

Ass. Ulf Berger-Delhey, Bonn

Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers — Tatbestand und Rechtsfolgen

I. Der Tatbestand

Seine Arbeitspflicht¹⁾ kann der Arbeitnehmer auf vielfältige Art und Weise verletzen, sei es, daß er die Arbeit verspätet aufnimmt bzw. überhaupt nicht beginnt, sei es, daß er sie nach — berechtigter — Unterbrechung verspätet oder überhaupt nicht mehr aufnimmt, sei es, daß er sie vorzeitig einstellt oder mit seiner Arbeitskraft zurückhält²⁾. Während diese Fälle meistens unter den Oberbegriff Nichtleistung der Arbeit zusammengefaßt werden³⁾, wird von Arbeitsvertragsbruch nur gesprochen, wenn sich der Arbeitnehmer rechtswidrig und endgültig — einseitig — vom Arbeitsvertrag löst⁴⁾. Ohne rechtfertigenden Grund handelt freilich dabei regelmäßig, wer seine Arbeit verspätet aufnimmt⁵⁾, in der vereinbarten Zeit nicht leistet oder die begonnene Arbeitsleistung unterbricht, verläßt und nicht wieder aufnimmt⁶⁾, d. h. in allen diesen Fällen ist grundsätzlich der Arbeitnehmer für eventuelle Rechtfertigungsgründe darlegungs- und beweispflichtig⁷⁾. Schuldhaft handelt schließlich der Arbeitnehmer, der seine Arbeit vorsätzlich oder

fahrlässig nicht leistet (vgl. § 276 BGB⁸⁾). Dabei wird das Verschulden nach Maßgabe der §§ 282, 285 BGB vermutet, d. h. dem Arbeitnehmer obliegt es in solchen Fällen, sich zu entlasten, wobei er insbesondere mit der in der Praxis häufigen Einwendung, ihm sei der Antritt einer anderen, besser bezahlten Stelle möglich

1) Vgl. dazu *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl. 1987, § 45 m. w. N.

2) BAG-Urteil vom 17. 8. 1970 — 3 AZR 423/69, DB 1970 S. 2226 = BAGE 22 S. 402 = AP Nr. 3 zu § 11 MuSchG 1968 m. Anm. *Fenn*, = AuR 1970 S. 283; 1971 S. 61, 92 (*Hessel*) = SAE 1972 S. 46 (*Adomeit*).

3) Vgl. nur *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 I und II m. w. N.; ausf. von *Stebut*, RdA 1985 S. 66 ff.

4) *Kopp*, in: Spiegelhalter (Hrsg.), Arbeitsrechtslexikon, Stand: Februar 1989, Stichwort 62; vgl. auch *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 I.

5) Zur sog. Kündigung vor Dienstantritt vgl. in diesem Zusammenhang jüngstens *Berger-Delhey*, DB 1989 S. 380 f.

6) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 II 2.

gewesen, nicht gehört werden kann⁹⁾. Auch soweit der Arbeitnehmer irrtümlich glaubt, zur Nichtleistung berechtigt zu sein, ist ihm ein solcher Rechtsirrtum dennoch als Verschulden anzulasten, wenn er bei der Aufklärung der Rechtslage nicht die im Verkehr übliche Sorgfalt anwandte¹⁰⁾, woran im übrigen strenge Anforderungen gestellt werden¹¹⁾.

II. Rechtsfolgen¹²⁾

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber gegen einen vertragsbrüchigen Arbeitnehmer auf Erfüllung der Arbeitsleistung klagen¹³⁾; freilich ist ein obsiegendes Urteil nach Maßgabe des § 888 Abs. 2 ZPO in aller Regel nicht vollstreckbar¹⁴⁾. Seinen Erfüllungsanspruch (arbeits-)gerichtlich geltend zu machen, kann für den Arbeitgeber dennoch von Interesse sein, da ein diesbezüglicher Klageantrag nach § 61 Abs. 2 ArbGG mit einem Antrag verbunden werden kann, den Arbeitnehmer für den Fall, daß er die Arbeit trotz bestehender arbeitsvertraglicher Verpflichtung nicht aufnimmt, zur Zahlung einer vom Arbeitsgericht nach freiem Ermessen festzusetzenden Entschädigung zu verurteilen¹⁵⁾.

