

Bedeutung einer **sorgfältigen Vertragsgestaltung**. In dieser Entscheidung hat das BAG einen Werkvertrag als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ausgelegt, da aus seiner Sicht sowohl sich aus dem Vertrag und einer Anlage ergebende Weisungsrechte als auch einzelne Elemente der vertraglichen Gestaltung, wie die Erwähnung einer „Personalgestellung“ für eine Arbeitnehmerüberlassung sprachen. Diese detaillierte Würdigung vertraglicher Vereinbarungen durch das BAG ist insoweit eine gegenüber der bisherigen Rechtsprechung neue Entwicklung.

**Praxistipp:** Auf eine **sorgfältige Vertragsgestaltung**, die die Erfüllung der geschuldeten Leistung in den Mittelpunkt stellt und möglichst wenig Aspekte einer Personalgestellung regelt, ist zu achten. Es sollte bereits darauf **verzichtet** werden, die **Anzahl der einzusetzenden Arbeitnehmer** vertraglich zu fixieren (vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 9.9.2016 – 9 AZR 828/16).

### 5. Positive Indizien für einen Werkvertrag

Nach der Rechtsprechung des BAG sind weder eine reine **Zeitvergütung** (BAG v. 13.5.1992 – 7 AZR 284/91, BeckRS 9998, 21876) noch die Stellung von **Arbeitsmaterialien** (BAG v. 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, BeckRS 2012, 69565) durch den Auftraggeber oder ein

**Ausschluss der Gewährleistung** (BAG v. 30.1.1991 – 7 AZR 497/89, BeckRS 9998, 21577) sind Kriterien, die gegen einen Werkvertrag sprechen.

**Praxistipp:** Allerdings können die genannten Kriterien **positiv für das Vorliegen eines Werkvertrages** sprechen, so dass in der Vertragsgestaltung der Auftragnehmer nach Möglichkeit eigene Arbeitsmaterialien und -mittel verwenden sollte, die Vergütung, soweit möglich, erfolgsbezogen ausgestaltet werden sollte und auch eine Gewährleistung beibehalten bzw. ausdrücklich vereinbart werden sollte.

### V. Gesamtbetrachtung

Aus Sicht des BAG erfolgt die Bestimmung, ob ein Werkvertrag oder eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, anhand einer **wertenden Gesamtbetrachtung** aller Umstände. Insoweit muss nicht jede Abweichung von dem geschilderten „Idealbild“ eines Werkvertrages bereits dazu führen, dass erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Allerdings kann eine **Kumulation von Risiken problematisch** sein, so dass alle Abweichungen im Einzelfall sorgfältig daraufhin untersucht werden sollten, inwieweit nach den Kriterien der Rechtsprechung noch ein Werkvertrag vorliegt. ■

## Die Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis

RA, FAArbR Dr. Ulrich Brötzmann, Mainz

Neben den vertraglichen Hauptleistungspflichten stehen jedem Schuldverhältnis auch vertragliche Nebenpflichten zur Seite, wozu die vertraglichen Rücksichtnahmepflichten gehören, die den Schutz und der Förderung des Vertragszweckes dienen. Somit steht nicht nur der Austausch von Leistungen – Arbeit und Vergütung – im Vordergrund, sondern auch das, was den Vertrag mit einer nicht unbedeutenden Gesamtfunktion prägt. Schwerpunkt sind die Nebenpflichten des Arbeitnehmers.

### I. Der Pflichtenkreis im Zusammenhang

Die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Leistung der versprochenen Dienste nach § 611 I BGB stellt seine Hauptleistungspflicht dar. Sie steht im synallagmatischen Verhältnis zur Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers. Beide Pflichten bilden die tragenden Elemente des Arbeitsverhältnisses. Die Qualität der Arbeitsleistung als richtige Leistung wird man so umschreiben können, dass ein Arbeitnehmer sein individuelles Leistungsvermögen erbringen muss, also unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit. Zusammenfassend beschrieben wird dies durch den Leitsatz des BAG, nämlich dass er tun muss, was er soll und zwar so gut wie er kann (BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, BeckRS 2004, 40988). In § 3 TV-L/ § 41 TVöD BT-V wird ergänzend ausgeführt, dass die

