalten führte, nach Ansicht des OGH „ein erhöhtes Gewicht als Kündigungsrechtfer-tigungsgrund“.

Diese Beispiele zeigen, dass vor allem unklar ist, woran die Pflicht zur sorgfältigen Dienstleistung zu messen ist. Dies spiegelt sich auch in Judikatur und Literatur wider und ist gleichzeitig Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung: Überprüft soll insbesondere werden, ob die sogleich – überblicksmäßig – vorgestellten Konzepte in sich konsistent sind. Um die Problematik zu verdeutlichen, sei dies anhand des offensichtlichen Widerspruchs zwischen dem dem Schadenersatzrecht zugrundeliegenden Sorgfaltsmaßstab und jenem, der in Fragen der allgemeinen Leistungspflicht des Arbeitnehmers und bei einer potentiellen Entgeltkürzung zur Anwendung kommen soll, aufgezeigt:

Nach § 2 DHG kann es zu einer Mäßigung der Ersatzpflicht etwa dann kommen, wenn mit der Tätigkeit eine besondere Gefahrneigung verbunden ist.¹⁰⁾ Damit soll allerdings nicht die Gefährlichkeit des Tuns an sich haftungsmindernd wirken, vielmehr soll darauf abzustellen sein, auf welche Art und Weise die Arbeit in ihrer Dauer auf den Arbeitnehmer Wirkungen zeitigt. Die besondere Gefahrneigung einer Tätigkeit verpflichte den Arbeitnehmer zwar zu besonderer Anspannung; diese kann der Arbeitnehmer als Mensch jedoch nur für eine gewisse Zeitspanne aufrechterhalten.¹¹⁾ Von maßgeblicher Bedeutung soll daher sein, ob das Arbeitsverhältnis an sich bzw die Umstände der Leistungserbringung – etwa eine besonders starke Beanspruchung des Arbeitnehmers – die Leistungsfähigkeit herab-

⁷⁾ Fall angelehnt an OGH 8 ObA 202/02t RdW 2004/142 = DRdA 2003/47 (Mazal).

⁸⁾ OGH 8 ObA 61/98y ARD 4998/11/99 = RdW 1998, 693.

⁹⁾ Hervorhebung durch den OGH.

¹⁰⁾ So bereits Gamillscheg, JBl 1965, 227 f.

¹¹⁾ Gamillscheg, JBl 1965, 228. IdS auch Schrammel, ZAS 1985, 206 f.

setzen, oder aber, ob sein Urteilsvermögen von vornherein überspannt wird. Zu keiner Exkulpation soll es hingegen kommen, wenn die Leistungsschwächen einer Person individuell begründet sind.¹²⁾

Ein gelegentliches „Abirren“ oder Misslingen der Leistung des Arbeitnehmers ist daher typisch.¹³⁾ Fraglich ist nun, inwiefern sich dies rechtlich abbilden lässt. Hinsichtlich des Schadenersatzrechts wird vertreten, dass der Arbeitnehmer, der bei Erbringung der Dienstleistung einen Schaden zufügt, grundsätzlich rechtswidrig handelt; nach dem DHG kann aber unter bestimmten Voraussetzungen eine Haftungsminderung eintreten.¹⁴⁾ Dem steht die Ansicht gegenüber, dass der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag nicht mehr verspricht als eine manchmal fehlerhafte Arbeitsleistung bzw der Inhalt der Vertragspflicht objektiv, unabhängig vom Parteiwillen, nicht ein permanent fehlerfreies Arbeiten sein könne. Dies wird in der Lehre auch mit dem „Grundsatz“ „*nemo ultra posse obligatur*“ begründet.¹⁵⁾