Entgelt braucht der Arbeitgeber einem vertragsbrüchigen Arbeitnehmer für die nicht geleistete Arbeit nicht zu zahlen (§§ 614, 320, 325, 323 BGB)¹⁶⁾. Soweit der Arbeitgeber das volle Entgelt bereits gezahlt hat, kann er den überzahlten Betrag nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern (§§ 323, 628, 812 ff. BGB)¹⁷⁾. Macht der Arbeitnehmer Restlohnansprüche geltend, kann der Arbeitgeber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) erheben, ist dann allerdings dafür darlegungs- und beweispflichtig, an welchen Tagen der Arbeitnehmer nicht arbeitete¹⁸⁾. An den Arbeitspapieren, also Zeugnis¹⁹⁾, Urlaubs²⁰⁾, Entlassungs²¹⁾ und Krankenkassenbescheinigung²²⁾, Bescheinigung nach § 19 Abs. 3 BKGG, Versicherungs²³⁾ und Lohnsteuerkarte²⁴⁾, im Baugewerbe ferner die Lohnnachweiskarte und etwaige bei Einstellung übergebene Zeugnisse²⁵⁾, steht dem Arbeitgeber hingegen kein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) zu²⁶⁾. Gibt er die Arbeitspapiere dennoch nicht oder verspätet heraus, macht er sich Schadensersatzpflichtig (§ 286 BGB)²⁷⁾.

Der Arbeitgeber kann einen vertragsbrüchigen Arbeitnehmer ferner binnen einer Frist von zwei Wochen außerordentlich kündigen²⁸⁾, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist, und außerdem „Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens“ verlangen (§ 628 Abs. 2 BGB). Je nach den Umständen des Einzelfalles kann allerdings eine vorherige Abmahnung, sei es auch mit kurzer Fristsetzung, erforderlich sein²⁹⁾. § 628 Abs. 2 BGB ist, obwohl die Vorschrift nach dem Wortlaut ihres Absatzes 1 eine Kündigung „aufgrund des § 626 oder des § 627“ BGB voraussetzt, aber auch dann entsprechend anzuwenden, wenn das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung oder durch Aufhebungsvertrag beendet wird³⁰⁾, wobei es nicht notwendig ist, daß sich der Arbeitgeber seine diesbezüglichen Ansprüche bei dieser Kündigung³¹⁾ oder bei Abschluß des Aufhebungsvertrags³²⁾ vorbehält. Das sog. Auflösungsver schulden des Arbeitnehmers muß allerdings immer so schwerwiegend sein, daß es auch einen wichtigen Grund i. S. des § 626 Abs. 1 BGB gebildet haben könnte³³⁾. Auch ohne Kündigung steht dem Arbeitgeber freilich ein Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung³⁴⁾ zu³⁵⁾, während der pauschalierte Schadensersatzanspruch nach § 124b GewO entfallen dürfte, nachdem die Rechtsprechung³⁶⁾ diese Vorschrift als verfassungswidrig eingestuft hat³⁷⁾. Schadensersatzansprüche entfallen freilich ganz, soweit beiden Arbeitsvertragsparteien ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zusteht³⁸⁾.

Ersetzen muß der Arbeitnehmer sämtliche Schäden, die durch seinen Arbeitsvertragsbruch entstanden sind. Hierzu zählen, mag auch die tatsächliche Feststellung oftmals schwierig sein³⁹⁾, da sich der Umfang des Schadensersatzanspruchs nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB bemißt, u. a. entgangener Gewinn (§ 252 BGB), Kosten einer Ersatzkraft, eventuelle Überstundenzuschläge für andere Mitarbeiter sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch

die Kosten für die Suche eines Nachfolgers⁴⁰⁾. Die Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers endet jedenfalls erst zu dem Zeitpunkt, zu dem er das Arbeitsverhältnis hätte beenden können⁴¹⁾. Nicht abgeschnitten ist ihm selbstverständlich der Einwand des

7) *Hönsch/Natzel*, Handbuch des Fachanwalts — Arbeitsrecht, 1989, C 57; ebenso *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III 2; zum eine außerordentliche Eigenkündigung einwendenden Arbeitnehmer vgl. BAG-Urteil vom 13. 7. 1972 — 2 AZR 364/71, DB 1972 S. 2310 = BAGE 24 S. 355 = AP Nr. 4 zu § 276 BGB Vertragsbruch m. Anm. *Schlösser* = SAE 1973 S. 84 (*Mes*).

8) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III 3.

9) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III.

10) St. Rspr. seit BAG-Urteil vom 15. 9. 1954 — 1 AZR 154/54, DB 1954 S. 803 = BAGE 1, 80 = AP Nr. 2 zu § 66 BetrVG m. Anm. *A. Hueck* = RdA 1954 S. 400; und vom 15. 9. 1954 — 1 AZR 258/54, DB 1954 S. 803; 1955 S. 70 (*Krüger*); 1956 S. 1108 (*Nikisch*); 1958 S. 543 (*Schröder*) = BAGE 1 S. 69 = AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG m. Anm. *Hueck* = RdA 1954 S. 400; 1962 S. 382 (*Böttcher*) = SAE 1955 S. 26 (*Bohn*).

11) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III.

12) Allg. dazu *Lufft*, RdA 1962 S. 262 ff.; *Schaub*, DB 1966 S. 1187 ff.; vgl. auch *ders.*, Arbeitsrechtliche Formularsammlung und Arbeitsgerichtsverfahren, 4. Aufl. 1986, § 103 III 4.

13) BAG-Urteil vom 2. 12. 1965 — 2 AZR 91/65, DB 1966 S. 195 = BAGE 18 S. 8 = AP Nr. 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag m. Anm. *Hueck* = SAE 1966 S. 101 (*Kraft*); speziell zur einstw. Verf. vgl. *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 45 VII 2 m. w. N.; ferner *Wenzel*, DB 1966 S. 2024 ff.

14) Dazu *Wolf*, JZ 1963 S. 434 ff.

15) LAG Frankfurt, NJW 1961 S. 2132; zur Fristberechnung vgl. BAG-Urteil vom 5. 6. 1985 — 4 AZR 533/83, BAGE 48 S. 390 = AP Nr. 67 zu § 1 Tarifverträge: Bau = RdA 1985 S. 320 = SAE 1986 S. 36.

16) BAG-Urteil vom 17. 7. 1970 — 3 AZR 423/69, a.a.O. (Fn. 2).

17) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III 2.

18) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III 2 m. w. N. in Fn. 11.

19) §§ 630 BGB, 73 HGB, 130 Abs. 1 u. 2 GewO.

20) § 6 Abs. 2 BUrlG.

21) § 133 AFG.

22) § 518 RVO.

23) §§ 1401 Abs. 2 RVO, 123 Abs. 2 AVG.

24) § 39 EStG.

25) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 149 I 2.

26) Nach ganz h. M. über die gesetzlich geregelten Fälle — §§ 39b, 41b EStG, 1416 RVO, 138, 181 AVG — hinaus allg. Rechtsgrundsatz, vgl. nur *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 149 I 5 m. w. N. in Fn. 7.

27) LAG Frankfurt, Urteil vom 1. 3. 1984 — 10 Sa 858/83, DB 1984 S. 2200.

28) § 626 BGB; zur Frist vgl. ebenda Abs. 2.

29) *Kopp*, a.a.O. (Fn. 4).

30) *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III 5c.

31) LAG Düsseldorf, Urteil vom 29. 8. 1972 — 8 Sa 310/72, DB 1972 S. 1879 = EZA Nr. 4 zu § 628 BGB.

32) BAG-Urteil vom 10. 5. 1971 — 3 AZR 126/70, DB 1971 S. 1819 = AP Nr. 6 zu § 628 BGB m. Anm. *Canaris* = SAE 1972 S. 165 (*Bernert*).

33) So — zum freien Dienstvertrag — BGH-Urteil vom 8. 10. 1981 — III ZR 190/79, DB 1982 S. 327 = NJW 1982 S. 437.