arbeitsvertraglich geschuldete Leistung gewissenhaft und ordnungsgemäß auszuführen ist. Der Arbeitnehmer ist zusammenfassend aus dem Arbeitsverhältnis verpflichtet, die im Arbeitsvertrag übernommene Arbeit nach Treu und Glauben zu leisten. Die zugesagte Arbeitsleistung ist aber im Rahmen einer arbeitsteiligen Organisation zu erbringen, so dass zu beachten ist, dass mit der Arbeitsleistung ein vom Arbeitgeber verfolgter Zweck eintreten soll. Der Arbeitnehmer, der ihn vereitelt, handelt daher vertragswidrig. Daraus folgt nicht nur, dass er dem Arbeitgeber während des Arbeitsverhältnisses keinen Wettbewerb machen darf, sondern auch darüber hinaus alles zu unterlassen hat, was die Belange des Arbeitgebers beeinträchtigt. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich ferner, seine Arbeitsleistung im Zusammenhang mit den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern zu erbringen, so dass er auch die Verhaltensregeln zur Sicherung des ungestörten Arbeitsablaufs und der Ordnung im Betrieb und der Dienststelle einzuhalten hat.

### II. Die vertraglichen Nebenpflichten im Besonderen

Es ist somit einsichtig, dass neben den zuvor beschriebenen für beide Arbeitsvertragsparteien bestehenden Hauptleistungspflichten nicht unbedeutende Begleit-

pflichten gehören. Dabei besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Nebenpflichten eng mit den Hauptleistungspflichten verknüpft sind, also der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht irgendwie, sondern nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erbringen hat. Das bedeutet, dass zur Arbeitspflicht als solcher auch ergänzende Nebenleistungspflichten hinzutreten. Zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Arbeitspflicht gehört somit auch die Erfüllung der Nebenleistungspflichten, etwa Auskunfts- oder Kooperationspflichten des Arbeitnehmers. Der genaue Inhalt von Nebenleistungspflichten ergibt sich somit naheliegend aus dem jeweiligen Arbeitsvertrag, zum Teil aus dem Gesetz oder Tarifvertrag (im Einzelnen: ErfK/Preis, BGB, 17. Aufl. 2017, § 611 Rn. 707 ff.).

Schließlich gehören Schutz- und Rücksichtnahmepflichten, die in § 241 II BGB ihren normativen Niederschlag gefunden haben, dazu. Und zwar für beide Vertragsparteien. Sie können als selbständige Nebenpflichten eingeordnet werden, wobei eine Abgrenzung zwischen Nebenleistungspflichten und selbständigen Nebenpflichten nicht immer leicht fällt, letztlich auch nicht von so großer praktischer Bedeutung ist. Insgesamt können wir also von Nebenpflichten sprechen.

**Praxistipp:** *Zu den Nebenpflichten gehören Verhaltenspflichten und Loyalitätsobliegenheiten des Arbeitnehmers, nämlich die Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb, die Verschwiegenheitspflicht, das Schmiergeldverbot, Auskunfts- und Anzeigepflichten, Kooperationspflichten, Herausgabepflichten, die Verhinderung von Schäden. Auch die – bloße – Verletzung von Nebenpflichten kann idR nach vorausgegangener Abmahnung eine Kündigung rechtfertigen.*

### III. Einzelne Nebenpflichten

#### 1. Vertraulichkeit

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, ohne dass dies im Arbeitsvertrag oder in einer Dienst- oder Betriebsvereinbarung etwa gesondert geregelt werden müsste, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse nicht zu offenbaren. Vertragsrechtliche Grundlage dieser Verpflichtung ist § 242 BGB. In § 3 II TV-L/§ 3 I TVöD ist dies zudem tarifvertraglich angesprochen. § 3 TV-L unterscheidet Angelegenheiten, deren Geheimhaltung durch gesetzliche Vorschriften vorgesehen ist oder für die vom Arbeitgeber Verschwiegenheit angeordnet wurde.