Nach *Gamillscheg* kann die letztere Ansicht jedoch nur dann gelten, wenn die Schlechterfüllung des Arbeitsvertrags nach dem Gesamtbild der Leistung im Dauerschuldverhältnis beurteilt wird.¹⁶⁾ Ist hingegen Maßstab die konkrete Schädigungshandlung, so könne dieser Ansatz nicht fruchtbar gemacht werden.¹⁷⁾ Damit ist ein weiterer zentraler Punkt der vorliegenden Untersuchung angesprochen: Kann es je nachdem, um welche konkrete Rechtsfolge es geht, im Arbeitsverhältnis unterschiedliche Sorgfaltsmaßstäbe geben?¹⁸⁾ Mit anderen Worten, ist etwa für eine allfällige Kündigung auf das fehlerhafte Verhalten in Relation zur gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses abzustellen, während hingegen es bei Beurteilung der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers auf die einmalige Schädigungshandlung ankommt? Aufzulösen ist daher in der vorliegenden Untersuchung vor allem der (*prima facie*) unauflösliche Gegensatz zwischen dem Sollen, das keine Ausnahme kennt, und dem menschlichen Verhalten, das niemals zur Gänze normgemäß ist oder sein kann. Einer der maßgebenden, bei Auflösung dieses vermeintlichen Widerspruchs relevanten, Gedanken ist, dass eine Relativierung der Pflichten bereits auf Ebene der Vertrags- und damit der Rechtswidrigkeit dem Ordnungsgedanken des Rechts wohl kaum gerecht wird.¹⁹⁾

A. Grundlegende gesetzliche Anhaltspunkte

Eine einheitliche, explizite gesetzliche Vorgabe, in welcher Güte, Intensität oder Qualität der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung schuldet, existiert nicht. Dennoch wird von der ganz herrschenden Meinung vertreten, der Arbeitnehmer ver-

¹²⁾ *Steindorff*, JZ 1959, 7 f.

¹³⁾ *Schrammel*, ZAS 1985, 207.

¹⁴⁾ *Gamillscheg*, JBl 1965, 228 f.

¹⁵⁾ Etwa *Firlei*, DRdA 1979, 226 (227).

¹⁶⁾ Vgl auch den Verweis *Gamillschegs* auf eine Entscheidung des Amtsgerichts Plauen aus dem Jahr 1936, wonach es unmöglich sei, ständig unter Anspannung aller Kräfte des Geistes und des Körpers fehlerfrei zu arbeiten (JBl 1965, 225, 227).

¹⁷⁾ *Gamillscheg*, JBl 1965, 228 f.

¹⁸⁾ Ablehnend etwa *Ettmayer*, Leistungsstörungen 28, mag auch der dortige Verweis auf *Grillberger* ins Leere gehen.

¹⁹⁾ *Gamillscheg*, JBl 1965, 229; *Steindorff*, JZ 1959, 4.

pflichtete sich zur sorgfältigen Dienstleistung, nicht aber zu einem konkreten Erfolg.²⁰⁾ Rechtliche Vorgaben, die in diesem Zusammenhang genannt werden, finden sich sowohl in den – in Hinblick auf die Zahl der darunter zu subsumierenden Arbeitsverhältnisse – wichtigsten Regelungsquellen, in der GewO 1859, im ABGB und im AngG, als auch in arbeitsrechtlichen Sondergesetzen. Gerade bezüglich des durch das ABGB vorgegebenen Maßstabs ist auch ein Verweis auf die Gesetzesmaterialien unerlässlich. Danach haftet der Arbeitnehmer für „Diligenz“, also für die „Sorgfalt“.²¹⁾

1. GewO 1859

Gem § 72 Abs 2 iVm § 76 GewO 1859 sind (Hilfs-)Arbeiter mangels Vereinbarung dazu verpflichtet, die ihnen anvertrauten gewerblichen Verpflichtungen „nach besten Kräften zu besorgen“. Subsidiär kommen die Bestimmungen des ABGB zur Anwendung.

