

# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b>	19
§ 1 Einführung in die Problematik	19
<b>Teil 1: Tatbestand der unzureichenden Arbeitsleistung</b>	33
Abschnitt 1: Inhalt der primären Leistungspflicht	33
§ 2 Bestimmung des vereinbarten Leistungsrahmens durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung	33
§ 3 Blick in andere Rechtsordnungen und Gesetzesentwürfe	81
§ 4 Ergebnis zum 1. Abschnitt	97
Abschnitt 2: Ermittlung von Leistungsinhalt und -Störung	99
§ 5 Bestimmung des Leistungsinhalts	99
§ 6 Zurückbleiben der erbrachten hinter der geschuldeten Leistung	134
§ 7 Zurechenbarkeit der Leistungsstörung	149
§ 8 Ergebnis zum 2. Abschnitt	154
<b>Teil 2: Rechtsfolgen unzureichender Arbeitsleistung</b>	155
§ 9 Ausprägungen unzureichender Arbeitsleistung	155
§ 10 Auswirkungen unzureichender Arbeitsleistung auf die Leistungspflicht	164
§ 11 Auswirkungen unzureichender Arbeitsleistung auf die Gegenleistungspflicht	172
§ 12 Haftung für Schäden	187
§ 13 Abmahnung und Kündigung	193
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b>	212
<b>Literaturverzeichnis</b>	217

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	19
§ 1 Einführung in die Problematik	19
I. Das Phänomen „unzureichende Arbeitsleistung“	19
1. Hintergrund der Untersuchung	19
2. Untersuchungsgegenstand	20
3. Begriffsklärung	22
4. Fallbeispiele	25
a) Fall 1 (einfache Tätigkeit ohne Qualifikationserfordernis): Kommissionierer	25
b) Fall 2 (Tätigkeit mit abgeschlossener Berufsausbildung und begrenzter organisatorischer Eigenverantwortung): Industriekauffrau als Assistentin im Vertrieb	25
c) Fall 3 (Tätigkeit mit Hochschulabschluß und großer organisatori- scher Eigenverantwortung oder in leitender Funktion): angestellter Unternehmensberater	26
II. Rechtliche Problematik	27
1. Diametral entgegengesetzte Ausgangspunkte zur Bestimmung des Leistungsinhalts	27
2. Uneinheitliche Rechtsprechung	28
a) Fälle unzureichender Leistung	28
b) Fälle noch ausreichender Leistung	29
c) Analyse der Rechtsprechung	30
III. Gang der Untersuchung	31
<b>Teil 1: Tatbestand der unzureichenden Arbeitsleistung</b>	33
Abschnitt 1: Inhalt der primären Leistungspflicht	33
§ 2 Bestimmung des vereinbarten Leistungsrahmens durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung	33
I. Leistungsversprechen als Rechtsquelle der Arbeitspflicht	33
II. Rahmenmäßige Vereinbarung des Leistungsinhalts	36
1. Mindestinhalt der Vereinbarung von Arbeitsleistung	36
2. Erfordernis der Konkretisierung	38
	11

