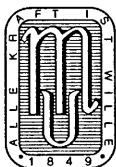


Die Sorgfalt des Arbeitnehmers

von

Dr. Elisabeth Brameshuber



Wien 2019

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XVII
Judikaturverzeichnis	XXXIII

Einleitung

I. Ausgangssituation	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 Sorgfaltsmaßstab	7
2. Leistungsmaßstab – Haftungsmaßstab – Sorgfaltsmaßstab	8
3. „Verhältnismäßig niedrigerer Sorgfaltsmaßstab“ iZm Haftungs- fragen	9
4. Keine Verpflichtung zu einer über das individuelle Vermögen hinausgehenden Sorgfalt	10
5. Vertrags- und damit Rechtswidrigkeit bei Sorgfalts- verstoß	12
6. (Zulässigkeit der) Vereinbarung eines „abweichenden“ Sorgfaltsmaßstabs	14
C. Ermittlung des Vertragsinhalts	14
1. Dynamik der Vertragspflicht	15
2. Typisierung durch Zumutbarkeit und Verkehrssitte	18
II. Bedarf nach Überprüfung der Sorgfaltskonzepte	20
III. Gang der Untersuchung	22

1. Kapitel:

Objektiv gebotene Sorgfalt

I. Sorgfältige Dienstleistung als arbeitsvertraglicher Schuldinhalt ...	27
A. Zurverfügungstellung der Arbeitsleistung als Wesensmerkmal des Arbeitsvertrags	27
B. Sorgfältige Dienstleistung als Hauptleistungspflicht	31
1. Differenzierung zwischen Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlich- keiten	34
1.1. Unteilbarkeit der Pflicht zur sorgfältigen Dienst- leistung	37
1.2. Unzulässigkeit der Vereinbarung von Mindestarbeits- leistungen	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 – Arbeit- nehmer	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 Gewährleistungs- recht	58
1.2. Objektive Sorgfaltswidrigkeit als Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch	60
1.3. „Verhältnismäßig niedrigerer Sorgfaltsmaßstab“ im Arbeits- recht?	64
1.4. Zwischenergebnis	65
2. „Erfüllungsmangel“ nicht sorgfältige Dienstleistung im Arbeits- verhältnis	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 Dienst- leistung	87
3.2. Sonderfall altersbedingte nicht sorgfältige Dienstleistung	90
4. Zwischenergebnis	91
II. Ermittlung des konkreten Sorgfaltsmaßstabs	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 Angestellteneigenschaft als Anknüpfungspunkt für den Sorgfaltsmaßstab?	99
a) Die Normen	100
b) Schrifttum und Judikatur	101

c) Verfassungskonforme Interpretation	102
5. Sondervorschriften für spezifische Berufs- bzw Arbeitnehmer-	
gruppen	105
5.1. GmbH-(Fremd-)Geschäftsführer	108
a) Doppelfunktion des § 25 GmbHG	109
b) Einfluss des unternehmerischen Ermessens auf den	
Sorgfaltsmaßstab	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 Sorgfaltsmaßstab	
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. Sorgfaltsmaßstab 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“ Sorgfaltsmaßstab bei erhöhter Verantwortung	238
b) „Erhöhter“ Sorgfaltsmaßstab 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
II. Exkurs: Berücksichtigung der speziellen Risikoverteilung im Arbeitsrecht	281
A. Grundsätzliche Unzulässigkeit der Überwälzung des Unternehmer- risikos auf den Arbeitnehmer	281
B. Risikouberwälzung vs Rücksichtnahme	283
C. Bisheriges Wohlverhalten als Schutzverstärker	285
D. Wirtschaftliches Risiko vs Sozialschutz	286
E. Risikotragung und Gesundheitsschutz	290

3. Kapitel:

Konsequenzen fehlender Sorgfalt

I. Rechtliche Konsequenzen der Fehlleistung	293
A. Grundsätzliche Nichtanwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Gewährleistungsbehelfe	293
B. Sinngemäße Anwendung der den Gewährleistungsbehelfen zugrundeliegenden Gedanken	296
C. Arbeitsrechtliche Instrumente	298
II. Entgelt	299
A. Das Entgelt im Synallagma des Arbeitsvertrags	299
B. Einseitige Entgelthanpassung bei nicht sorgfältiger Dienstleistung	304
1. Entgelthanpassung und (Wieder-)Herstellung des Austausch- verhältnisses	307
2. Entgelthanpassung als alternativ(los)e Wiederherstellung des Austauschverhältnisses bei nicht sorgfältiger Dienstleistung pro futuro	308
3. Entgelthanpassung als Gestaltungsrecht	310
4. Entgelthanpassung 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 Verwendungs- änderung?	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 Arbeits- verhältnis	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
III. Schadenersatz	366
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
IV. Beendigung	382
A. Kündigung	385
1. Differenzierung aufgrund des Betriebsverfassungsrechts?	386
1.1. Sittenwidrigkeit und Sorgfaltswidrigkeit	386
1.2. Gleichklang auf „Rechtfertigungsebene“	388
2. Kündigungsrechtfertigung 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