2. ABGB

Nach dem durch die III. Teilnovelle eingefügten § 1153 S 2 ABGB sind, „soweit über Art und Umfang der Dienste nichts vereinbart ist, ... die den Umständen nach angemessenen Dienste zu leisten“. Paralleles bestimmt § 1152 ABGB hinsichtlich des Entgelts: Danach gilt mangels gegenteiliger Vereinbarung im Vertrag ein „angemessenes“ Entgelt als bedungen.

3. AngG

Weitgehend übereinstimmend mit § 1153 S 2 ABGB normiert § 6 Abs 1 AngG, dass „Art und Umfang der Dienstleistungen sowie das dafür gebührende Entgelt (Geld- und Naturalbezüge) ... mangels Vereinbarung durch den für die betreffende Art der Unternehmung bestehenden Ortsgebrauch bestimmt (werden). In Ermangelung eines solchen sind die den Umständen nach angemessenen Dienste und ein ebensolches Entgelt zu leisten.“

4. Sondergesetze

Die wichtigsten für einzelne Berufsgruppen geltenden Spezialgesetze sind das GAngG, das HausbG, das HausgG, das LAG und das TAG. Gem § 5 GAngG sind mangels Vereinbarung „die nach dem Ortsgebrauch und den Umständen angemessenen Dienste und ein ebensolches Entgelt zu leisten“. § 10 GAngG normiert, dass „(d)er Dienstnehmer ... verpflichtet (ist), die übernommenen Dienste nach bestem Wissen und Können persönlich zu leisten“. Subsidiär kommen gem § 41 Abs 1 leg cit die Vorschriften des ABGB über den Dienstvertrag zur Anwendung.

²⁰⁾ Etwa Kietaihl/Rebhahn in ZellKomm I³ § 1153 ABGB Rz 32; Pfeil in Schwiemann/Kodek, ABGB V⁴ § 1151 Rz 35, § 1153 Rz 31; Marhold/Friedrich, Arbeitsrecht³ 39, 82 f; OGH 9 ObA 77/91 Arb 10.945 = SZ 64/79 = DRdA 1992/7 (Eypeltauer) = wbl 1992, 60 = RdW 1992, 21; 4 Ob 164/83 SZ 57/1 = RdW 1984, 178 = JBl 1984, 625 = DRdA 1985/19 (Csebrenyak).

²¹⁾ 78 BlgHHB 21. Sess 207 (zu § 1151 ABGB).

Hausbesorger haben gem § 3 HausbG die Pflicht, „das Interesse des Hauseigentümers bezüglich der ihnen obliegenden Arbeiten mit Umsicht, Sorgfalt und Redlichkeit wahrzunehmen“. Zudem sind sie dazu verpflichtet, „alle wahrgenommenen oder sonst zur Kenntnis gebrachten Gebrechen an dem Hause oder Beschädigungen der Haus- und Wohnungsbestandteile, aus denen dem Hauseigentümer oder dritten Personen Schaden an Gesundheit oder Vermögen entstehen könnte, dem Hauseigentümer ehestens zur Anzeige zu bringen und auf die Einhaltung der Hausordnung durch die Hausbewohner zu achten“. Zu einer Konkretisierung der Pflichten kommt es in §§ 4–6 leg cit.

Dem HausbG unterliegende Dienstnehmer haben gem § 2 Abs 3 leg cit unter anderem die ihrer „Obsorge anvertrauten Personen und Sachen pflichtgemäß zu behandeln, im Rahmen des Dienstverhältnisses die Interessen des Dienstgebers wahrzunehmen und die Gebote der Sittlichkeit zu beachten“. Subsidiär kommen gem § 19 HausbG die Bestimmungen des ABGB über Dienstverhältnisse zur Anwendung.

Gem § 8 LAG ist mangels Vereinbarung „...den Umständen nach angemessene Arbeit und ebensolches Entgelt unter billiger Berücksichtigung des Ortsgebrauches zu leisten“. § 12 LAG sieht unter dem Titel „Allgemeine Pflichten des Dienstnehmers“ zudem vor, dass dieser verpflichtet ist, „die ihm obliegenden Arbeiten mit Fleiß und Gewissenhaftigkeit zu leisten“.