III. Anwendung schuldrechtlicher Regeln zur Inhaltsbestimmung	39
IV. Normative erläuternde oder ergänzende Auslegung	41
V. Anzulegender Leistungsmaßstab in Literatur und Rechtsprechung	43
1. Argumente für die Ausrichtung am individuellen Leistungsvermögen	45
a) Argument vertraglicher Risikozuweisung	45
b) Argument des personenrechtlichen Einschlags	48
c) Individueller Leistungsmaßstab wegen höchstpersönlicher Leistungspflicht	49
d) Kongruenz von Arbeitsaufgabe und Leistungsfähigkeit	50
e) Untauglichkeit des Begriffs „Normalleistung“ als Rechtsbegriff	51
f) Argument fehlender Gewährleistungsvorschriften	51
g) Argument möglicher Überforderung	54
h) Argument der Speziesschuld	55
2. Argumente für eine Ermittlung des Leistungsmaßstabes nach objektiven Kriterien	57
a) Gleiche Leistungspflicht bei gleichen Vertragsbedingungen	57
b) Tatsächliche Leistungsfähigkeit kaum feststellbar	57
c) Unverschuldete Minderleistung ausgeschlossen	58
d) Vergleichbarkeit zur Gattungsschuld	60
e) Anwendung schuldrechtlicher Grundsätze	62
3. Vermittelnde Ansichten in der Literatur	63
a) Subjektive und objektive Verhaltensanforderungen bei Mauer	63
b) Gemischt subjektiv-objektiver Maßstab bei Fahl	64
c) Zugleich subjektiver und objektiver Ansatz bei Maschmann	64
d) Typisiert-individueller Maßstab bei Servatius und Oetker/Maultzsch	66
e) Individuell-objektiver Leistungsstandard bei Thüsing	67
f) Üblicher Einsatz des objektiv-individuellen Leistungsvermögens bei Tillmanns	67
4. Die Standpunkte der Rechtsprechung	68
a) Ausgangspunkt Kündigungsschutzverfahren	68
b) Anforderungen an das Vorliegen von Kündigungsgründen	68
c) Leistungsmaßstab bei steuerbaren Leistungsdefiziten	69
d) Leistungsmaßstab bei nicht steuerbaren Leistungsdefiziten	71
e) Auswertung der Rechtsprechung	73

VI. Eigener Standpunkt zum anzulegenden Leistungsmaßstab	74
1. Weder rein objektiver noch rein subjektiv-individueller Maßstab überzeugt	74
2. Leistungsinhalt umfaßt Leistungsvermögen und Einsatz	75
3. Objektiv versprochenes Leistungsvermögen	77
4. Geschuldeter Einsatz des versprochenen Leistungsvermögens	79
VII. Ergebnis zu § 2	80
§ 3 Blick in andere Rechtsordnungen und Gesetzesentwürfe	81
I. Arbeitsleistungspflicht in Österreich	81
II. Arbeitsleistungspflicht in Großbritannien	83
1. Auslegung von Arbeitsverträgen	83
2. Unzureichende Arbeitsleistung und Gegenleistung	84
3. Unzureichende Arbeitsleistung und Kündigung	85
4. Fazit	86
III. Pflicht zur Arbeitsleistung in den Entwürfen für ein deutsches Arbeitsvertragsrecht und den Kodifikationen der DDR	87
1. Überblick über bisherige Entwürfe und Kodifizierungen	87
2. Arbeitspflicht im Vergleich	89
a) Vorkonstitutionelle Ansätze	89
b) Entwicklungen in der Deutschen Demokratischen Republik	89
c) Kodifizierungsbestrebungen in der Bundesrepublik	91
(1) Entwurf der Arbeitsgesetzbuchkommission von 1977	91
(2) Diskussionsentwurf von 1992	91
(3) Entwurf des Freistaats Sachsen von 1995	92
(4) Gesetzentwurf des Bundeslandes Brandenburg von 1996	92
(5) Diskussionsentwurf von 2006/2007	93
IV. Ergebnis zu § 3	95
§ 4 Ergebnis zum 1. Abschnitt	97
Abschnitt 2: Ermittlung von Leistungsinhalt und -störung	99
§ 5 Bestimmung des Leistungsinhalts	99
I. Ermittlung des objektiv versprochenen Leistungsvermögens	99
1. Problematik der Einzelfallbezogenheit	99
2. Berücksichtigung von Verkehrssitten, Verkehrsanschauungen und weiteren Indizien	101

