Dr. Clemens Latzel, ZAAR München

Sprachanforderungen an Arbeitnehmer und Leistungsstörung

Die Internationalisierung der Wirtschaft macht Fremdsprachenkenntnisse in vielen Unternehmen unverzichtbar. Müssen aber deshalb etwa alle leitenden Angestellten auf eigene Kosten in ihrer Freizeit Mandarin lernen, wenn ihr Arbeitgeber durch einen chinesischen Investor übernommen wird? Grenzüberschreitende Betriebsübergänge und Joint-Ventures mit ausländischen Partnern werfen ähnliche Fragen auf, wenn Deutsch als Arbeitssprache nicht mehr ausreicht. Parallel dazu nimmt die Zahl von Arbeitnehmern mit Migrationshintergrund in deutschen Unternehmen zu und mit ihr auch die Zahl der Arbeitnehmer, für die Deutsch eine Fremdsprache ist. Muss der Arbeitgeber für ihre Sprachbildung sorgen oder ist es Sache der Arbeitnehmer, die nötigen Sprachfähigkeiten herzustellen und zu erhalten? Welche Fol-

gen drohen Arbeitnehmern, wenn sie den sprachlichen Anforderungen ihres Arbeitsplatzes nicht (mehr) gerecht werden? Eine schuldrechtliche Betrachtung[1].

I. Sprachschuld des Arbeitnehmers
1. Sprachrisiko des Arbeitnehmers
2. Geschuldete Sprachfähigkeiten des Arbeitnehmers
3. Sprachschuld und Direktionsrecht
II. Sprachanforderungen und Unmöglichkeit
1. Leistungstreuepflicht des Arbeitnehmers
2. Sprachschuld und Leistungstreuepflicht
3. Durchsetzung und Unmöglichkeit der Leistungstreuepflicht
III. Rechtsfolgen sprachbedingter Leistungsdefizite
1. Keine rückwirkende Entgeltminderung
2. Entgeltminderung für die Zukunft
3. Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen
4. Vertragsstrafe
IV. Zusammenfassung

I. Sprachschuld des Arbeitnehmers

1. Sprachrisiko des Arbeitnehmers

Mit Abschluss eines Arbeitsvertrages verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung der versprochenen Dienste (§ 611 Abs. 1 BGB); der Arbeitgeber ist kraft des Arbeitsverhältnisses berechtigt, vom Arbeitnehmer die versprochenen Dienste zu fordern (§ 241 Abs. 1 BGB). Mit seinem Leistungsversprechen sagt der Arbeitnehmer auch die zur Leistungserfüllung erforderlichen sprachlichen Fähigkeiten zu. Sprachfähigkeiten sind Eigenschaften des Arbeitnehmers, wie andere körperliche und geistige Fähigkeiten auch[2]. Der Arbeitgeber hat auf sie bei Vertragsschluss keinen Einfluss. Sie fallen deshalb in die Risikosphäre des Arbeitnehmers, soweit er die Sprachanforderungen bei Vertragsschluss überschauen konnte (vgl. § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB)[3]. Anderes gilt nur im Ausbildungsverhältnis (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 BBiG).

2. Geschuldete Sprachfähigkeiten des Arbeitnehmers

Selten wird explizit vereinbart, in welcher Sprache und auf welchem Sprachniveau der Arbeitnehmer seine Dienste zu leisten hat. Deswegen sind die vom Arbeitnehmer geschuldeten sprachlichen Fähigkeiten (Sprachschuld) durch Vertragsauslegung, vor allem anhand des vertraglichen Aufgabenspektrums zu ermitteln[4].

a) Verstehensschuld

Mit Abschluss des Arbeitsvertrages verpflichtet sich jeder Arbeitnehmer, die (billigen) Arbeitsanweisungen des Arbeitgebers zu befolgen (§ 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB). Der Arbeitnehmer muss die Weisungen des Arbeitgebers verstehen können, damit er die ihm zugewiesene Arbeit überhaupt als solche erkennen und sodann erledigen kann. Mit dem Leistungsversprechen übernimmt also der Arbeitnehmer eine *Verstehensschuld*. Sie ist Teil seiner Hauptleistungspflicht, weil das Arbeitsverhältnis nicht durchgeführt werden kann, wenn der Arbeitnehmer die Weisungen des Arbeitgebers schon nicht versteht. Die Verstehensschuld muss nicht auf eine bestimmte Sprache bezogen sein, denn das Direktionsrecht kann auch konkludent ausgeübt werden, wenn keine besondere Form vereinbart ist[5]. Sprachbezogen ist die Verstehensschuld aber dann, wenn eine bestimmte Arbeitssprache ausdrücklich oder konkludent vereinbart wurde[6].

b) Sprechschuld als allgemeine Sprachschuld

Eine *Sprechschuld* und damit auch eine *Sprachschuld* im engeren Sinne trifft Arbeitnehmer, die sich zu kommunikativen Diensten verpflichten. Das trifft auf alle Arbeitsverhältnisse zu, bei denen im arbeitsteiligen Zusammenwirken mit Kollegen ein verbaler Austausch unverzichtbar ist – also wenn eine Verständigung „mit Händen und Füßen" nicht ausreicht. Die allgemeine *Sprachschuld* ist Teil der Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers, wenn Sprechen zwingend erforderlich ist, um die vertraglich geschuldeten Tätigkeiten zu erbringen.

c) Qualifizierte Sprachschuld

Eine *qualifizierte Sprachschuld* trifft schließlich Arbeitnehmer, die sich zu Diensten mit Kontakt zu betriebsfremden Dritten verpflichten, deren Kommunikationshorizont sie gerecht werden müssen (Kundenkontakt). Dann handelt es sich immer um eine Hauptschuld des Arbeitnehmers, denn etwa ein Concierge kann seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht ansatzweise erfüllen, wenn er den durchschnittlichen Gast des Hotels weder versteht, noch mit ihm sprechen kann.

3. Sprachschuld und Direktionsrecht

Gleichwohl sich die Sprachschuld des Arbeitnehmers vor allem nach dem von ihm übernommenen Aufgabenspektrum richtet, wird dieses typischerweise im Arbeitsvertrag nur grob umrissen und muss durch den Arbeitgeber konkretisiert werden. Übt der Arbeitgeber sein Direktionsrecht (§ 315 Abs. 1 BGB, § 106 GewO) aus und weist dem Arbeitnehmer eine konkrete Aufgabe zu, verlangt er damit von ihm zugleich die mit der Aufgabe einhergehenden Sprachleistungen. Kann der Arbeitnehmer diese nicht erbringen, muss zunächst überprüft werden, ob die zugewiesene Aufgabe überhaupt in das *vertragliche Aufgabenspektrum* fällt[7]. Ist das der Fall, tun es die mit der Aufgabe einhergehenden Sprachanforderungen ebenfalls. Ob der Arbeitnehmer sie tatsächlich erfüllen kann, ist insofern unerheblich, weil er sich auch zu unmöglichen Leistungen verpflichten kann (§ 311a Abs. 1 BGB). Die Weisung selbst beeinflusst nicht den Umfang der geschuldeten Leistung[8]. Sie kann als einseitige Leistungsbestimmung kein Schuldverhältnis begründen[9], sondern geht davon aus, dass der Anspruch auf die Leistung dem Grunde nach existiert und legt ihn nur noch nach Art und Umfang fest[10]. Der Arbeitgeber kann deshalb vom Arbeitnehmer grundsätzlich alle mit einer vertragsgemäßen Aufgabe verbundenen Sprachleistungen fordern. Unzulänglichkeiten des Arbeitnehmers schränken das vertragliche Aufgabenspektrum nicht ein[11].

In einem zweiten Schritt ist zu fragen, ob die Zuweisung einer vertraglichen Aufgabe auch der *Billigkeit* entspricht[12]. Gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB sind nur Weisungen verbindlich, die der Billigkeit entsprechen, was nicht heißt, dass unbillige Weisungen nichtig wären[13]. Billig ist eine Weisung, die alle Umstände des Einzelfalles angemessen, also ausgleichend berücksichtigt[14]. Die Zuweisung einer Aufgabe, welcher der Arbeitnehmer nach seinen sprachlichen Fähigkeiten *nicht* ge-

1) Zum Verhältnis von Sprachanforderungen und AGG: *Latzel*, SAE 2012, 62 ff.
2) *Rieble*, in: Festschrift Löwisch (2007), S. 229, 236.
3) Dazu unten III. 3. a) cc) (S. 81).
4) Zur Bestimmung der Arbeitsleistungs- und Arbeitsvertragssprache: *Rieble*, in: Festschrift Löwisch (2007), S. 229, 232 ff.; *Herbert/Oberrath*, DB 2009, 2434, 2436 ff.; *dies.*, DB 2010, 391.
5) MünchKommBGB/*Würdinger*, 6. Aufl. 2012, § 315 Rn. 34.
6) Dazu oben Fn. 4 (S. 74).
7) Vgl. BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, Rn. 20.
8) Zutreffend *Sedlmeier*, Unzureichende Arbeitsleistung, 2009, S. 127 f.; gegen *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, 2007, S. 179 ff., 186.
9) Staudinger-*Rieble*, Neubearb. 2009, § 315 Rn. 119.
10) Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 315 Rn. 131.
11) BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, Rn. 41.
12) Bei (hier nicht zu behandelnden) Glaubens- und Gewissenskonflikten plädiert die h.L. für eine Anwendung von § 275 Abs. 3 BGB anstelle von § 315 BGB, vgl. statt vieler *Scholl*, BB 2012, 53, 54 f. mit umfangreichen Nachw., gegen BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, Rn. 30 f.; nach *Wank*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 106 Rn. 21, soll sich der Arbeitnehmer nur auf § 275 Abs. 3 BGB berufen müssen, wenn die Weisung des Arbeitgebers trotz Art. 4 GG wirksam ist.
13) BAG v. 22. 2. 2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858, Rn. 24; dagegen meint offenbar *Scholl*, BB 2012, 53, 55, dass der Arbeitnehmer nur leisten darf, wenn er dazu auch *verpflichtet* ist.
14) Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 315 Rn. 305.