Ein Arbeitnehmer, auf den das TAG zur Anwendung kommt, hat schließlich gem § 3 Abs 1 TAG, soweit nichts anderes vereinbart ist, „die seinem Kunstfach entsprechenden Leistungen zu erbringen“. Gem § 40 TAG ist der dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Bühnenarbeitsvertrag „nach billiger Bühengewohnheit“ bzw subsidiär nach dem ABGB zu beurteilen.

B. Arbeitsrechtliche Sorgfaltskonzepte in Judikatur und Literatur

Die Frage nach dem Maßstab, an dem die Arbeitsleistung zu messen ist, stellt sich vor allem iZm einer allfälligen Entgeltkürzung, der Versetzung, der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Haftung des Arbeitnehmers für Schäden des Arbeitgebers. In Judikatur und Literatur finden sich nur vereinzelt stringente Lösungsansätze. Differenziert wird etwa zwischen „Inhalt“ und „Umfang“ der Arbeitspflicht,²²⁾ oder zwischen dem Ausmaß der bereitzustellenden Arbeitskraft, umschrieben mit der „Quantität“, und der „Qualität der geschuldeten Dienste“.²³⁾

Beispielhaft für das Bestreben, die Pflicht des Arbeitnehmers auf einer Metaebene zu kategorisieren, seien die Ausführungen *Rebhahns* und *Kietaibls* wiedergegeben. Die Autoren differenzieren insofern, als die Pflicht des Arbeitnehmers einerseits darin besteht, die Arbeitskraft im „durchschnittlichen Ausmaß“ bereitzustellen. Dabei sei entsprechend der Judikatur²⁴⁾ auf die subjektive Arbeitsfähigkeit sowie auf das betriebliche Umfeld abzustellen. Hierbei stellen *Kietaibl/Rebhahn* offensichtlich zunächst auf die „Quantität“ der Arbeitsleistung ab, denn „(ä)hnliches“ wie zur Quantität solle auch zur Qualität der geschuldeten Dienste gelten.

²²⁾ Schnorr, ZAS 1988/14 (125).

²³⁾ *Kietaibl/Rebhahn* in ZellKomm I³ § 1153 ABGB Rz 32.

²⁴⁾ OGH 4 Ob 164/83 SZ 57/1 = RdW 1984, 178 = JBl 1984, 625 = DRdA 1985/19 (*Csebreňyak*).

Der Arbeitnehmer schulde „durchschnittlich sorgfältige Dienste“; er erfülle trotz „mangelhaften Dienstergebnisses“²⁵⁾ „ordentlich“, sofern ihn „kein Sorgfaltsverstoß trifft“.²⁶⁾ Ergänzt man diese grundlegenden Konzepte durch Erwägungen zum Schadenersatzrecht sowie zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, bietet sich ein weitgehend unübersichtliches Bild über die Art und Weise, wie der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung schuldet. Der nachstehende Versuch einer Kategorisierung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, vielmehr verschafft er lediglich einen Überblick über die existierenden Konzepte in Judikatur und Literatur zur Vertragspflicht des Arbeitnehmers. Diese dienen als Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung.