a) Verkehrssitte	101
b) Verkehrsanschauung	102
c) Weitere Indizien	102
3. Anwendung in den Fallbeispielen	103
a) Fall 1 (Kommissionierer)	103
(1) Lösungsansatz des Bundesarbeitsgerichts	103
(2) Alternativer Lösungsansatz	104
(a) Verkehrssitte (Erklärungssitte)	104
(b) Verkehrsanschauung	104
(c) Weitere Indizien	105
(3) Zwischenergebnis zu Fallbeispiel 1	105
b) Fall 2 (Industriekauffrau)	105
(1) Lösungsansatz des Bundesarbeitsgerichts	106
(2) Alternativer Lösungsansatz	106
(a) Ausgangspunkt: Verkehrssitte (Erklärungssitte)	106
(b) Verkehrsanschauung und weitere Indizien	107
(3) Zwischenergebnis zu Fallbeispiel 2	108
c) Fall 3 (Unternehmensberater)	108
(1) Lösungsansatz des Bundesarbeitsgerichts	108
(2) Alternativer Lösungsansatz	109
(3) Zwischenergebnis zu Fallbeispiel 3	110
4. Mögliche Gruppierungen der das objektiv versprochene Leistungvermögen bestimmenden Faktoren	110
a) Faktoren, die sich dem Wortlaut der Vereinbarung entnehmen lassen	111
b) Faktoren, die ohne Anhaltspunkte im Wortlaut den Erklärungsinhalt prägen	113
c) Nach Vertragsschluß auftretende Indizien	113
d) Faktoren, die nicht berücksichtigt werden können oder dürfen	114
5. Variabilität des objektiv versprochenen Leistungvermögens	115
a) Dynamik des Leistungvermögens	115
b) Berücksichtigung einer Normalentwicklung	115
c) Normalentwicklung bei Krankheit	117
6. Bedeutung des objektiv versprochenen Leistungvermögens	119
7. Zusammenfassung zu I.	119
II. Ermittlung des geschuldeten Einsatzes des objektiv versprochenen Leistungvermögens	120
1. Der Terminus „geschuldeter Einsatz“	120

2. Bestimmung des geschuldeten Einsatzes	122
a) Abhängige oder selbständige Bestimmung möglich	122
b) Möglichkeit der Divergenz zwischen geschuldetem Leistungsvermögen und geschuldetem Einsatz	122
(1) Divergenz bei vertraglicher Regelung bestimmter Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche	123
(2) Divergenz bei vertraglicher Regelung subjektiver Aspekte der Leistung	123
(3) Divergenz bei vertraglichen Regelungen mit Erfolgsbezug	124
(4) Ergebnis: keine Divergenz	125
c) Durchführung der Bestimmung des geschuldeten Einsatzes	125
(1) Angemessener Einsatz	125
(2) Kein Einfluß des Weisungsrechts auf den Umfang des geschuldeten Einsatzes	127
(3) Bestimmung des geschuldeten Einsatzes anhand der Fallbeispiele	128
(a) Fall 1 (Kommissionierer)	128
(b) Fall 2 (Industriekauffrau)	129
(c) Fall 3 (Unternehmensberater)	129
(4) Fazit zur Durchführung der Bestimmung	129
d) Zwischenergebnis zu 2.	130
3. Zusammenfassung zu II.	130
III. Objektive Beschränkungen des vereinbarten Leistungsinhaltes	130
IV. Konkretisierung durch Weisung	131
V. Ergebnis zu § 5	133
§ 6 Zurückbleiben der erbrachten hinter der geschuldeten Leistung	134
I. Bestimmung unzureichender Arbeitsleistung	134
1. Problematik fehlender Abwägungsleitlinien	134
2. Diskrepanz zwischen Soll- und Ist-Leistung	135
a) Parteivortrag als Ausgangspunkt	135
b) Anwendbare Vergleichsgröße: eigene Soll-Leistung	136
c) Keine Kategorisierung von Defiziten	137
d) Keine Toleranzgrenzen erforderlich	138
e) Zusammenfassung zu 2.	139
3. Berücksichtigung des Faktors Zeit	139
a) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung einer Leistungsstörung	139