**Praxistipp:** *Vgl. zur Definition des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses Richtlinie (EU) 2016/943; ferner § 17 UWG; § 353 b StGB; § 10 BPersVG.*

#### 2. Korruption

Zu den Nebenpflichten gehört auch das Verbot der Annahme von Schmiergeldern, wobei Schmiergeldannahme wie aktive Bestechung im Amtsverkehr Straftaten darstellen. Die Schmiergeldthematik umreißt die Gefahr, dass der Arbeitnehmer nicht im Interesse des Dienstherrn, sondern im Interesse dessen handelt, der ihm den Vorteil zukommen lässt. Manipulationen zu Lasten des Dienstherrn oder damit im öffentlichen

Dienst einhergehend auch der Allgemeinheit sollen vermieden werden. Dass ein solches Verhalten gegen die „Treuepflicht“ des Arbeitnehmers verstößt, ist einsichtig. Dem Arbeitnehmer ist deshalb untersagt, Geld oder geldwerte Leistungen zu fordern, sich versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass hierfür eine „geschäftliche“ Bevorzugung erwartet oder auch nur eine Tätigkeit belohnt wird. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung darf somit der Arbeitnehmer für die Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten weder Schmiergelder annehmen, dh sich geldwerte Vorteile von einem Dritten gewähren lassen, die sein Verhalten beeinflussen, oder seine Tätigkeit in der Vergangenheit belohnen sollen, noch Schmiergelder an Dritte gewähren. Das so umschriebene Korruptionsverbot ist Kernbestand der vertraglichen Rücksichtnahme- oder Loyalitätspflicht aus § 241 II BGB (MüArbR/Reichold, 3. Aufl. 2009, § 48 Rn. 49 ff.). Im Bereich des hier vornehmlich relevanten öffentlichen Dienstes stellen im Übrigen § 3 III TV-L/§ 3 II TVöD entsprechende tarifliche Normen dar. Arbeitnehmer dürfen von Dritten Belohnungen, Geschenke, Provisionen oder sonstige Vergünstigungen in Bezug auf ihre Tätigkeit nicht annehmen. Ausnahmen sind nur mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich.

#### 3. Nebentätigkeit

Auch das Thema Nebentätigkeit ist eine Frage der Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis, im öffentlichen Dienst in § 3 IV TV-L/§ 3 III TVöD geregelt. Danach sind Nebentätigkeiten gegen Entgelt dem Arbeitgeber rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen. Diese Anzeigepflicht ist rechtlich zulässig und beschränkt nicht die Grundrechte des Art. 12 I GG bzw. Art. 2 I GG. Der Arbeitgeber kann, wie es die tarifvertraglichen Vorschriften aufzeigen, die Ausübung der Nebentätigkeit beschränken oder sogar untersagen, wenn sie geeignet sind, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechtigtes Interesse des Arbeitgebers zu beeinträchtigen. Für Nebentätigkeiten im öffentlichen Dienst kann nach den tarifvertraglichen Vorschriften eine Ablieferungspflicht nach den Bestimmungen, die beim Arbeitgeber gelten, zur Auflage gemacht werden.

#### 4. Außerdienstliches Verhalten

Die früher im TVöD enthaltene allgemeine Verhaltenspflicht „... hat sich so zu verhalten, wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird“ ist entfallen. Nur für Beschäftigte des Bundes und anderer Arbeitgeber, in deren Aufgabenbereich auch hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung bekennen, § 41 S. 2 TVöD-BT-V. Aber auch der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes muss gemäß § 241 II BGB auf die Interessen seines Arbeitgebers Rücksicht nehmen. In diesem Zusammenhang kann eine außerdienstlich begangene Straftat durchaus gegen die Rücksichtnahmepflicht verstoßen, wenn sie einen Bezug zur Arbeitsvertragspflicht oder einer Tätigkeit hat und dadurch berechnete Interessen des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer verletzt werden.