recht werden kann, ist grundsätzlich unbillig und damit unverbindlich, weil der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer Unmögliches billigerweise nicht verlangen kann[15]. Entscheidend ist allerdings der Zeitpunkt der Weisung[16]: Erfährt der Arbeitgeber vom sprachlichen Unvermögen des Arbeitnehmers erst *nach* Zuweisung der Tätigkeit, bleibt die Weisung *billig*[17]; wusste er davon bereits *vorher*, soll sich der Arbeitnehmer über die dann *unbillige* Weisung – nach Meinung des BAG – aber nicht eigenmächtig hinwegsetzen dürfen. Er müsse, wenn der Arbeitgeber von sich aus keine andere Weisung trifft, die Arbeitsgerichte nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB anrufen; bis zur gerichtlichen Entscheidung[18] bleibt die Weisung – so das BAG – vorläufig verbindlich[19]. Schuldet der Arbeitnehmer aber (vorläufig) eine Tätigkeit, die ihm unmöglich (nicht nur unzumutbar)[20] ist, kann er keine Vergütungsansprüche erwerben (§ 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB)[21], bis ihm eine billige und mögliche Tätigkeit zugewiesen wird. Das BAG hilft dem Arbeitnehmer, indem es dem Arbeitgeber die Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) auferlegt, umgehend dem Arbeitnehmer eine ihm mögliche, vertragliche Tätigkeit zuzuweisen[22]. Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, macht er sich schadensersatzpflichtig (§ 280 Abs. 1 BGB)[23]. Nach zutreffender Ansicht muss die Unbilligkeit einer Weisung indes nicht besonders geltend gemacht werden, sondern tritt *ipso iure* ein[24]. Der Arbeitnehmer trägt freilich insofern das Irrtumsrisiko[25].

Wenn sich die Sprachfähigkeiten des Arbeitnehmers erst im Laufe der Zeit verschlechtern[26], wird die ursprüngliche Aufgabenzuweisung zwar nicht unbillig, aber dem Arbeitnehmer die Erfüllung seiner Sprachschuld zumindest teilweise unmöglich[27]. Der Arbeitgeber muss dann nach Kenntniserlangung[28] dem Arbeitnehmer – um seiner Beschäftigungspflicht und § 315 Abs. 3 BGB gerecht zu werden – aus dem vertraglichen Aufgabenspektrum eine andere, billige Aufgabe zuweisen[29].

II. Sprachanforderungen und Unmöglichkeit

Welche Anstrengungen können vom Arbeitnehmer verlangt werden, damit er den sprachlichen Anforderungen gerecht wird? Wie können diese durchgesetzt werden? Wann ist es dem Arbeitnehmer unmöglich, seine geschuldeten Sprachfähigkeiten herzustellen bzw. zu erhalten? Der Arbeitnehmer schuldet keinen Erfolg, sondern muss nur tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann[30]. Er muss „nur" seine persönliche Leistungsfähigkeit angemessen ausschöpfen[31]. Das gilt auch für die Sprachschuld als Teil der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht.

1. Leistungstreuepflicht des Arbeitnehmers

Im Verhältnis zueinander sind Vertragsparteien verpflichtet, alles zu *unterlassen*, was das Interesse der anderen Seite an der Durchführung des Vertrages beeinträchtigen könnte, und alles zu *tun*, was notwendig ist, um die Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung sicherzustellen[32]. Der Schuldner ist aufgrund seiner Leistungstreuepflicht gegenüber dem Gläubiger grundsätzlich allein dafür verantwortlich, den geschuldeten Leistungserfolg auch tatsächlich herbeiführen zu können[33] (§ 241 Abs. 2 BGB)[34]. Da der Arbeitnehmer in aller Regel seine Dienste höchstpersönlich zu erbringen hat (§ 613 Satz 1 BGB), verlangt die Leistungstreuepflicht auch höchstpersönlich von ihm, leistungsfähig zu sein und zu bleiben[35].

Aus der Leistungstreuepflicht des Arbeitnehmers werden vorwiegend *Unterlassungspflichten* abgeleitet[36]: kein Alkoholgenuss vor Dienstantritt[37], kein genesungswidriges Verhalten während einer Erkrankung[38], keine vorsätzlichen Straftaten bei laufender Bewährung[39], kein den Ruf des Arbeitgebers schädigendes Verhalten außerhalb des Dienstes[40]. Schon von Gesetzes wegen ist dem Arbeitnehmer während seines Erholungsurlaubs jede dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit untersagt (§ 8 BUrlG). Der Arbeitnehmer muss freilich in seiner Freizeit nicht alles unterlassen, was auch nur im Entferntesten seine Leistungsfähigkeit gefährden könnte. Seine Handlungsfreiheit ist mit dem Leistungstreueinteresse des Arbeitgebers abzuwägen (§ 241 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG). Deshalb muss der Arbeitnehmer in seiner Freizeit nur solche Risiken meiden, die höchstwahrscheinlich zur Leistungsunfähigkeit führen[41] und nicht durch besondere Freiheitsgrundrechte geschützt sind[42].

---

15) Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 315 Rn. 374. Sprachliches Unvermögen fällt nicht unter § 275 Abs. 3 BGB, sodass es auf den Meinungsstreit oben bei Fn. 12 (S. 74) nicht ankommt; zur Unmöglichkeit der *Nebenpflicht* des Arbeitnehmers, seine Leistungsfähigkeit herzustellen und zu erhalten: unten II. 3. b) (S. 78).

16) BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, Rn. 17.

17) Vgl. Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 315 Rn. 371 f.

18) Das Gericht ist auf Kassation der unbilligen Weisung des Arbeitgebers beschränkt, DFL/*Klebeck/Kolbe*, 4. Aufl. 2011, § 106 GewO, Rn. 54; Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 315 Rn. 186; in diese Richtung auch BAG v. 22. 2. 2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858, Rn. 24: Feststellung der „Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung".

19) BAG v. 22. 2. 2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858, Rn. 24.

20) Bei Unzumutbarkeit wegen Glaubens- und Gewissenskonflikten mutet das BAG dem Arbeitnehmer kurzfristig ein „Hintanstellen der Glaubensüberzeugungen" zu, BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, Rn. 26.

21) *Wank*, in: Festschrift Schwerdtner (2003), S. 247, 252, hält dies bei Gewissenskonflikten für angemessen, weil der Arbeitnehmer dadurch zeige, dass er nicht aus Opportunismus handele.

22) BAG v. 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119, Rn. 27; dagegen hält *Scholl*, BB 2012, 53, 55, diesen Weg für „unnötig kompliziert".

23) BAG v. 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119, Rn. 24 ff.: „Schadensersatzanspruch wegen entgangener Vergütung".

24) Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 315 Rn. 350 ff.; MünchKommBGB/*Würdinger* (Fn. 5), § 315 Rn. 44; für ein Leistungsverweigerungsrecht: *Wank*, in: Festschrift Schwerdtner (2003), S. 247, 253; *Scholl*, BB 2012, 53, 55.

25) DFL/*Klebeck/Kolbe* (Fn. 18), § 106 GewO, Rn. 53.

26) Vgl. BAG v. 22. 6. 2011 – 8 AZR 48/10, NZA 2011, 1226.

27) Bei Glaubens- oder Gewissenskonflikten kann sich der Arbeitnehmer dann auf § 275 Abs. 3 BGB berufen, was zeigt, dass die Norm im Arbeitsverhältnis nicht leerläuft.

28) Für eine Prüfpflicht des Arbeitgebers nach „angemessener Zeit": HWK/*Lembke*, 5. Aufl. 2012, § 106 GewO, Rn. 124.

29) Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 315 Rn. 372; für eine entsprechende Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB: BAG v. 19. 5. 2010 – 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119, Rn. 27; BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, Rn. 25.

30) BAG v. 17. 1. 2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693, Rn. 15; dagegen für die Schuld einer „objektiven Normalleistung": *Hunold*, BB 2003, 2345, 2346; ähnlich *Zaumseil*, Die Minderleistung als Kündigungsgrund, 2010, S. 53 ff.: „antezipierte [*sic*] Stückschuld".

31) BAG v. 17. 1. 2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693, Rn. 16.

32) BGH v. 28. 4. 1982 – IVa ZR 8/81, NJW 1983, 998; Staudinger-*P. Huber*, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2011, D Rn. 40.

33) Palandt-*Grüneberg*, 71. Aufl. 2012, § 242 Rn. 27; BeckOKBGB/*Sutschet*, 24. Edition, Stand: 1. 8. 2012, § 241 Rn. 46.

34) Die Rechtsgrundlage der Leistungstreuepflicht ist strittig: für § 241 Abs. 2 BGB: MünchKommBGB/*Ernst* (Fn. 5), § 280 Rn. 91; BeckOKBGB/*Sutschet* (Fn. 33), § 241 Rn. 42; hingegen sieht *Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 242 ff., 302 ff., die pflichterzeugende Grundlage in § 242 BGB, während sich das Rechtsfolgenregime nach § 241 Abs. 2 BGB richte; ähnlich Staudinger-*Richardi/Fischinger*, Neubearb. 2011, § 611 Rn. 617; für § 241 Abs. 1 BGB: *Gröschler*, in: Festschrift Konzen (2006), S. 109, 113, 115.

35) *Rieble/Jochums*, BB 2003, 1897, 1898; *Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck*, TVöD, Stand: 8/2006, § 5 Rn. 21; weitergehend *Henssler/Preis*, § 72 Abs. 1 ArbVGE, Stand: 10/2007: Anpassungs- und Weiterbildungspflicht für Arbeitnehmer; dagegen *Natzel*, SAE 2010, 248, 251: „Irrglaube".

36) BAG v. 16. 8. 1990 – 2 AZR 113/90, NZA 1991, 141, 142: Der Arbeitnehmer hat „alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber oder dem Betrieb abträglich ist".

37) BAG v. 26. 1. 1995 – 2 AZR 649/94, NZA 1995, 517, 519; BAG v. 23. 9. 1986 – 1 AZR 83/85, NZA 1987, 250.

38) BAG v. 2. 3. 2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636.

39) *C. Picker*, RdA 2012, 40, 49.