34) Vgl. dazu nur *Palandt/Heinrichs*, BGB, 48. Aufl. 1989, § 276 Rdn. 7; aust. *Köpcke*, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965; *Schünemann*, JuS 1987 S. 1 ff.; und — grundlegend — *Staub*, Die positiven Vertragsverletzungen, 2. Aufl. 1913.

35) *Kopp*, a.a.O. (Fn. 4).

36) BAG-Urteil vom 11. 4. 1984 — 7 AZR 199/84, DB 1984 S. 2199 = BAGE 45 S. 323 = AP Nr. 4 zu § 124b GewO = NZA 1984 S. 228 = SAE 1984 S. 354.

37) *Kopp*, a.a.O. (Fn. 4); vgl. auch *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III 6.

38) BAG-Urteil vom 26. 3. 1981 — 3 AZR 485/78, DB 1981 S. 1832 = BAGE 35 S. 179 = AP Nr. 7 zu § 276 BGB Vertragsbruch m. Anm. *Beitzke*.

39) *Kopp*, a.a.O. (Fn. 4).

40) Vgl. im einzelnen *Schaub*, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III 5d, und — insbes. zu den Inseratskosten in Zeitungen — BAG-Urteil vom 26. 3. 1981 — 3 AZR 485/78, a.a.O. (Fn. 38), ausdrücklich gegen BAG-Urteil vom 18. 1. 1969 — 2 AZR 80/69, DB 1970 S. 884, 1487 (*Kittner*) = AP Nr. 3 zu § 276 BGB Vertragsbruch m. Anm. *Medicus* = SAE 1970 S. 254 (*Beitzke*); vgl. ferner auch *KR-Wolf*, 3. Aufl. 1989, Grds. Rdn. 161 ff.

41) BAG-Urteil vom 26. 3. 1981 — 3 AZR 485/78, a.a.O. (Fn. 43).

Mitverschuldens (§ 254 BGB), und zwar weder zum Grund noch zur Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs⁴²). — Eine wichtige Ausnahme gilt allerdings für Berufsausbildungsverhältnisse. Insoweit sieht § 16 Abs. 1 Satz 1 BBiG zwar für den Fall vorzeitiger Auflösung nach der Probezeit vor, daß „der Auszubildende oder der Auszubildende Ersatz des Schadens verlangen (kann), wenn der andere den Grund für die Auflösung zu vertreten hat“. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift erlischt dieser Anspruch jedoch, „wenn er nicht innerhalb von drei Monaten nach Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses geltend gemacht wird“. Daneben löst die vorzeitige Auflösung von Berufsausbildungsverhältnissen durch den Auszubildenden grundsätzlich keine Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers aus⁴³).

III. Vertragsstrafe und Lohnverwirkung

Verhältnismäßig häufig wird im Hinblick auf den Nichtantritt oder die Lösung eines Arbeitsverhältnisses eine Vertragsstrafe vereinbart, meistens als Bestandteil des Arbeitsvertrags⁴⁴). Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist eine solche vereinbart, wenn sich der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses, nämlich der Nichterfüllung oder nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der ihm obliegenden Arbeitspflicht, eine bestimmte Summe zu zahlen (vgl. § 339 BGB). Derartige Vereinbarungen sind freilich nicht schrankenlos zulässig, sondern nur dann, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Sicherung der vom Arbeitnehmer arbeitsvertraglich übernommenen Pflichten hat, die Vertragsstrafe in einem angemessenen Verhältnis zum Verdienst des Arbeitnehmers steht und im Hinblick auf das in Art. 12 GG verbrieft Grundrecht der Berufsfreiheit dessen Kündigungsrecht nicht unbillig erschwert⁴⁵). Soweit weitergehende Bedenken gegen die Zulässigkeit, eine Vertragsstrafe insbesondere für den Fall vereinbaren zu können, daß der Arbeitnehmer seinen Dienst nicht antritt, mit der Begründung geltend gemacht wurden, es handele sich um eine Umgehung des § 888 Abs. 2 ZPO⁴⁶), hat sich die Rechtsprechung dem nicht angeschlossen⁴⁷). Sie hat die Möglichkeit, für den Fall der Nichtaufnahme der Arbeit eine Vertragsstrafe zu vereinbaren, vielmehr ausdrücklich bejaht, sogar für Formulararbeitsverträge⁴⁸). Ein Vertragsstrafeversprechen ist also nicht deshalb von vornherein unwirksam, weil es nur für den Vertragsbruch des Arbeitnehmers