b) Dauerhaftigkeit einer Leistungsstörung	140
4. Exkurs: Ausgleich durch überobligatorischen Einsatz?	140
II. Relevante Abweichung im Einzelfall	141
1. Fall 1 (Kommissionierer)	141
2. Fall 2 (Industriekauffrau)	143
3. Fall 3 (Unternehmensberater)	145
III. Ergebnis zu § 6	148
§ 7 Zurechenbarkeit der Leistungsstörung	149
I. Erfordernis der Zurechenbarkeit	149
II. Anknüpfungspunkt für die Zurechnung	149
1. Mögliche Ansätze	149
2. Anwendbarkeit des Prinzips der Substratsgefahrtragung bei unzureichender Arbeitsleistung	152
III. Ergebnis zu § 7	153
§ 8 Ergebnis zum 2. Abschnitt	154
<b>Teil 2 Rechtsfolgen unzureichender Arbeitsleistung</b>	<b>155</b>
§ 9 Ausprägungen unzureichender Arbeitsleistung	155
I. Unzureichende Arbeitsleistung als Leistungsstörung	155
II. Erscheinungsformen unzureichender Arbeitsleistung	156
III. Methodik der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Ausprägungen unzureichender Arbeitsleistung	157
1. Der Ansatz von Tillmanns: funktionaler Teilleistungsbegriff	157
2. Anwendung beim Arbeitsvertrag	160
3. Stellungnahme zum funktionalen Teilleistungsbegriff	162
4. Zusammenfassung zu III.	163
IV. Überblick über mögliche Rechtsfolgen unzureichender Arbeitsleistung	163
§ 10 Auswirkungen unzureichender Arbeitsleistung auf die Leistungspflicht	164
I. Leistungspflicht bei (teilweiser) Nichtleistung	164
1. Vollständige Nichtleistung für bestimmte Zeitabschnitte	164
a) Regelmäßige Folge: Unmöglichkeit	164
b) Ausnahmsweise Folge: Verzug	166
2. Teilweise Nichtleistung für bestimmte Zeitabschnitte	166

II. Leistungspflicht bei Schlechtleistung	168
III. Ergebnis zu § 10	171
§ 11 Auswirkungen unzureichender Arbeitsleistung auf die Gegenleistungspflicht	172
I. Gegenleistungspflicht bei (teilweiser) Nichtleistung	172
1. Vollständige Nichtleistung für bestimmte Zeitabschnitte	172
2. Teilweise Nichtleistung für bestimmte Zeitabschnitte	173
II. Gegenleistungspflicht bei Schlechtleistung	176
III. Schranken der Minderungsmöglichkeit	180
1. Generelle Anwendbarkeit der Pfändungsgrenzen	180
2. Anwendung der Pfändungsgrenzen bei Lohnminderungsabreden	181
IV. Zurückbehalten der Vergütung	182
V. Kürzung und Widerruf zusätzlicher Leistungen	183
VI. Verwirkung von Vertragsstrafen	184
VII. Ergebnis zu § 11	185
§ 12 Haftung für Schäden	187
I. Einschlägige Anspruchsgrundlagen	187
II. Schadensersatz für entgangene oder minderwertige Dienste	188
III. Ergebnis zu § 12	192
§ 13 Abmahnung und Kündigung	193
I. Kündigungsfreiheit – von der Regel zur Ausnahme	193
II. Kündigung außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG	193
III. Kündigung im Anwendungsbereich des KSchG	196
1. Mögliche Konstellationen	196
2. Personen- und verhaltensbedingte Kündigung wegen unzureichender Arbeitsleistung in der Rechtsprechung	197
a) Prüfungsaufbau bei personenbedingter Kündigung	197
b) Prüfungsaufbau bei verhaltensbedingter Kündigung	199
c) Unterschiede im Prüfungsaufbau bei Leistungsdefiziten	199
d) Folgen für die Beurteilung unzureichender Arbeitsleistung	200
3. Kritik am Ansatz der Rechtsprechung	201
4. Vorschlag zur Kontrolle personen- und verhaltensbedingter Kündigungen	203
a) Einheitliche dreistufige Überprüfung	203
b) Anwendung in den Fallbeispielen	204



(1) Fall 1 (Kommissionierer)	204
(2) Fall 2 (Industriekauffrau)	205
(3) Fall 3 (Unternehmensberater)	206
c) Fazit	207
5. Betriebsbedingte Kündigung	208
6. Außerordentliche Kündigung	209
7. Zusammenfassung zu III.	210
IV. Ergebnis zu § 13	210
 Zusammenfassung der Ergebnisse	 212
 Literaturverzeichnis	 217