40) MünchArbR/*Reichold*, 3. Aufl. 2009, § 49 Rn. 47.

41) *C. Picker*, RdA 2012, 40, 49, stellt auf unerlaubte Risiken ab, die „hinreichend" wahrscheinlich zum Arbeitsausfall führen können und dennoch billigend in Kauf genommen werden.

42) Islamischen Glaubensvorschriften fortan streng zu folgen und deshalb keine Kisten mit Alkohol in „Rauschmittelqualität" mehr anzufassen (BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, 1088), steht der Leistungstreuepflicht einer Ladenhilfe nicht entgegen.

Der Arbeitnehmer kann auch *aktives Handeln* schulden, um seine Leistungsfähigkeit herzustellen oder zu erhalten[43]: Ein Bauarbeiter, der sich den Arm gebrochen hat, hat die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, sich ärztlich behandeln zu lassen[44], und verletzt diese, wenn er den Bruch über Monate hinweg ohne ärztliche Hilfe auskurieren will und deshalb solange nicht arbeiten kann[45]. Auch ein Büroangestellter hat die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, sich im Hochsommer mit ausreichend Flüssigkeit zu versorgen, um nicht wegen Dehydrierung „vom Stuhl zu kippen"[46]. Rettungsassistenten können landesgesetzlich verpflichtet sein, sich regelmäßig fortzubilden[47].

2. Sprachschuld und Leistungstreuepflicht

Die Leistungstreuepflicht des Arbeitnehmers verlangt von ihm grundsätzlich dafür zu sorgen, dass er stets die für das Arbeitsverhältnis erforderlichen Sprachfähigkeiten aufweist[48]. Doch ist zu differenzieren:

a) Anfängliches Sprachdefizit

Ist der Arbeitnehmer von Beginn des Arbeitsverhältnisses an nicht in der Lage, den ihm zugewiesenen Aufgaben sprachlich gerecht zu werden, hat der Arbeitgeber sein Direktionsrecht nur dann unbillig ausgeübt, wenn er gewusst hat, dass dem Arbeitnehmer die geforderte Sprachleistung unmöglich ist. Hat der Arbeitnehmer bei Vertragsschluss über seine Sprachfähigkeiten getäuscht oder sich überschätzt, ist die Weisung indes billig[49]. In jedem Fall gilt: Wenn sich ein Arbeitnehmer vertraglich zu Sprachleistungen verpflichtet hat, die er nicht erfüllen kann, trifft ihn die Nebenleistungspflicht, seine sprachliche Leistungsfähigkeit herzustellen (*pacta sunt servanda*). Bis das der Fall ist, muss ihm der Arbeitgeber aufgrund seiner Beschäftigungspflicht[50] andere (billige) Aufgaben zuweisen, die den sprachlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers entsprechen. Hat der Arbeitnehmer indes über seine Fähigkeiten arglistig getäuscht, kann es ihm wegen § 242 BGB verwehrt sein, sich auf sein Unvermögen zu berufen[51]. Bis er sich die nötigen Sprachfähigkeiten angeeignet hat, muss der Arbeitgeber ihm dann keine andere Tätigkeit zuweisen und den Arbeitnehmer auch nicht vergüten (§ 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB).

So ist etwa einem angestellten Rechtsanwalt, der bei Vertragsschluss „verhandlungssicheres Englisch" zugesagt hat, aber beim ersten Mandantengespräch nur mit holprigem Schulenglisch aufwartet, keine unbillige Arbeitsanweisung erteilt worden, obwohl der Rechtsanwalt der Aufgabe hörbar nicht gewachsen ist. Wenn der Arbeitgeber deshalb nicht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anficht (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB), hat er dem Rechtsanwalt – sofern ihm nur Selbstüberschätzung, nicht Arglist zur Last fällt – andere Aufgaben mit geringeren Sprachanforderungen zuzuteilen[52]. Unterdessen trifft den Rechtsanwalt die Nebenleistungspflicht, sich in seiner Freizeit und auf eigene Kosten verhandlungssicheres Englisch anzueignen.

Freilich ist der Arbeitgeber seinerseits aus § 241 Abs. 2 BGB insoweit zur Rücksichtnahme verpflichtet, als er dem Berufseinsteiger auch *learning by doing* ermöglichen muss. Aber das Normalarbeitsverhältnis ist kein Aus- oder Fortbildungsverhältnis[53]. Mehr als den Arbeitnehmer einzuarbeiten, schuldet der Arbeitgeber aus § 241 Abs. 2 BGB nicht[54]. Deshalb muss einem Rechtsanwalt etwa Gelegenheit gegeben werden, sein Fachenglisch aus Universitätszeiten – je nach den betrieblichen Gegebenheiten entweder im Büroalltag oder extern an einer Sprachschule – *aufzufrischen*. Ihm muss aber keinesfalls Gelegenheit gegeben werden, überhaupt erst Fachenglisch zu *lernen*, wenn er diese Fähigkeit bei seiner Einstellung zugesagt hat[55].

b) Nachträgliches Sprachdefizit

Tritt ein sprachliches Leistungsdefizit erst im Laufe des Arbeitsverhältnisses auf, ist danach zu differenzieren, ob sich die Sprachanforderungen geändert haben oder der Arbeitnehmer Sprachfähigkeiten eingebüßt hat.

aa) Änderung des sprachlichen Anforderungsprofils

Erhöht der Arbeitgeber die Sprachanforderungen eines Arbeitsplatzes, hat er dann den Arbeitnehmer entsprechend sprachlich weiterzubilden, wenn sich dieser zu den höheren Sprachleistungen ursprünglich nicht verpflichtet hatte. Wird die „normale Schwankungsbreite" des Berufsbilds verlassen[56], ist ein entsprechender Änderungsvertrag erforderlich, weil der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts keine einseitige Vertragsänderung herbeiführen kann[57]. Wenn in der Änderungsvereinbarung die Qualifizierungslast nicht ausdrücklich geregelt wird, ist die Vereinbarung auszulegen:

Im Grunde verpflichtet sich der Arbeitnehmer zu einer Sprachleistung, die er (noch) nicht erbringen kann. Er begibt sich mit Abschluss des Änderungsvertrages quasi in ein „anfängliches" Sprachdefizit und müsste dementsprechend seine sprachlichen Fähigkeiten auf eigene Kosten auf das nunmehr geforderte Sprachniveau bringen[58]. Der Änderungsvertrag kann nicht ohne Weiteres dahin ausgelegt werden, dass der Arbeitgeber die Schulungskosten zu tragen hat. Bloß weil der Arbeitgeber die Änderung initiiert hat, trifft ihn nicht automatisch die Qualifizierungslast[59]. Eine Änderung des Anforderungsprofils macht das Arbeitsverhältnis nicht zum Ausbildungsverhältnis. Auch ist es eine *petitio principii*, aus der allgemeinen *Beschäftigungs*pflicht auf eine allgemeine *Weiterbildungspflicht* des Arbeitgebers zu schließen[60]. Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers ist die Erbringung der Arbeitsleistung; die

43) BGH v. 28. 4. 1982 – IVa ZR 8/81, NJW 1983, 998; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 110; MünchArbR/*Reichold* (Fn. 40), § 47 Rn. 16.

44) § 5 Abs. 1 EFZG konstituiert nur hinsichtlich des Informationsinteresses des Arbeitgebers eine Attest-, keine Behandlungspflicht.

45) Eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht zum gesundheitsfördernden Verhalten ablehnend MünchArbR/*Reichold* (Fn. 40), § 49 Rn. 46; ebenso *Schäfer*, NZA 1992, 529, 530 ff.

46) *Rieble/Jochums*, BB 2003, 1897, 1898, die indes offenlassen, ob nicht der Arbeitgeber wegen § 3 Abs. 1 ArbSchG an heißen Tagen für Trinkwasser sorgen muss.

47) BAG v. 18. 3. 2009 – 5 AZR 192/08, NZA 2009, 611, Rn. 20 f. – zu § 5 NRW-RettG.

48) *Günther*, ArbR Aktuell 2010, 285; für eine Weiterbildungspflicht des Arbeitnehmers auch bei Änderung und Erweiterung der notwendigen Fähigkeiten: *Löwisch/Spinner*, KSchG, 9. Aufl. 2004, § 1 Rn. 242; *Henssler/Preis*, § 72 Abs. 1 ArbVGE, Stand: 10/2007; differenzierend *Hunold*, NZA 2000, 802, 805: Lernen innerhalb der „normalen Schwankungsbreite" kann der Arbeitgeber verlangen; nur für eine Obliegenheit des Arbeitnehmers, angebotene Qualifizierungsmaßnahmen anzunehmen: *Natzel*, SAE 2010, 248, 251.

49) Dazu oben I. 3. (S. 74 f.).

50) Vgl. oben Fn. 29 (S. 75).

51) BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09, NZA 2011, 1087, Rn. 29 – für Glaubenskonflikte.

52) Zu Kündigung und Schadensersatz: unten III. (S. 79 ff.).

53) Insbesondere gegen eine Fürsorgepflicht: *Rieble*, in: Festschrift Löwisch (2007), S. 229, 235 f.; a.A. *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386, 1388 f.

54) In Anlehnung an § 622 Abs. 3 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG kann die Einarbeitungszeit grundsätzlich bis zu einem halben Jahr, bei hochkomplexen Tätigkeiten länger, bei angelernten Tätigkeiten kürzer dauern.

55) Zur Durchsetzung der Leistungstreuepflicht: unten II. 3. (S. 77 ff.).

56) *Hunold*, NZA 2000, 802, 805; *Natzel*, SAE 2010, 248, 252; *Vogt/Oltmanns*, NZA 2012, 599, 600.

57) Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 315 Rn. 151 f.; zur Abgrenzung von Vertragsänderung und Weisungsrecht: *Wank*, NZA-Beil. 2/2012, 41, 42 f.

58) Dazu oben II. 2. a) (S. 76).

59) A.A. *Vogt/Oltmanns*, NZA 2012, 599, 600.

60) In diesem Sinne aber *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386, 1389.