gilt⁴⁹); allerdings kann die Vertragsstrafe nur bei zumindest bedingt vorsätzlichem Vertragsbruch verlangt werden⁵⁰), so daß dem Arbeitgeber z. B. bei nachträglicher, vom Arbeitnehmer nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Vertragserfüllung kein Anspruch auf eine vereinbarte Vertragsstrafe zusteht⁵¹).

Gegen Arbeitsvertragsbrüche kann sich der Arbeitgeber aber auch durch die Vereinbarung von Lohnverwirkungen — auch tariflichen — schützen⁵²). Diese treten mit dem Vertragsbruch ein, ohne daß es einer Aufrechnungserklärung bedürfte, jedoch nur im Rahmen der Pfändungsfreigrenze⁵³). Allerdings ist es Arbeitgebern, in deren Betrieben regelmäßig mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt werden, untersagt, für den Fall rechtswidriger Auflösung von Arbeitsverhältnissen die Verwirkung rückständigen Lohns über den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohns des Vertragsbrüchigen hinaus auszubedingen⁵⁴).

⁴²) Kopp, a.a.O. (Fn. 4).

⁴³) LAG Düsseldorf, Urteil vom 26. 6. 1984 — 8 Sa 617/84, DB 1985 S. 180.

⁴⁴) Vgl. dazu Schaub, a.a.O. (Fn. 1), § 60 m. w. N. in Fn. 1; ausf. Schwerdtner, AR-Blattei, Vertragsstrafe I; und Stahlhacke, in: Stahlhacke (Hrsg.), HZA-Handbuch zum Arbeitsrecht, Gruppe 1, S. 184.

⁴⁵) Vgl. nur Hunold, in: Spiegelhalter (Hrsg.), Arbeitsrechtslexikon, a.a.O. (Fn. 4), Stichwort 386.

⁴⁶) Vgl. dazu Kopp, a.a.O. (Fn. 4).

⁴⁷) BAG-Urteil vom 11. 4. 1981 — 7 AZR 199/84, a.a.O. (Fn. 36).

⁴⁸) LAG Berlin, Urteil vom 9. 5. 1980 — 9 Sa 19/80, DB 1980 S. 2342 = AP Nr. 8 zu § 339 BGB m. Anm. Stein.

⁴⁹) BAG-Urteil vom 23. 5. 1984 — 4 AZR 129/82, DB 1984 S. 2143 = AP Nr. 9 zu § 339 BGB m. Anm. Brox = NZA 1984 S. 255 = SAE 1985 S. 151 (Koller).

⁵⁰) LAG Berlin, Urteil vom 6. 12. 1966 — 5 Sa 96/66, AP Nr. 4 zu § 339 BGB = BB 1967 S. 1421.

⁵¹) BAG-Urteil vom 4. 9. 1964 — 5 AZR 511/63, DB 1964 S. 1666 = AP Nr. 3 zu § 339 BGB m. Anm. Schnorr von Carolsfeld.

⁵²) Schaub, a.a.O. (Fn. 1), § 58 III 7 m. w. N. in Fn. 41.

⁵³) Str., so wie hier Schaub, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III 7 m. w. N. in Fn. 44.

⁵⁴) War bereits gezahlt, findet § 134 GewO zwar seinem Wortlaut nach keine Anwendung, jedoch kann die Auslegung der vertraglichen Verwirkungsklausel ergeben, daß in Wahrheit eine Vertragsstrafe vereinbart und der Arbeitnehmer somit zur Rückzahlung eines Wochenlohns verpflichtet ist; vgl. Schaub, a.a.O. (Fn. 1), § 51 III 7 (Fn. 43).