1. „Qualität der Arbeitspflicht“ – subjektiver oder objektiver Sorgfaltsmaßstab

Nach der Judikatur ist der Arbeitnehmer dazu verpflichtet, „seine geistigen und körperlichen Fähigkeiten auf(zu)bieten und die Arbeit so (zu) leisten, wie er sie ohne Schädigung seiner Gesundheit auf die Dauer nach seinem individuellen Leistungsvermögen unter Bedachtnahme auf die betrieblichen Gegebenheiten erbringen kann“.²⁷⁾ Zwar hat der OGH diese Aussage in concreto iZm der – seiner Ansicht nach zu verneinenden – Verpflichtung des Arbeitnehmers, eine Mindestarbeitsleistung in quantitativer Hinsicht zu erbringen, getroffen,²⁸⁾ allerdings wird daraus in der Literatur gefolgert, dass „für den Arbeitnehmer ein subjektiver Sorgfalts- bzw Haftungsmaßstab“ iZm der Definition der Arbeitspflicht gilt.²⁹⁾ Die Subjektivität des Sorgfaltsmaßstabs dürfte wohl offensichtlich darin liegen, dass der Arbeitnehmer nicht eine an objektiven Maßstäben zu messende Sorgfalt zu erbringen hat, sondern nur eine solche, wie sie ihm auf Grund seines individuellen Leistungsvermögens möglich ist.³⁰⁾ Der Verweis nicht nur auf den Sorgfalts-, sondern auch auf den Haftungsmaßstab erfordert eine Befassung auch mit letzterem. Zum Sorgfaltsmaßstab wird jedoch auch vertreten, dass ein subjektiver Maßstab dem österreichischen Privatrecht grundsätzlich fremd sei. Ein objektiver Maßstab wird daher offenbar zumindest nicht kategorisch ausgeschlossen.³¹⁾

²⁵⁾ Dieses dürfte offensichtlich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften zu bestimmen sein.

²⁶⁾ *Kietaibl/Rebhahn* in ZellKomm I³ § 1153 ABGB Rz 32.

²⁷⁾ OGH 4 Ob 164/83 SZ 57/1 = RdW 1984, 178 = JBl 1984, 625 = DRdA 1985/19 (*Csebrenyak*); 9 ObA 77/91 Arb 10.945 = SZ 64/79 = DRdA 1992/7 (*Eypeltauer*) = wbl 1992, 60 = RdW 1992, 21, unter Verweis auf *Söllner* in *Tomandl* 103 f sowie BAG 2 AZR 283/68 AP GewO § 123 Nr 27 (*Canaris*).

²⁸⁾ Zur erforderlichen Differenzierung zwischen quantitativer und qualitativer Mindestleistung 1. Kapitel I.B.1.2. sowie I.C.2.2. Nicht zwischen qualitativer und quantitativer Mindestarbeitsleistung differenziert der OGH hingegen etwa in 9 ObA 260/92 ARD 4459/15/93 = NRsp 1993/123 = ecolex 1993, 474 = EvBl 1993/153 = RdW 1993, 286 = SozArb 1993 H 6 S 7 = Arb 11.065 = ZAS 1994, 127 (*Reissner*).

²⁹⁾ Siehe die Zusammenfassung dieser Literaturansichten bei *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1153 Rz 28. IdS etwa *Firlei*, DRdA 1979, 227; *Schrammel* in FS Welser 987 f; ähnlich, aber differenzierend *Risak*, ZAS 2007/3, (11 ff).

³⁰⁾ Vgl *Risak*, ZAS 2007/3 (13); *Söllner* in *Tomandl*, Entgeltprobleme 98.

³¹⁾ *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1153 Rz 29.

2. Leistungsmaßstab – Haftungsmaßstab – Sorgfaltsmaßstab

Während hinsichtlich der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers offensichtlich von einem subjektiven Sorgfaltsmaßstab ausgegangen wird, soll iZm der „*Haftung des Arbeitnehmers*“³²⁾ § 1299 ABGB, und damit ein „*weitgehend objektivierter Sorgfaltsmaßstab*“ anzuwenden sein.³³⁾ Die hA dürfte hingegen – jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs von § 1299 ABGB – von einem subjektiven Sorgfaltsmaßstab für die Haftung des Arbeitnehmers ausgehen.³⁴⁾ Jedenfalls für die deutsche Rechtslage vertritt *Söllner*, der Leistungsmaßstab stimme nicht mit dem Haftungsmaßstab überein; diese seien nicht ident. Folglich seien auch Leistungsmaßstab und Sorgfaltspflicht zwei voneinander zu trennende Kategorien.³⁵⁾