Voraussetzungen dafür muss er aufgrund seiner Leistungstreuepflicht[61] grundsätzlich selber schaffen[62].

Stimmt der Arbeitnehmer der Vertragsänderung hingegen nicht zu, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer betriebsbedingt änderungskündigen, wenn er das Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes dennoch erhöhen möchte und den Arbeitnehmer kraft Direktionsrechts nicht anderweitig einsetzen kann. Die Änderungskündigung wäre allerdings sozial ungerechtfertigt, weil der Arbeitnehmer nach „zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen" (Sprachschulungen) weiterbeschäftigt werden könnte (§§ 2 Satz 1, 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG)[63].

Da im Rahmen des § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG der Arbeitgeber die Kosten der zumutbaren Fortbildung zu tragen hat[64] und die Änderungskündigung nach Ansicht des BAG auch dann noch erforderlich sein soll, wenn der Arbeitnehmer zuvor die Vertragsänderung abgelehnt hat[65], entsteht ein Wertungswiderspruch[66]: Der Arbeitnehmer, der die Vertragsänderung ohne Änderungskündigung annimmt, müsste die Fortbildungskosten selber tragen; der Arbeitnehmer, der es auf die Änderungskündigung ankommen lässt, würde auf Kosten des Arbeitgebers sprachlich fortgebildet. Damit der Arbeitnehmer nicht die Änderungskündigung provozieren und damit den Bestand seines Arbeitsverhältnisses gefährden muss, hat ihn der Arbeitgeber auch bei einvernehmlicher Vertragsänderung auf seine Kosten sprachlich fortzubilden. Die *Obliegenheit* zur Änderungskündigung bewirkt also kollateral eine Fortbildungs- und Kostentragungs*pflicht*, wenn sich das Anforderungsprofil nur durch einen Änderungsvertrag anpassen lässt. Um Rechtsrisiken vorzubeugen, sollte aber eine Qualifizierungsvereinbarung getroffen werden, die einem eventuell überschießenden Weiterbildungsvorteil des Arbeitnehmers angemessen Rechnung trägt[67].

Wenn der Arbeitgeber hingegen im Rahmen seines Direktionsrechts den Arbeitnehmer auf einen anderen Arbeitsplatz ohne erhöhte Sprachanforderungen versetzen kann, fällt § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG als Argument für eine Qualifizierungslast des Arbeitgebers weg. Dann muss der Arbeitnehmer, wenn er auf seinem Arbeitsplatz mit den nunmehr erhöhten Sprachanforderungen bleiben will, grundsätzlich für seine sprachliche Fortbildung selbst sorgen[68]. Der Arbeitgeber hat ihm in dem neuen sprachlichen Anforderungsprofil aber eine Einarbeitungszeit zum *learning by doing* einzuräumen[69], die gesonderte Sprachkurse obsolet machen kann.

bb) Nachlassende Sprachfähigkeit des Arbeitnehmers

Lassen die sprachlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers im Laufe des Arbeitsverhältnisses bei gleichbleibendem Anforderungsprofil nach, sodass der Arbeitnehmer die ihm obliegenden Aufgaben sprachlich weniger gut bewältigt (schleichende Dequalifizierung)[70], hat er für die Wiederherstellung seiner sprachlichen Leistungsfähigkeit in seiner Freizeit und auf eigene Kosten zu sorgen. Für gewöhnlich verhindert zwar schon die regelmäßige Arbeitspraxis eine Dequalifizierung, doch lange Elternzeit- oder Krankheitsphasen, ein Sabbatjahr oder nachlassende intellektuelle Anstrengungswilligkeit oder -fähigkeit können auch bei gleichbleibender Tätigkeit zu Sprachdefiziten führen. War der Arbeitnehmer lange Zeit „außer Dienst", hat der Arbeitgeber ihm freilich bei seiner Rückkehr eine Einarbeitungszeit einzuräumen, damit der Arbeitnehmer in den laufenden Betrieb und dessen Sprachanforderungen wieder hineinfindet. Abhängig von der Dauer der Arbeitspause kann die *Einfindungs*phase einer zweiten *Einarbeitungs*phase[71] gleichkommen, bei betrieblichem Eingliederungsmanagement (§ 84 Abs. 2 SGB IX) auch darüber hinausreichen. Auch während der Unterbrechung bleibt der Arbeitnehmer indes zur Leistungstreue verpflichtet und muss seiner Dequalifizierung – so gut er kann – entgegenwirken[72].

Wenn ein Arbeitnehmer hingegen ohne längere Arbeitsunterbrechung schleichend seine Sprachfähigkeiten einbüßt, etwa weil ihm das Umdenken in eine Fremdsprache immer mehr Probleme bereitet, muss er aktiv gegensteuern und – wenn regelmäßiges Sprachtraining im Kollegen-, Familien- oder Freundeskreis nicht ausreicht – Sprachkurse in seiner Freizeit auf eigene Kosten besuchen. Der Arbeitgeber hat darauf im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten Rücksicht zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB) und die Arbeitszeiten mit den Zeiten der Sprachkurse abzustimmen. Einen Anspruch auf unbezahlte Freistellung für Sprachschulungen wird man davon abhängig machen müssen, wie abkömmlich der Arbeitnehmer bzw. wie leicht für ihn Ersatz zu finden ist. In vielen Bundesländern haben die Arbeitnehmer auch einen gesetzlichen Anspruch auf Bildungsurlaub[73].

Bei schleichender Dequalifizierung kann aus § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG nicht gefolgert werden, dass der Arbeitgeber auf seine Kosten den Arbeitnehmer zu schulen habe, weil der Arbeitnehmer nicht *fort*zubilden oder *um*zuschulen ist. § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG schützt nicht den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer[74].

3. Durchsetzung und Unmöglichkeit der Leistungstreuepflicht

Kann ein Arbeitnehmer auch zur Erfüllung seiner Leistungstreuepflicht, etwa zum Besuch eines Sprachkurses auf eigene Kosten, gezwungen werden?

a) Klagbarkeit der Leistungstreue über die Hauptleistungspflicht

Die Klagbarkeit von Nebenleistungspflichten ist sehr umstritten[75]. Die hier interessierende Leistungstreuepflicht ist zweifelsohne eine leistungsbezogene Nebenpflicht, welche die Hauptpflicht sichert und der Abwicklung des Schuldverhältnisses dient. Sie ist nach zutreffender Ansicht nicht selbstständig einklagbar[76], da eine Klage auf Erfüllung der

61) Dazu oben II. 1. (S. 75 f.).

62) AnwaltsHdbArbR/*Rinck*, 7. Aufl. 2011, 2 A Rn. 207; a.A. *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386, 1388.

63) Der gesetzlich geforderte Widerspruch des Betriebsrats wird von Rechtsprechung und h.L. weginterpretiert, vgl. APS/*Dörner/Vossen*, 4. Aufl. 2012, § 1 KSchG, Rn. 94, 187 m.w.N.

64) Gesetzlich nicht geregelt, aber h.M., KR/*Etzel*, 9. Aufl. 2009, § 102 BetrVG, Rn. 169 b; KDZ/*Deinert*, 8. Aufl. 2011, § 1 KSchG, Rn. 556; *Vogt/Oltmanns*, NZA 2012, 599, 600; differenzierend nach betrieblichen Kosten (trägt Arbeitgeber) und außerbetrieblichen Kosten (trägt Arbeitnehmer): APS/*Dörner/Vossen* (Fn. 63), § 1 KSchG, Rn. 108; ebenso *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386, 1388; indes die Differenzierung ablehnend und der h. M. zustimmend *dies.*, NZA 2008, 1386, 1392.

65) BAG v. 21. 4. 2005 – 2 AZR 132/04, NZA 2005, 1289, 1291 ff.; BAG v. 21. 9. 2006 – 2 AZR 607/05, NZA 2007, 431, Rn. 33 ff.; kritisch *Rieble/Kolbe*, SAE 2008, 241, 243; *Wank*, RdA 2012, 139, 143 ff.

66) Ähnlich *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386, 1388.

67) Dazu etwa *Jesgarzewski*, BB 2011, 1594 ff.

68) A.A. *Vogt/Oltmanns*, NZA 2012, 599, 600: Fortbildungskosten „im Rahmen der normalen Anpassungsqualifizierung" hat der Arbeitgeber zu tragen.

69) Zur Länge: oben Fn. 54 (S. 76).

70) Vgl. BAG v. 22. 6. 2011 – 8 AZR 48/10, NZA 2011, 1226.

71) Zur Länge: oben Fn. 54 (S. 76).

72) Nur während stufenweiser Wiedereingliederung (§ 74 SGB V, § 28 SGB IX) sollen weder Leistungs- noch Leistungstreuepflichten bestehen, *Gawlick*, Die stufenweise Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer in das Erwerbsleben, 2008, S. 63 f., 116 f.

73) Überblick: *Brülls*, AiB 2010, 761; eingehend MünchArbR/*Düwell* (Fn. 40), § 82 Rn. 2 ff.

74) *Zaumseil* (Fn. 30), S. 211.

75) Die Diskussion wird vor allem von einer Vielzahl begriffsjuristischer Systematisierungsversuche beherrscht, vgl. MünchKommBGB/*Roth/Bachmann* (Fn. 5), § 241 Rn. 58 ff.; Staudinger-*Olzen* (Fn. 9), § 241 Rn. 154 ff., 544 ff.; MünchArbR/*Reichold* (Fn. 40), § 50 Rn. 1; BeckOKBGB/*Sutschet* (Fn. 33), § 241 Rn. 42 ff.

76) BeckOKBGB/*Sutschet* (Fn. 33), § 241 Rn. 43, mit Ausnahme bei besonders schutzwürdigen Gläubigerinteressen an der Erfüllung der Nebenleistungspflicht; speziell für den Anspruch auf Unterlassung anderweitiger Arbeit: *Herbert/Oberrath*, NZA 2004, 121, 125; MünchArbR/*Reichold* (Fn. 40), § 38 Rn. 6.