**Beispiele:**

a) Nach § 241 II BGB ist jede Partei eines Arbeitsvertrages zur Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Der Arbeitnehmer hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebes nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann. Er ist danach auch außerhalb der Arbeitszeit verpflichtet, auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Durch ein rechtswidriges außerdienstliches Verhalten des Arbeitnehmers werden berechnete Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt, wenn es negative Auswirkungen auf den Betrieb oder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat. Diese Grundsätze gelten nach Ablösung des BAT durch den TVöD bzw. den TV-L auch im öffentlichen Dienst (BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 583/12, BeckRS 2013, 73847); die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in der öffentlichen Verwaltung erfordert eine jederzeit integre und gewissenhafte Ausübung der Tätigkeit. Außerdienstliches strafbares Verhalten vermag die Besorgnis zu begründen, der Arbeitnehmer könne auch im dienstlichen Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorgaben in Konflikt geraten. Dadurch wird das erforderliche Vertrauen der Bürger in die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erschüttert. Aus den vorgenannten Gründen wurde der Kündigung aus personenbedingten Gründen eines Mitarbeiters der BA in der Leistungsgewährung im Bereich SGB II wegen Kokainhandels die Wirksamkeit zugesprochen, womit die persönliche Eignung für seine Tätigkeit im Fokus stand (BAG v. 10.4.2014 – 2 AZR 684/13, BeckRS 2014, 72639).

b) Die Herstellung eines verbotenen Betäubungsmittels in nicht unerheblichem Umfang ist geeignet, berechnete Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit und damit an der Eignung des gekündigten Arbeitnehmers für die künftige Erledigung seiner Aufgaben als Wachpolizist im Objektschutz zu begründen (BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 583/12, BeckRS 2013, 73847).

**5. Zuweisung neuer Tätigkeit**

Nach § 241 II BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrages zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Ist der Arbeitnehmer nun aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr in der Lage, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 S. 1 GewO (§ 4 TV-L/TVöD) näher bestimmte Leistung zu erbringen, kann es die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB gebieten, dass der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht erneut Gebrauch macht und die vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens anderweitig derart konkretisiert, dass dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung wieder möglich ist. Der vom BAG entschiedene Fall behandelt die Fallkonstellation eines Mitarbeiters

des Bundesamtes für Verfassungsschutz. Bei dem Mitarbeiter bestand der Verdacht des Kontakts zu einem ausländischen „Kriminellen“, so dass dem Mitarbeiter die Ermächtigung zum Umgang mit Verschlusssachen entzogen wurde. Es fehlte ihm deshalb die subjektive Leistungsfähigkeit. In einer derartigen Situation, soweit für diesen Beitrag von Relevanz, ist der Arbeitgeber unter gewissen Voraussetzungen nach § 241 II BGB gehalten zu prüfen, ob der Mitarbeiter auf einen anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden kann, also eine neue Tätigkeit zugewiesen werden muss (BAG v. 27.5.2015 – 5 AZR 88/14, BeckRS 2015, 70804).

**Praxistipp:** Die schuldhaftige Verletzung der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 II BGB kann einen Schadensersatzanspruch nach § 280 I BGB zur Folge haben. Er setzt eine schuldhaftige Verletzung der Rücksichtnahmepflicht voraus. Der Schadensersatz kann sich auf den Annahmeverzugslohn bei Nichteinsatz beziehen.

**6. Aufklärungspflicht des Arbeitgebers**

Die Parteien des Arbeitsverhältnisses sind gehalten, auf die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des jeweils anderen Vertragspartners Rücksicht zu nehmen. Die Schutz- und Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers gilt auch für die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers. Daraus können sich Hinweis- und Informationspflichten des Arbeitgebers ergeben, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers auslösen kann. Zur Vermeidung von Rechtsnachteilen kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, von sich aus geeignete Hinweise zu geben. Grundsätzlich hat allerdings innerhalb vertraglicher Beziehungen jede Partei für die Wahrnehmung ihrer Interessen selbst zu sorgen. Nach § 40 a II EStG besteht bei geringfügiger Beschäftigung eine Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers zwischen der Pauschalbesteuerung und der individuellen Besteuerung nach Lohnsteuerkarte. Die Bestimmung enthält keine Regelung einer Einschränkung der arbeitgeberseitigen Wahlmöglichkeit. Eine diesbezügliche Aufklärungs- oder Hinweispflicht des Arbeitgebers ist weder in § 40 a II EStG geregelt, noch ergibt sich eine derartige Verpflichtung aus § 241 II BGB = vertragliche Rücksichtnahmepflichten (BAG v. 13.11.2014 – 8 AZR 817/13, BeckRS 2015, 65222).