Da es sich bei der Frage nach dem der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegenden Sorgfaltskonzept um eine grundlegende handelt, die von Bedeutung für den gesamten weiteren Gedankengang ist, soll darauf bereits an dieser Stelle eingegangen werden. Richtig ist aus österreichischer Sicht, dass bei der Haftung auf Rechtswidrigkeitsebene auf die objektive Sorgfalt abzustellen ist. Mit anderen Worten, Maßstab für die Beurteilung, ob ein Verhalten objektiv sorgfaltswidrig und damit rechtswidrig ist, ist der „*maßgerechte Durchschnittsmensch*“.³⁶⁾ Dass dies nicht nur für das Haftungsrecht gilt, klingt auch beim BAG an: Einziger Hinweis darauf, ob der Arbeitnehmer seine Reserven ausschöpft und daher tatsächlich die Leistung erbringt, zu der er fähig ist, sei oftmals das „*deutliche und längerfristige Unterschreiten (eines) von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichbaren Mittelwerts*“.³⁷⁾ Auf der Ebene der subjektiven Sorgfalt und damit auf der Verschuldensebene kommt es sodann auf die subjektive Vorwerfbarkeit des objektiv sorgfaltswidrigen Verhaltens an.

³²⁾ Unklar ist, wofür der Arbeitnehmer haften soll – für den allfällig in der nicht sorgfältigen Dienstleistung an sich bestehenden Schaden oder „bloß“ für bei Erbringung der Dienstleistung entstandene, darüberhinausgehende Schäden. Dazu ausführlich im 3. Kapitel.

³³⁾ *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1153 Rz 28, verweisen idZ auf 4 Ob 27/70 = Arb 8762 = SZ 43/80 (in concreto ging es um die Mankohaftung eines Filialleiters, auf den der OGH § 1299 ABGB anwendete); *Kerschner*, DHG² § 2 Rz 18 mwN. Zu beachten ist allerdings, dass *Kerschner* zwar zunächst (Rz 16) zwischen objektiver und subjektiver Sorgfaltswidrigkeit differenziert, nach den weiteren Ausführungen aber weitgehend unklar ist, ob sich seine Ausführungen zum Sorgfaltsmaßstab nur auf die objektive und/oder auch/nur auf die subjektive Sorgfalt beziehen.

³⁴⁾ So zumindest der Verweis bei *Kietabl/Rebhahn* in *ZellKomm I*³ § 1153 ABGB Rz 32.

³⁵⁾ *Söllner* in *Tomandl* 99 mwN. Siehe aber *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck, GmbHG*²¹ § 43 Rz 18 zur Haftung des Geschäftsführers: Da Pflichtwidrigkeiten des Geschäftsführers Verhaltensunrecht sind, können diese nicht ohne Heranziehung von Sorgaltsanforderungen bestimmt werden.

³⁶⁾ Etwa *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1297 Rz 2; *Reischauer*, Entlastungsbeweis 200 f; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1297 Rz 2.

³⁷⁾ BAG 2 AZR 536/06 BAGE 125, 257 = AP Nr 85 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 2008, 693 = NJW 2008, 3019 (*Hunold*). Bezüglich der Leistungspflicht des Arbeitnehmers ist dem BAG zufolge allerdings kein objektiver Maßstab anzusetzen, vielmehr