Leistungstreuepflicht die zwangsweise Herstellung der Leistungsfähigkeit des Schuldners bezweckte und damit auf einen verschuldensunabhängigen Gewährleistungsanspruch hinausliefe. Der Arbeitnehmer müsste dann nicht mehr nur tun, was er soll, sondern auch so gut, wie er *soll*. Der Arbeitnehmer muss aber nur tun, was er soll, so gut, wie er *kann*. Diese Hauptleistungspflicht ist auch einklagbar, nur nicht vollstreckbar (§ 62 Abs. 2 Satz 2 ArbGG, § 888 Abs. 3 ZPO)[77]. Will der Arbeitgeber also den Arbeitnehmer zur (Wieder-)Herstellung seiner Leistungsfähigkeit bewegen, muss er auf die künftige Leistung der Dienste in geschuldeter Art und Weise (Sprache) klagen[78].

b) Unmöglichkeit der Leistungstreue

Spricht ein Arbeitnehmer *nicht so gut, wie er soll*, kann dies zwei Ursachen haben:

Entweder Unwilligkeit: Der Arbeitnehmer hat bislang nicht seine sprachlichen Fähigkeiten ausgeschöpft, also *schlechter gesprochen, als er kann*. Dann drohen ihm die personenbedingte Kündigung und Schadensersatzforderungen wegen Schlechterfüllung seiner *Hauptleistungspflicht*[79].

Oder Unfähigkeit: Der Arbeitnehmer hat bislang seine sprachlichen Fähigkeiten ausgeschöpft, also *so gut gesprochen, wie er kann*. Dann kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer seine *Nebenleistungspflicht* zur Leistungstreue vernachlässigt hat oder ihm ihre Erfüllung unmöglich ist, er also selbst nach Sprachschulungen nicht besser sprechen könnte.

aa) Unvermögen

Dem Schuldner ist die Leistung unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB, wenn ihm die Fähigkeit fehlt oder verloren geht, die geschuldete Leistung tatsächlich zu erbringen (Unvermögen)[80]. Unterstellt, dass jeder gesunde Mensch im arbeitsfähigen Alter grundsätzlich lernfähig ist, hängt die Fähigkeit, sich sprachlich zu bilden, einerseits von den intellektuellen Fähigkeiten und andererseits vom zu erreichenden Sprachniveau ab.

Ob ein Arbeitnehmer intellektuell in der Lage ist, sein geschuldetes Sprachniveau herzustellen, wird man erst nach einem entsprechenden Versuch wissen. Deshalb muss jeder Arbeitnehmer wenigstens einmal versuchen, das geschuldete Sprachniveau *so gut er kann* zu erreichen. Den Versuch kann er als Beweisbelasteter[81] leicht durch eine entsprechende Teilnahmebestätigung nachweisen. Ob er dabei aber auch seine intellektuelle Leistungsfähigkeit ausgeschöpft hat, lässt sich nicht überprüfen. Wenn der Arbeitnehmer die Abschlussprüfung eines Sprachkurses nicht oder schlecht besteht, kann das entweder an seiner Unfähigkeit oder an seinem Unwillen liegen. Nur im ersten Fall wäre § 275 Abs. 1 Alt. 1 BGB gegeben, im zweiten Fall wäre die Leistungstreuepflicht schlecht erfüllt. Ob der Arbeitnehmer unfähig oder unwillig war, wird bei der Abgrenzung von personen- und verhaltensbedingter Kündigung relevant[82].

Ist der Arbeitnehmer finanziell nicht in der Lage, einen Sprachkurs zu besuchen, ist ihm die Leistungstreue nicht unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB[83]. Außerdem kann sich der Arbeitnehmer um kostengünstige Möglichkeiten zum Sprachtraining (etwa mit Kollegen) bemühen.

bb) Grob unverhältnismäßiger Aufwand

Nach § 275 Abs. 2 BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit sie einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Um die dem Schuldner zumutbaren Anstrengungen zu bestimmen, muss zunächst das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Primäranspruchs ermittelt werden[84]. Sodann sind der wirtschaftliche und zeitliche Aufwand sowie besondere Risiken des Schuldners dazu ins Verhältnis zu setzen[85]. Die Grenze der Leistungspflicht ist erst bei einem *groben* Missverhältnis erreicht.

Das Interesse des *Arbeitgebers* an der Arbeitsleistung kann sehr unterschiedlich sein. Hilfstätigkeiten, für die leicht Ersatzkräfte zu finden sind, werden ihm weniger wichtig sein als hochkomplexe Tätigkeiten (Fachkräftemangel). Folglich kann ein Sprachkurs für eine Reinigungskraft eher ein unverhältnismäßiger Aufwand sein als für einen Fachmann des Kartellrechts.

Der zeitliche Aufwand des *Arbeitnehmers* hängt von seiner intellektuellen Leistungsfähigkeit und dem notwendigen Sprachfortschritt ab. Ein Vertiefungskurs ist also eher zumutbar, als eine völlig fremde Sprache zu lernen. Der wirtschaftliche Aufwand kann ins Verhältnis zum Arbeitsentgelt gesetzt werden, wenn man davon ausgeht, dass sich darin das Leistungsinteresse des Arbeitgebers widerspiegelt.

Der Gläubiger kann indes den Aufwand des Schuldners mindern, indem er sich bereit erklärt, seinerseits einen Beitrag zur Schulderfüllung zu leisten[86]. Je nach seinem Leistungsinteresse und guten Willen wird der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für einen Sprachkurs freistellen oder auch den Kurs (mit-)finanzieren[87].

cc) Unzumutbarkeit

Im Gegensatz zu § 275 Abs. 2 BGB ist bei der Einrede der Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 3 BGB nicht der Aufwand des Schuldners, sondern ein seiner Leistung entgegenstehendes Hindernis mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers abzuwägen und nicht auf grobes Missverhältnis, sondern nur auf Unzumutbarkeit zu untersuchen. Wegen dieser niedrigeren Anforderungen ist die Unzumutbarkeit im Arbeitsverhältnis *lex specialis* zur groben Unverhältnismäßigkeit[88]. § 275 Abs. 3 BGB erfasst vor allem Fälle der Pflichtenkollision, Wahrnehmung höherwertiger Interessen, Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit, und des Gewissenskonflikts[89].

Bei sprachlichen Bildungspflichten ergeben sich keine Besonderheiten. So ist etwa einem vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ein Kind allein zu erziehen hat, der Besuch eines Sprachkurses nach der Arbeit schwerlich zuzumuten. Ein Sprachkurs ist hingegen auch Arbeitnehmern fortgeschrittenen Alters zumutbar („lebenslanges Lernen"[90]). Wie bei § 275 Abs. 2 BGB gilt auch hier, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer entgegenkommen kann, um ihm die Einrede der Unzumutbarkeit zu nehmen. So kann etwa der alleinerziehenden Mutter die kursbegleitende Reduzierung der Arbeitszeit bei voller Lohnfortzahlung angeboten werden. Obgleich selbiges der Arbeitgeber aus § 241 Abs. 2 BGB nicht schuldet, können sein Leistungsinteresse und guter Wille ihn dennoch dazu bewegen.

---

77) Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 611 Rn. 566 f.

78) MünchArbR/*Reichold* (Fn. 40), § 38 Rn. 6; Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 611 Rn. 569.

79) Dazu unten III. 2. b) aa) (S. 79 f.) bzw. III. 3. a) (S. 80 f.).

80) Staudinger-*Löwisch/Casper* (Fn. 9), § 275 Rn. 63.

81) Staudinger-*Löwisch/Casper* (Fn. 9), § 275 Rn. 121; im Kündigungsschutzprozess gilt hingegen eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast, dazu unten III. 2. b) (S. 79 f.).

82) Dazu unten III. 2. b) (S. 79 f.).

83) Vgl. Staudinger-*Löwisch/Caspers* (Fn. 9), § 275 Rn. 73.

84) Staudinger-*Löwisch/Caspers* (Fn. 9), § 275 Rn. 87.

85) Staudinger-*Löwisch/Caspers* (Fn. 9), § 275 Rn. 93 ff.

86) Staudinger-*Löwisch/Caspers* (Fn. 9), § 275 Rn. 94.

87) In Großkanzleien werden etwa bei Auffrischungskursen die Kosten häufig paritätisch geteilt.

88) BeckOKBGB/*Unberath*, 24. Edition, Stand: 1. 3. 2011, § 275 Rn. 58.

89) Staudinger-*Löwisch/Caspers* (Fn. 9), § 275 Rn. 103 ff.

90) § 5 Abs. 1 Satz 1 TVöD; *Preis*, 67. DJT 2008, Gutachten B, S. 14 ff., 85.

III. Rechtsfolgen sprachbedingter Leistungsdefizite

Bloß weil es keine geschriebenen Gewährleistungsvorschriften im Arbeitsrecht gibt, bleibt eine nicht vertragsgerechte Arbeitsleistung nicht sanktionslos[91].

1. Keine rückwirkende Entgeltminderung

Das Schuldrecht differenziert bei Leistungsstörungen[92] grundsätzlich zwischen Schlechtleistungen und Teilleistungen[93]. Der Gläubiger muss indes keine von beiden annehmen[94]. Nimmt er dennoch die *Teilleistung* an, mindert sich der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung, wenn die Restleistung unmöglich ist (§ 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BGB). Nimmt der Gläubiger aber die *Schlechtleistung* an, behält der Schuldner den vollen Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die Nacherfüllung unmöglich ist (§ 326 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Wann ein Arbeitnehmer schlechtleistet und wann er teilleistet ist im Einzelnen sehr umstritten[95]. Nach herrschender Meinung liegt jedenfalls im Fall des qualitativen Leistungsdefizits eine Schlechtleistung vor, weil § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB dessen Gleichstellung mit der teilweisen Nichterfüllung („qualitative Teilunmöglichkeit") ausschließt[96]. Weil die Arbeitsleistung in aller Regel eine absolute Fixschuld und damit nicht nachholbar ist, kann das Arbeitsentgelt für Schlechtleistungen in der Vergangenheit nicht gemindert werden[97]. „Der Streit um die Arbeitsqualität soll nicht auf der Lohnseite ausgetragen werden"[98].