**7. Rücksichtnahmepflicht auch bei Arbeitsunfähigkeit**

Die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers besteht auch dann, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist und eine stufenweise Wiedereingliederung durchgeführt wird. Ein Wiedereingliederungsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis, sondern ein Rechtsverhältnis eigener Art, weil es nicht auf einer Arbeitsleistung im üblichen Sinne gerichtet ist, sondern als Maßnahme der Rehabilitation dem Arbeitnehmer ermöglichen soll, die Arbeitsfähigkeit wieder herzustellen. Trotz dieser Zielsetzung des Wiedereingliederungsverhältnisses bestehen in diesen Nebenpflichten, die sich als fortwirkende Ausstrahlung des in allen Hauptpflichten weiter ruhenden Arbeitsverhältnisses ergeben, soweit sie mit dem Zweck der Wiedereingliederungsmaßnahme vereinbar sind, wie das Weisungsrecht, die

Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, Treuepflichten und auch die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht. Dabei ist das Fortdauern der Nebenpflichten für die Durchführung des Wiedereingliederungsverhältnisses von großer Bedeutung, da im Wiedereingliederungsverhältnis der Arbeitnehmer – wenn auch außerhalb des Arbeitsverhältnisses – im Betrieb tätig ist. Die Arbeitnehmerin verletzt ihre arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht somit auch durch eine heimliche Aufnahme eines zwischen ihr und ihrem Vorgesetzten geführten Personalgesprächs während der Wiedereingliederung. Die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht wird verletzt, wenn der Arbeitnehmer durch sein Vorgehen in den Schutzbereich der Grundrechte seines Vorgesetzten oder anderer Mitarbeiter eingreift, ohne dass dies durch schwerwiegende Interessen des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist (LAG Mainz v. 3.2.2016 – 7 Sa 220/15, BeckRS 2016, 68561).

**Praxistipp:** *Die Nebenpflichten bestehen auch beim Ruhen des Arbeitsverhältnisses oder bei Arbeitsunfähigkeit und Urlaub.*

#### **8. Genesungswidriges Verhalten als Verstoß gegen Rücksichtnahmepflichten**

Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer muss sich so verhalten, dass er bald wieder gesund wird und an

seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann. Er hat alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte. Der erkrankte Arbeitnehmer hat insoweit auf die schützenswerten Interessen des Arbeitgebers, die sich ua aus der Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung ergeben, Rücksicht zu nehmen. Eine schwerwiegende Verletzung dieser Rücksichtnahmepflicht kann eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen. Ein pflichtwidriges Verhalten kann vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer bei bescheinigter Arbeitsunfähigkeit den Heilungserfolg durch gesundheitswidriges Verhalten gefährdet. Damit verstößt er nicht nur gegen seine Leistungspflicht, sondern zerstört insbesondere auch das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer während der Krankheit nebenher bei einem anderen Arbeitgeber arbeitet, sondern kann auch gegeben sein, wenn er Freizeitaktivitäten nachgeht, die mit der Arbeitsunfähigkeit nur schwer in Einklang zu bringen sind. Dabei kommt es auch auf den Betriebszweck und die Aufgabe des Arbeitnehmers an. Im streitbefangenen Fall war die Kündigung eines Arztes im medizinischen Dienst der Krankenkassen, der während seiner Arbeitsunfähigkeit in den Skiurlaub fuhr und sich dort verletzte und darüber hinaus deshalb arbeitsunfähig wurde, gerechtfertigt (BAG v. 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, BeckRS 2006, 43496). ■