Nichts anderes kann bei der Beurteilung der Frage, ob die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers „sorgfältig“ erfolgt ist und er damit ordnungsgemäß erfüllt hat, gelten. Auch hinsichtlich der Arbeitsleistung ist daher einerseits zwischen dem Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Leistung in dem Sinne, ob der Arbeitnehmer die geschuldete Leistung erbracht hat, und andererseits dem Maßstab für das diesbezügliche Bemühen des Arbeitnehmers zu differenzieren. Letzteres kann als Verschulden bzw als subjektive Sorgfalt umschrieben werden, bzw als die subjektive Fähigkeit des Arbeitnehmers, die (objektiv) geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. War der Arbeitnehmer aufgrund ihm nicht vorwerfbarer Umstände nicht dazu in der Lage, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, so handelt er zumindest nicht vorwerfbar, sodass er in der Tat im weitesten Sinne keine „Pflichtverletzung“ begeht.³⁸⁾ Ob hingegen der Maßstab für die objektive und subjektive Sorgfalt „objektiv“ wie im Schadenersatzrecht, oder allenfalls „subjektiv“ ist, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

3. „Verhältnismäßig niedrigerer Sorgfaltsmaßstab“ iZm Haftungsfragen

Wird grundsätzlich von einem vom Arbeitnehmer einzuhaltenden objektiven Sorgfaltsmaßstab ausgegangen, so stellt sich *Rebhahn/Ettmayer* zufolge sodann allerdings die Frage, ob ein – gem § 1297 ABGB – subjektiver oder entsprechend § 1299 ABGB (weitgehend) objektivierter Haftungsmaßstab gelten solle.³⁹⁾ Werde eine Anwendung des § 1299 ABGB bejaht, so müsse „ein verhältnismäßig niedrigerer Sorgfaltsmaßstab“ gelten.⁴⁰⁾ Begründet wird dies mit der „üblicherweise“ langen Dauer eines Arbeitsvertrags und „dem Bedürfnis der Gesellschaft, Arbeitnehmer nicht über Gebühr von Tätigkeiten auszuschließen“. Setzt die Tätigkeit Erfahrung voraus oder ist sie körperlich anstrengend, so könne bei der Bestimmung des „Sorgfaltsmaßstabs“ gem § 1299 ABGB das Alter des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein.⁴¹⁾ Doch auch ganz unabhängig von der Sachverständigenhaftung des § 1299 ABGB, dafür im Kontext der entschuldbaren Fehlleistung nach § 2 Abs 3 DHG, wird vertreten, der Sorgfaltsmaßstab sei „im Arbeitsverhältnis herabgesetzt“.⁴²⁾ Dagegen sprechen wiederum jene Stimmen im Schrifttum, wonach sich der Arbeit-

richte sich der Inhalt des Leistungsversprechens nach dem „persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen“ des Arbeitnehmers (BAG 2 AZR 667/02 BAGE 109, 87 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr 48 (*Mauer*) = NJW 2004, 254).

³⁸⁾ IdS vgl auch BAG 2 AZR 667/02 BAGE 109, 87 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr 48 (*Mauer*) = NJW 2004, 254: Sobald festgestellt ist, dass der Arbeitnehmer das eigene Leistungsvermögen nicht ausgeschöpft hat, stehe in aller Regel auch fest, dass er die übliche Sorgfalt außer Acht gelassen und damit schuldhaft gehandelt hat.

³⁹⁾ *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1153 Rz 29.

⁴⁰⁾ *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1153 Rz 29.

⁴¹⁾ *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1153 Rz 29. Vgl zur Berücksichtigung des Alters des Arbeitnehmers bei der Frage, welche Leistung der Arbeitnehmer schuldet, auch *Risak*, ZAS 2007, 12 f.