Wenn ein Arbeitnehmer seine Aufgaben aufgrund sprachlicher Defizite nicht mehr gehörig erledigen kann, ist sein Arbeitsentgelt also nicht um den Anteil zu mindern, welcher auf diese Aufgaben entfällt. Dem Arbeitnehmer ist die Nacherfüllung seiner in der Vergangenheit geschuldeten, aber nicht ordnungsgemäß erbrachten Aufgaben mit Zeitablauf absolut unmöglich geworden (§ 275 Abs. 1 BGB). Damit bleibt auch bei sprachlicher Schlechtleistung der vollständige Entgeltanspruch für die Vergangenheit erhalten[99].

2. Entgeltminderung für die Zukunft

Solange der Arbeitnehmer seine sprachliche Leistungsfähigkeit nicht (wieder-)hergestellt hat, kann ihn der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts nicht uneingeschränkt einsetzen. Da er dieser Störung des vertraglichen Austauschverhältnisses nicht durch einseitige Entgeltminderung begegnen kann, stellt sich die Frage, wie in Zukunft das Verhältnis von Leistung- und Gegenleistung anderweitig an die unzureichenden Fähigkeiten des Arbeitnehmers angepasst werden kann.

a) Keine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage

Verliert der Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis Sprachfähigkeiten, kann die Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB gestört sein. Nach herrschender Meinung sind allerdings Tatbestände, die eine Störung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage bewirken können, im Arbeitsverhältnis nur im Rahmen der §§ 2, 1 KSchG zu würdigen[100]. Deshalb prüft das BAG bei der betriebsbedingten Änderungskündigung die Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingung im Rahmen des dringenden betrieblichen Erfordernisses an § 313 BGB[101]. Der Arbeitgeber kann also nicht die Anpassung eines Arbeitsvertrags wegen geänderter Umstände verlangen[102], sondern muss stattdessen das ganze Arbeitsverhältnis in Frage stellen und zur Änderungskündigung greifen, obwohl § 313 Abs. 3 BGB die Kündigung in Dauerschuldverhältnissen nur als *ultima ratio* vorsieht.

Vorher kann der Arbeitgeber freilich dem Arbeitnehmer einen Änderungsvertrag mit kleinerem oder anderem Aufgabenfeld anbieten, bei dem es nicht auf besondere Sprachfähigkeiten ankommt. Entsprechend kann die Vergütung angepasst werden. Doch auch wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht annimmt, bleibt es nach der Rechtsprechung beim Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung[103].

b) Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung

Kommt eine einvernehmliche Vertragsanpassung mit dem sprachlich überforderten Arbeitnehmer nicht zustande, kann der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt nur mittels einer Änderungskündigung dem Leistungsvermögen des Arbeitnehmers anpassen. Ist der Arbeitnehmer intellektuell nicht in der Lage, die bislang geforderte Sprachschuld auch nach einem entsprechenden Schulungsversuch zu erbringen, handelt es sich um eine personenbedingte Änderungskündigung; ist der Arbeitnehmer unwillig, seine Sprachfertigkeiten überhaupt einem Verbesserungsversuch zu unterziehen, handelt es sich um eine verhaltensbedingte Änderungskündigung. Zur Abgrenzung setzt das BAG auf eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast: Zunächst muss der Arbeitgeber alles zur Minderleistung des Arbeitnehmers darlegen, was er weiß; sodann muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotzdem seine Leistungsfähigkeit ausschöpft[104]. Folglich empfiehlt sich bei einem Arbeitnehmer, der erfolglos an einem Sprachkurs teilgenommen hat, eine personenbedingte, hilfsweise verhaltensbedingte Änderungskündigung; bei einem Arbeitnehmer, der sich einem Sprachkurs verweigert, eine verhaltensbedingte, hilfsweise personenbedingte Änderungskündigung.

aa) Personenbedingte Änderungskündigung

Allerdings kann der Arbeitgeber nach zutreffender Ansicht nicht einen Arbeitnehmer nur deshalb personenbedingt änderungskündigen, um ihm fortan bei ansonsten gleichen Arbeitsbedingungen weniger Entgelt zahlen zu müssen[105]. Wenigstens Arbeitszeit oder Aufgabenfeld müssen sich ändern, um mit der Schlechtleistung des Arbeitnehmers eine Änderungskündigung zu rechtfertigen[106].

Dagegen wird vorgebracht, dass die Änderungskündigung nur das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung wiederherstelle und deshalb bei Leistungsdefiziten des Arbeitneh-

---

91) *Zaumseil* (Fn. 30), S. 63; *Servatius*, Jura 2005, 838, 839.

92) Ausgeblendet seien hier die Fälle der Nichtleistung, dazu Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 611 Rn. 704 ff.

93) §§ 281 Abs. 1 Satz 2, 323 Abs. 5 Satz 1 BGB bzw. §§ 281 Abs. 1 Satz 3, 323 Abs. 5 Satz 2 BGB.

94) Für die Teilleistung folgt das aus § 266 BGB, für die Schlechtleistung aus der Tatsache, dass sie keine gehörige Erfüllung darstellt, Staudinger-*Bittner* (Fn. 9), § 266 Rn. 14; Staudinger-*Löwisch/Feldmann* (Fn. 9), § 293 Rn. 14.

95) Statt vieler: *Sedlmeier* (Fn. 8), S. 157 ff.; *Tillmanns* (Fn. 8), S. 222 ff.

96) Statt vieler: Staudinger-*Otto* (Fn. 9), § 326 Rn. B 45, B 60 m.w. N.

97) BAG v. 18. 7. 2007 – 5 AZN 610/07, BB 2007, 1903 = AP BGB § 611 Minderleistung Nr. 1; *Maschmann*, NZA-Beil. 1/2006, 13, 17; Staudinger-*Otto* (Fn. 9), § 326 Rn. B 60; Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 611 Rn. 718.

98) *Singer/Schiffer*, JA 2006, 833, 836; *Zaumseil* (Fn. 30), S. 63.

99) Vgl. Staudinger-*Otto* (Fn. 9), § 326 Rn. B 60; anderes kann gelten, wenn die Arbeitsschuld einmal keine absolute Fixschuld ist, dazu BAG v. 25. 3. 1992 – 5 AZR 300/91, juris (Nachholung der Arbeitsleistung nach Vertragsende).

100) BAG v. 8. 10. 2009 – 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465; Schaub/*Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. 2011, § 121 Rn. 5 m.w.N.

101) BAG v. 8. 10. 2009 – 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465, Rn. 31 ff.

102) Der Arbeitnehmer hingegen schon, BAG v. 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08, NZA-RR 2010, 420, Rn. 31 = AP BGB § 241 Nr. 4 mit krit. Anm. *Verstege*.

103) Dazu oben Fn. 65 (S. 77).

104) Instruktiv BAG v. 17. 1. 2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693, Rn. 17 ff., 22.

105) *Hromadka*, NZA 1996, 1, 11 f.; APS/*Künzl* (Fn. 63), § 2 KSchG, Rn. 243 m.w. N.; *Wallner*, Die Änderungskündigung, 2005, Rn. 395 f.

106) *Wallner* (Fn. 105), Rn. 396.

mers eine Tätigkeitsänderung entbehrlich sei[107]. Allerdings ist der bei Arbeitsvertragsanpassungen zu berücksichtigende § 313 BGB keine Einbahnstraße. Es ist der Vertragsinhalt herzustellen, den die Parteien in Kenntnis der nunmehr geänderten Umstände vereinbart hätten. Dafür sind die Interessen *umfassend* unter Berücksichtigung *aller* Umstände des Einzelfalles abzuwägen[108]. Nicht nur dem geänderten Gegenleistungsinteresse des Arbeitgebers ist Rechnung zu tragen, sondern auch dem geänderten Leistungsinteresse des Arbeitnehmers. Ein Arbeitnehmer hätte sich aber nicht zu Leistungen verpflichtet, die er (nun erwiesenermaßen) nicht erbringen kann. Er hätte sich sehenden Auges in ein Haftungs- (§ 311a Abs. 2 BGB) und Anfechtungsrisiko (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) begeben. Deshalb ist bei einer personenbedingten Änderungskündigung nicht nur das Arbeitsentgelt, sondern auch die geschuldete Arbeitsleistung an das Leistungsdefizit des Arbeitnehmers anzupassen.

Hat der Arbeitnehmer Sprachdefizite, sind im Änderungsangebot diejenigen Aufgaben aus dem Aufgabenspektrum zu streichen, denen der Arbeitnehmer erwiesenermaßen sprachlich nicht gewachsen ist. Kommt aufgrund der betrieblichen Gegebenheiten für den Arbeitnehmer nur ein ganz anderes Aufgabenfeld in Betracht, ist dieses vorzuschlagen (§ 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG)[109]. Eine Sprachschulung sollte stets vor der personenbedingten Änderungskündigung versucht werden[110], doch auch § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG verlangt vom Arbeitgeber nicht, den überforderten Arbeitnehmer in seine unverändert geschuldeten Aufgaben[111] „hineinzuschulen" oder auf sie „hinzubilden". „Das KSchG verfolgt keine Zielsetzung nach dem BBiG"[112].

Kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer überhaupt nicht mehr verwenden, was bei fundamentalen Sprachdefiziten nicht selten der Fall sein dürfte, bleibt nur noch die personenbedingte Beendigungskündigung. Wenn das Sprachdefizit nicht Folge einer Krankheit[113] oder Behinderung[114] ist, hat der Arbeitnehmer auch keinen Anspruch auf einen „sprachleidensgerechten" Arbeitsplatz[115].

bb) Verhaltensbedingte Änderungskündigung

Wenn der Arbeitnehmer keinen Sprachkurs besuchen will, obwohl er müsste und könnte, ist seine sprachliche Leistungsfähigkeit verhaltensbedingt gemindert. Die Entgeltminderung durch Änderungskündigung könnte dieses Verhalten nicht beseitigen, weil es auf arbeitsplatzunabhängigen Umständen beruht[116]. Außerdem liefe diese Reaktion auf eine unzulässige „Privatstrafe" hinaus. Nur wenn zugleich das Aufgabenfeld den selbstverschuldet geminderten Sprachleistungen des Arbeitnehmers angepasst wird, kann eine „Strafversetzung"[117] mittels Änderungskündigung erreicht werden[118]. Eine Abmahnung muss aber auch ihr vorausgehen[119].

Ist kein Arbeitsplatz frei, dessen Sprachanforderungen der Arbeitnehmer gerecht werden kann, oder verletzt der Arbeitnehmer bewusst seine sprachlichen Leistungspflichten, bleibt nur noch die verhaltensbedingte Beendigungskündigung. In diesem Fall ist der Sprachverweigerer ein Arbeitsverweigerer[120].

3. *Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen*

Der Arbeitgeber kann das Arbeitsentgelt des sprachlich schlechtleistenden Arbeitnehmers auch faktisch mindern, indem er mit Schadensersatzansprüchen aufrechnet[121]. Den Arbeitnehmer trifft freilich keine Garantiehaftung, sondern er hat nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB), wofür der Arbeitgeber unter Umständen beweispflichtig sein kann (§ 619a BGB). Auch bei sprachlichen Pflichtverletzungen können dem Arbeitnehmer grundsätzlich die Regeln der privilegierten Arbeitnehmerhaftung (§ 254 BGB analog) zugutekommen.

a) Schadensersatz bei Verletzung der sprachlichen Hauptleistungspflicht

aa) Schadensersatz statt der Leistung

Wenn der Arbeitnehmer *nicht so gut spricht, wie er soll, obwohl er das ohne weiteres könnte*, verletzt er seine sprachliche Hauptleistungspflicht. Gleiches gilt bei bewusstem Miss- oder Nichtverstehen. Entstehen dem Arbeitgeber dadurch Schäden, ist der Arbeitnehmer nur dann zum Schadensersatz *statt* der Leistung verpflichtet, wenn er überhaupt keine Weisungen verstehen will oder überhaupt nicht spricht, obwohl dies zur Aufgabenerfüllung zwingend notwendig ist. Dann handelt es sich faktisch um Arbeitsverweigerung und damit Nichtleistung[122] (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB)[123]. Mangels eines betrieblichen Zusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden wird das Vertretenmüssen des Arbeitnehmers vermutet (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) und haftet er für den gesamten Schaden schon bei leichter Fahrlässigkeit.

bb) Schadensersatz neben der Leistung

Erbringt der Arbeitnehmer nur eine sprachliche Schlechtleistung, kann er zum Schadensersatz *neben* der Leistung verpflichtet sein (§ 280 Abs. 1 BGB). Weil der Arbeitgeber schwer beweisen kann, dass der Arbeitnehmer sein sprachliches Leistungsvermögen nicht ausschöpft, also nur nicht besser sprechen oder verstehen *will* (etwa um einer unliebsamen Aufgabe zu entgehen), ist die Rechtsprechung zur abgestuften Darlegungs- und Beweislast bei Kündigungen wegen Leistungsmängeln[124] heranzuziehen.

Bei der sprachlichen Schlechtleistung haftet der Arbeitnehmer wie bei anderen Schlechtleistungen nur privilegiert[125]. Freilich wird ein Arbeitnehmer, der sein sprachliches Leistungsvermögen nicht ausschöpft und extra schlecht spricht, hört oder versteht, dies meist vorsätzlich tun. Doch nach der Rechtsprechung muss sich der Vorsatz des Arbeitnehmers auch auf den Schadenseintritt beziehen, weshalb er nur grob fahr-

---

107) *Zaumseil* (Fn. 30), S. 188 ff.; ebenso *Rieble*, NZA-Beil. 3/2000, 34, 37.

108) BeckOKBGB/*Unberath* (Fn. 88), § 313 Rn. 88.

109) Freilich begründet § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG kein Beförderungsrecht, weshalb nur gleich- oder geringerwertige freie Stellen vorgeschlagen werden müssen, ErfK/*Oetker*, 12. Aufl. 2012, § 1 KSchG, Rn. 252; MünchKommBGB/*Hergenröder* (Fn. 5), § 1 KSchG, Rn. 109.

110) Dazu oben II. 3. b) aa) (S. 78).

111) Auch nicht auf eine Beförderungsstelle, MünchKommBGB/*Hergenröder* (Fn. 5), § 1 KSchG, Rn. 107.

112) ErfK/*Oetker* (Fn. 109), § 1 KSchG, Rn. 390.

113) Zum Anspruch auf einen krankheitsleidensgerechten Arbeitsplatz: MünchKommBGB/*Henssler* (Fn. 5), § 615 Rn. 31.

114) Zum Anspruch auf behindertengerechte Beschäftigung (§ 81 Abs. 4 SGB IX): *Boecken*, RdA 2012, 210 ff., *Mückl/Hiebert*, NZA 2010, 1259, 1260 ff.

115) Allerdings steuert das BAG darauf zu: BAG v. 13. 8. 2009 – 6 AZR 330/08, NZA-RR 2010, 420, Rn. 31 = AP BGB § 241 Nr. 4 mit krit. Anm. *Verstege*.

116) Zu diesem Kriterium: *Zaumseil* (Fn. 30), S. 190 f.

117) Der Arbeitnehmer kann genau dies bezweckt haben und damit im Grunde eine „Selbstversetzung" vornehmen, *Wallner* (Fn. 105), Rn. 422.

118) *Zaumseil* (Fn. 30), S. 202 f.; a.A. *Wallner* (Fn. 105), Rn. 423, der die Änderungskündigung ablehnt, weil sie die „Selbstversetzung" des Arbeitnehmers bestätige.

119) MünchKommBGB/*Hergenröder* (Fn. 5), § 2 KSchG, Rn. 78.

120) Arbeitszurückhaltung ist Nichterfüllung, *Richardi*, NZA 2002, 1004, 1010.

121) Die Pfändungsfreigrenzen sind zu beachten (§ 394 BGB i.V.m. §§ 850 ff. ZPO).

122) Dazu oben Fn. 120 (S. 80).

123) Staudinger-*Otto/Schwarze* (Fn. 9), § 281 Rn. C17; ist die Arbeitsleistung ausnahmsweise nachholbar, muss der Arbeitnehmer den Verspätungsschaden (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB) oder den Schaden statt der Leistung (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) ersetzen, Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 611 Rn. 710.

124) BAG v. 17. 1. 2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693, Rn. 17 ff.

125) Vgl. *Sedlmeier* (Fn. 8), S. 188.

lässig handelt, wenn er den Eintritt eines Schadens zwar für möglich hält, aber auf seinen Nichteintritt vertraut[126]. Der Arbeitgeber muss beweisen, dass der Arbeitnehmer die Schlechtleistung zu vertreten hat (§ 619a BGB)[127].

cc) Schadensersatz bei Ausschöpfen des Leistungsvermögens

Wenn der Arbeitnehmer *so gut spricht, wie er kann*, und dennoch seiner Sprachschuld nicht gerecht wird, ist zu differenzieren:

War es dem Arbeitnehmer *schon bei Vertragsschluss* unmöglich, den sprachlichen Anforderungen gerecht zu werden, haftet er wegen anfänglicher Unmöglichkeit (§ 311a Abs. 2 BGB)[128]. Auch Arbeitnehmer können sich zu Diensten verpflichten, die sie nicht erbringen können (§ 311a Abs. 1 BGB)[129]. Der Arbeitnehmer gibt bei Vertragsschluss aber kein vorbehaltloses Garantieversprechen ab, alle arbeitsvertraglich übernommenen Pflichten erfüllen zu können, sondern muss nur für persönliche Unzulänglichkeiten, die er bei Vertragsschluss kannte oder hätte kennen können[130], einstehen (§ 311a Abs. 2 Satz 2 BGB). Das „Unwissensverschulden" bedarf keiner spezifisch arbeitsrechtlichen Reduktion: Die Unbestimmtheit des vereinbarten Aufgabenspektrums schützt den Arbeitnehmer, denn wozu er vielleicht erst Jahre nach Vertragsschluss eingesetzt werden soll, muss er bei Vertragsschluss noch nicht ahnen. Nur soweit sich bei Vertragsschluss das Tätigkeitsbild schon konkret abzeichnet, muss sich der Arbeitnehmer selbstkritisch prüfen. Wer sich etwa verpflichtet, „Nacht- und Wechselschicht zu leisten", obwohl er weiß, dass er nachtschichtuntauglich ist, täuscht nicht nur arglistig i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB[131], sondern haftet auch nach § 311a Abs. 2 BGB. Da sich in diesem Fall kein Risiko realisiert, das mit der Organisationsmacht des Arbeitgebers zusammenhängt, gelten die Regeln der privilegierten Arbeitnehmerhaftung nicht[132] und kommt dem Arbeitnehmer auch keine Beweislastumkehr nach § 619a BGB zugute[133]. Es wird somit widerleglich vermutet, dass der Arbeitnehmer sein Leistungshindernis bei Vertragsschluss kannte und seine Unkenntnis auch zu vertreten hat (§ 311a Abs. 2 Satz 2 BGB). Die Widerlegung wird dem Arbeitnehmer umso leichter fallen, je stärker sich sein persönliches Leistungsvermögen oder die zugewiesenen Aufgaben seit Vertragsschluss geändert haben. Anfängliche Fehlinterpretationen der absehbaren Aufgaben gehen aber zulasten des Arbeitnehmers[134].