⁴²⁾ *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 211. AA *Kerschner*, DHG² § 2 Rz 18.

geber umso eher auf eine Arbeitsleistung verlassen können muss, die die Arbeitgeberinteressen nicht schädigt, je höher die Eigenverantwortlichkeit der Tätigkeit ist.⁴³⁾

Durch diese Ausführungen werden mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet. So ist unklar, ob es nun um den Sorgfaltsmaßstab im Allgemeinen oder den Haftungsmaßstab im Speziellen geht. Hinzu kommt, dass § 1297 ABGB keineswegs einen „subjektiven“ Haftungsmaßstab vorschreibt. Grund für diese unpräzisen Ausführungen könnte die fehlende Differenzierung zwischen objektiver und subjektiver Sorgfalt sein. In der höchstgerichtlichen Judikatur ist dieser Ansatz eines „*verhältnismäßig niedrigeren Sorgfaltsmaßstabs*“ jedenfalls – zumindest nicht explizit – nicht anzutreffen. Abgesehen davon, dass unklar ist, im Verhältnis wozu der Maßstab niedriger sein soll, wird insbesondere in den Fällen der Sachverständigenhaftung – in einem ersten Schritt – gerade nicht auf allfällige Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses Bedacht genommen. In einem die Haftung eines Arztes betreffenden Fall hielt der OGH etwa fest, dass der Arzt dann nach § 1299 ABGB fahrlässig handelt, wenn es keiner außergewöhnlichen Kenntnisse bedürfte, um durch die ärztliche Behandlung herbeigeführte, nicht absehbare medizinische Folgen für die Patientin zu erkennen. In concreto hätte der Arzt aufgrund der bei ihm in seiner beruflichen Eigenschaft „*vorauszusetzenden medizinischen Kenntnisse*“ voraussehen müssen, dass das mit der Behandlung einhergehende Wagnis nicht absehbare Folgen für die Patientin haben würde. Es liege daher eine auffallende Sorglosigkeit iSd § 1324 ABGB vor.⁴⁴⁾ Auch im Folgeverfahren betonte der OGH, dass dienstvertragliche Pflicht sei, die Arbeiten bei Behandlung der Patienten „*sachgemäß*“ zu versehen.⁴⁵⁾ Von der – offensichtlich an objektiven Maßstäben zu messenden – Haftung dem Grunde nach getrennt zu behandeln ist die Frage, inwiefern es trotz des objektiv sorgfalts- und damit rechtswidrigen Verhaltens aufgrund von § 2 DHG dennoch zu einer Mäßigung bzw zu einem Erlass der Ersatzpflicht kommen kann.

4. Keine Verpflichtung zu einer über das individuelle Vermögen hinausgehenden Sorgfalt

Vereinzelt wird vertreten, der Arbeitnehmer könne nicht zu mehr verpflichtet werden, als ihm subjektiv möglich ist.⁴⁶⁾ In concreto wird etwa aus dem ersten Zahntechniker-Urteil⁴⁷⁾ gefolgert, dass an die „*Vertragsmäßigkeit des Arbeitsein-*

⁴³⁾ Mosler in Berka/Grabenwarter/Holoubek 128.

⁴⁴⁾ OGH vom 8. 6. 1955, wiedergegeben im Folgeverfahren vor dem OGH zu 4 Ob 29/66 Arb 8278 = SZ 39/82.

⁴⁵⁾ OGH 4 Ob 29/66 Arb 8278 = SZ 39/82. Dazu ausführlich 1. Kapitel I.C.1.3.

⁴⁶⁾ Firlei, DRdA 1979, 226 (227).

⁴⁷⁾ OGH 4 Ob 164/83 SZ 57/1 = RdW 1984, 178 = JBl 1984, 625 = DRdA 1985/19 (Csebreňnyak). In diesem sowie in darauffolgenden Fällen ging es unter anderem darum, dass Zahntechniker eine quantitativ messbare Tagesleistung erbringen mussten. Dies wurde von den Technikern teilweise überschritten; in der Folge wurde die Pflichtleistung seitens des Arbeitgebers hinaufgesetzt (wohlgemerkt auf ein Maß, das die Techniker regelmäßig sowieso erreichten). In der Folgeentscheidung hatte der OGH sodann darüber zu urteilen, ob den Arbeitnehmern für ihre über einem bestimmten Ausmaß liegenden Arbeitsleistungen auch Anspruch auf eine entsprechend höhere Vergütung zustand.