Kann der Arbeitnehmer hingegen *im Laufe des Arbeitsverhältnisses* nach und nach immer weniger dem gleichbleibenden sprachlichen Anforderungsprofil gerecht werden, verletzt er zumindest nicht seine Hauptleistungspflicht, denn er erbringt ja weiterhin seine Arbeitsleistung so gut, wie er kann[135].

dd) Mögliche Schadensposten des Arbeitgebers

Das Arbeitsentgelt, das ein Arbeitnehmer für die Zeit der Schlechtleistung bekommen hat, ist kein Schaden des Arbeitgebers[136]. Bei Nichtleistung entfällt schon der Vergütungsanspruch (§ 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB). Ersetzbarer Schaden ist jedoch das Arbeitsentgelt, das der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern zahlt, damit sie den sprachlich überforderten Arbeitnehmer ersetzen[137]. Springt der Arbeitgeber selbst ersatzweise ein, soll er sogar den hypothetischen Schaden ersetzt verlangen können, der ohne seinen persönlichen Einsatz entstanden wäre[138]. Auch entgangener Gewinn ist ersatzfähig (§ 252 BGB). Die Kosten, um eine Ersatzkraft anzuwerben, sind hingegen kein Schaden, soweit sie auch bei einer fristgemäßen ordentlichen Kündigung zum nächstmöglichen Termin entstanden wären[139]. Kann etwa ein englischsprachiger Kunde mit fester Kaufabsicht mit seinem gewünschten Verkäufer aufgrund sprachlicher Defizite von dessen Arbeitnehmer keinen Vertrag abschließen, entgeht dem Verkäufer ein Gewinn. Diesen kann der Verkäufer von seinem Arbeitnehmer ersetzt verlangen, wenn dieser „verhandlungssicheres Englisch" geschuldet hat und dahingehend seine Leistungsfähigkeit im Kundengespräch nicht ausgeschöpft hat.

b) Schadensersatz bei Verletzung der sprachbezogenen Leistungstreuepflicht

Wenn der Arbeitnehmer *nicht so gut spricht, wie er theoretisch könnte*, verletzt er die arbeitsvertragliche Nebenleistungspflicht, sein sprachliches Leistungsvermögen zu erhalten, und ist grundsätzlich zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)[140]. Im Wege der auch hier anzuwendenden abgestuften Darlegungs- und Beweislast muss der Arbeitnehmer dem substantiierten Vortrag des Arbeitgebers zum Sprachdefizit mit Tatsachen entgegentreten, die belegen, dass er sich – so gut er kann – bemüht hat, seine sprachliche Leistungsfähigkeit herzustellen und zu erhalten. Gelingt ihm das, ist er nicht zum Schadensersatz verpflichtet, kann aber personenbedingt (änderungs-)gekündigt werden[141]. Wenn der Arbeitnehmer hingegen zumutbare Anstrengungen vermissen lässt, um seine sprachliche Leistungsfähigkeit auf dem arbeitsvertraglichen Anforderungsniveau zu halten, ist ein daraus folgender Schaden des Arbeitgebers durch die außerbetriebliche Untätigkeit des Arbeitnehmers verursacht. Die Grundsätze über die privilegierte Arbeitnehmerhaftung sind daher ebenso wenig anwendbar wie § 619a BGB[142]; das Verschulden des Arbeitnehmers wird also vermutet und er haftet schon bei leichter Fahrlässigkeit für den ganzen Schaden.

Fraglich ist, welche Schadensposten des Arbeitgebers vom Schutzzweck der sprachbezogenen Leistungstreuepflicht des Arbeitnehmers erfasst sind. Zweck jeder Schadensersatzpflicht ist es, „den Geschädigten so zu stellen, wie er stünde, wenn sich der Schädiger ordnungsgemäß verhalten hätte"[143]. Die Pflicht des Arbeitnehmers, seine sprachliche Leistungsfähigkeit zu erhalten, dient dem Interesse des Arbeitgebers, seinen Arbeitnehmer stets im vertraglich vereinbarten Umfang einsetzen zu können. Eine Vermögensmehrung ist damit nicht verbunden, bis er dem Arbeitnehmer eine konkrete Aufgabe zuweist und damit von ihm zugleich die damit einhergehende Sprachleistung als Teil der Hauptleistungspflicht verlangt. Wenn der Arbeitnehmer seine sprachbezogene Leistungstreuepflicht schuldhaft verletzt, geht dem Arbeitgeber folglich nur eine Handlungsmöglichkeit verloren, weil er von seinem Arbeitnehmer Unmögliches billigerweise nicht verlangen kann[144]. Der Arbeitgeber hat also aus § 241 Abs. 2 BGB nur ein negatives Interesse, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht verliert; das positive Interesse an der Leistung schützt der Anspruch auf die Arbeitsleistung (§§ 611 Abs. 1, 280 Abs. 1

126) BAG v. 18. 4. 2002 – 8 AZR 348/01, NZA 2003, 37, 39.
127) Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 619a Rn. 21.
128) Vgl. Staudinger-*Löwisch*, Neubearb. 2005, § 311a Rn. 45.
129) Vgl. BAG v. 19. 10. 2011 – 7 AZR 743/10, AP BGB § 307 Nr. 61, Rn. 24.
130) Zur fahrlässigen Unkenntnis: MünchKommBGB/*Ernst* (Fn. 5), § 311a Rn. 50 f.
131) LAG Hessen v. 21. 9. 2011 – 8 Sa 109/11, juris.
132) Staudinger-*Löwisch* (Fn. 128), § 311a Rn. 45.
133) Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 619a Rn. 14.
134) Etwa das Missverständnis einer „Wechselschicht", LAG Hessen v. 21. 9. 2011 – 8 Sa 109/11, juris, Rn. 3.
135) Zum Schadensersatz wegen Verletzung der Leistungstreuepflicht sogleich III. 3. b).
136) MünchArbR/*Reichold* (Fn. 40), § 39 Rn. 63; a.A. *Peukert*, AcP 205 (2005), S. 430, 462; *Sedlmeier* (Fn. 8), S. 188 ff.
137) Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 611 Rn. 711.
138) Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 611 Rn. 711.
139) Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 611 Rn. 712.
140) BeckOKBGB/*Sutschet* (Fn. 33), § 241 Rn. 43; § 282 BGB scheidet bei Verletzung leistungsbezogener Nebenpflichten aus, Staudinger-*Otto/Schwarze* (Fn. 9), § 282 Rn. 25 f.
141) Dazu oben III. 2. b) aa) (S. 79 f.).
142) Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 619a Rn. 14 f.
143) MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 5), § 249 Rn. 127.
144) Dazu oben I. 3. (S. 74 f.).

BGB). Folglich erwächst aus der Verletzung der Leistungstreuepflicht des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber ein ersatzfähiger Schaden, wenn er eine Ersatzkraft einstellen muss, welche die Aufgaben übernimmt, die der leistungsuntreue Arbeitnehmer nicht (mehr) erbringen kann[145]. Nicht ersatzfähig ist dagegen der Gewinn, den der Arbeitgeber bei ordnungsgemäßer Erledigung der Aufgabe durch den sprachlich gehinderten Arbeitnehmer gemacht hätte[146].

4. Vertragsstrafe

Meist wird der sprachlich überforderte Arbeitnehmer „nur" zu einer Belastung für den ganzen Betrieb, ohne dass wirtschaftliche Schäden konkret nachgewiesen werden können. Deshalb bietet sich die Vereinbarung einer Vertragsstrafe[147] für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung der Sprachschuld an (§§ 339, 341 BGB). Ob der Arbeitgeber dafür ein besonderes „Strafbedürfnis" haben muss, ist umstritten[148], aber jedenfalls bei qualifizierten Sprachschulden und kaum möglichem individuellen Schadensnachweis zu bejahen. Um § 307 Abs. 1 BGB[149] gerecht zu werden, muss aber die zu sanktionierende Pflichtverletzung möglichst exakt beschrieben werden und die Strafe nach Höhe und Berechnung hinreichend bestimmt sein[150]. Soll die Erfüllung der Sprachschuld gesichert werden, ist deshalb das geforderte Sprachniveau möglichst genau zu umschreiben (etwa „verhandlungssicheres Englisch" oder „Hochdeutsch in Wort und Schrift") und die Höhe der Vertragsstrafe am Arbeitsentgelt auszurichten. Nur wenn eine bestimmte Sprachfertigkeit zugleich zentrale Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers ist (Fremdsprachenkorrespondent), wird mehr als ein Monatsgehalt angemessen sein. Das Verschuldensprinzip ist AGB-fest[151].

IV. Zusammenfassung

Wer konkrete sprachliche Leistungen von seinen Arbeitnehmern verlangen will, sollte diese in den Arbeitsvertrag schreiben. Andernfalls ist das vom Arbeitnehmer geschuldete Sprachniveau durch Auslegung aus dem Arbeitsvertrag, insbesondere aus dem vereinbarten Aufgabenspektrum zu entnehmen. Arbeitnehmern dürfen nur solche Aufgaben zugewiesen werden, deren sprachlichen Anforderungen sie gewachsen sind. Arbeitnehmer sind aber auch verpflichtet, ihre Sprachfähigkeiten insoweit zu erhalten, wie sie für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Die Leistungstreue ist zwar nicht einklagbar, ihre Verletzung kann den Arbeitgeber aber zum Ersatz seines negativen Interesses berechtigen. Das Arbeitsentgelt kann wegen Sprachdefiziten nicht einseitig gemindert werden. Ist ein Arbeitnehmer intellektuell nicht in der Lage, seine Sprachfähigkeiten auf das vertraglich geschuldete Niveau zu bringen, bleibt schließlich nur die personenbedingte (Änderungs-)Kündigung. Um die Unfähigkeit des Arbeitnehmers von seiner eventuellen Unwilligkeit zu unterscheiden, muss er an wenigstens einem Sprachkurs teilnehmen. Diesen muss der Arbeitnehmer auf eigene Kosten in seiner Freizeit besuchen. Nur wenn die Sprachanforderungen über das ursprünglich vereinbarte Niveau hinaus erhöht werden, trifft grundsätzlich den Arbeitgeber die Qualifizierungslast.

---

145) Nur die Mehrkosten bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin sind ersatzfähig, Staudinger-*Richardi/Fischinger* (Fn. 34), § 611 Rn. 712.

146) Vgl. MünchKommBGB/*Oetker* (Fn. 5), § 249 Rn. 129.

147) Eingehend zu effektiven Vertragsstrafen bei Vertragsbruch: *Günther/Nolde*, NZA 2012, 62 ff.

148) Dafür MünchArbR/*Reichold* (Fn. 40), § 39 Rn. 66; dagegen Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 339 Rn. 92.

149) Auf § 309 Nr. 6 BGB kommt es im Arbeitsverhältnis nicht an, Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 339 Rn. 79 ff.

150) Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 339 Rn. 96 ff.

151) Staudinger-*Rieble* (Fn. 9), § 339 Rn. 103.