

Qualität der Arbeit. Ob eine bestimmte Leistung als ordnungsgemäße Erfüllung oder als Schlechtleistung anzusehen ist, beurteilt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag, wie meistens, der Menge und der Qualität nach nicht oder nicht näher beschrieben, so richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers. Ein objektiver Maßstab (etwa § 243 Abs. 2 BGB) ist nicht anzusetzen (BAG 11.12.2003 NZA 2004, 784, 786). Da der Arbeitgeber aber bei einer Schlechtleistung nicht zur Minderung des Arbeitsentgelts berechtigt ist (Rn. 115), handelt es sich vorwiegend um ein kündigungsrechtliches Problem (s. § 1 KSchG Rn. 41).

2. Ort der Arbeit

Der Ort der Arbeitsleistung wird regelmäßig im Arbeitsvertrag vereinbart. Fehlt eine ausdrückliche Bestimmung, ist im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der näheren Umstände zu ermitteln, wo der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen hat (§ 269 Abs. 1 BGB). 95

Wie bei der Art der geschuldeten Arbeitsleistung steht dem Arbeitgeber zur näheren Konkretisierung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers auch hinsichtlich des Arbeitsortes das **Direktionsrecht** aus § 106 GewO zu. Dieses berechtigt den Arbeitgeber regelmäßig, den Arbeitsort des Arbeitnehmers innerhalb derselben Stadt zu verändern, wenn beispielsweise der Betriebssitz verlegt oder der Arbeitnehmer in einer anderen Filiale beschäftigt werden soll. Ob eine weitergehende Veränderung des Arbeitsorts, etwa bei Verlegung des Unternehmens in eine andere Stadt, noch im Wege des Direktionsrechts erfolgen kann, hängt davon ab, ob die geänderte Ortsbestimmung mit zwingendem Recht (z. B. dem Maßregelungsverbot des § 612a BGB und dem Schikaneverbot des § 226 BGB) vereinbar ist, kollektivrechtliche Regeln wie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 99 Abs. 1 BetrVG beachtet sind und sie billigem Ermessen entspricht (§ 106 GewO Rn. 8). 96

3. Arbeitszeit

a) Dauer der Arbeitszeit

Die **geschuldete Dauer** der Arbeitszeit (typischerweise, aber nicht zwingend der wöchentlichen Arbeitszeit) wird von den Arbeitsvertragsparteien entweder durch Bezugnahme auf die tarifliche oder im Betrieb übliche Arbeitszeit oder – insbesondere bei Teilzeitbeschäftigungen – individuell vereinbart. Treffen die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung über die Arbeitszeit, so gilt im Zweifel die betriebliche Arbeitszeit als vereinbart. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats kann nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bestehen; zur Überstundenpauschalierung im Arbeitsvertrag § 307 BGB Rn. 2; zur Schaffung eines Systems zur Aufzeichnung von Arbeitszeit s. § 16 ArbZG Rn. 1. 97

Die **gesetzliche Höchstgrenze** beträgt acht Stunden je Werktag (Montag bis Samstag); sie kann auf bis zu zehn Stunden verlängert werden, wenn innerhalb eines halben Jahres der Durchschnitt von acht Stunden werktäglich nicht überschritten wird (§ 3 ArbZG). Sonderregelungen enthalten die §§ 8 ff. JArbSchG, 4 ff. MuSchG und § 164 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX. Zur Abgrenzung von Arbeits- und Ruhezeit s. § 2 ArbZG Rn. 1 f. 98

99 Arbeit i. S. d. § 611a BGB ist nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt (BAG 17.10.2018 NZA 2019, 159 Rn. 13). Arbeit ist damit jede Tätigkeit, die der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient (BAG 15.7.2021 NZA 2021, 1720 Rn. 30). Entsprechend bestimmt sich der **Beginn und das Ende der Arbeit**. Besondere Regelungen können sich aus kollektivrechtlichen Regelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen ergeben.

Beispiele: Der Weg von der Wohnung zum Betrieb ist eigennützig und daher keine Arbeit. Insbesondere beim Umkleiden kommt es darauf an, ob der Schwerpunkt darauf liegt, überhaupt angemessen bekleidet zu sein – dann dient das **Umkleiden** dem eigenen Interesse – oder ob eine bestimmte Bekleidung (z. B. Schutzkleidung, BAG 21.7.2021 NZA 2021, 1659 Rn. 16) nach Weisung des Arbeitgebers angelegt wird. Das Ankleiden mit einer vorgeschriebenen Dienstkleidung ist nur dann nicht lediglich fremdnützig und damit keine Arbeitszeit, wenn sie zu Hause angelegt und – ohne besonders auffällig zu sein – auf dem Weg zur Arbeitsstätte getragen werden kann (BAG 15.7.2021 NZA 2021, 1720 Rn. 30).

100 **Kurzarbeit** kann der Arbeitgeber nicht einseitig anordnen, wenn dies – wie regelmäßig – nicht ausdrücklich vertraglich vorgesehen ist (in Formulararbeitsverträgen müsste sich eine entsprechende Vereinbarung im Übrigen an § 308 Nr. 4 BGB messen lassen). Er bedarf dazu einer entsprechenden kollektivrechtlichen Grundlage, die entweder in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung (§ 77 BetrVG, Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) liegen kann. Fehlt es an einer entsprechenden Rechtsgrundlage, ist die Anordnung von Kurzarbeit unwirksam und der Arbeitgeber gerät in Annahmeverzug (§ 615 Satz 1 BGB). Für **Überstunden** gilt Entsprechendes. Auch hier bedarf der Arbeitgeber zu deren Anordnung einer einzel- oder kollektivvertraglichen Grundlage, es sei denn, dass der Arbeitnehmer wegen eines Notfalles nach Treu und Glauben zur Ableistung von Überstunden verpflichtet ist.

b) Lage der Arbeitszeit

101 Hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit steht dem Arbeitgeber im Rahmen der ausdrücklich oder konkludent getroffenen Vereinbarungen, der kollektivrechtlichen Regelungen (Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) sowie der gesetzlichen Bestimmungen das **Direktionsrecht** aus § 106 Satz 1 GewO zu (BAG 23.9.2004 NZA 2005, 359). Dabei muss er insbesondere beachten, dass Arbeitnehmer nach spätestens sechs Arbeitsstunden Anspruch auf eine **Ruhepause** haben (§ 4 ArbZG) und zwischen der Beendigung der Arbeit und ihrem Wiederbeginn mindestens elf Stunden liegen müssen (§ 5 Abs. 1 ArbZG).

II. Nebenpflichten

102 Die den Arbeitnehmer treffenden Nebenpflichten, die nicht im Synallagma der §§ 320 ff. BGB stehen, werden traditionell als **Treuepflichten** bezeichnet. Nicht anders als auf Seiten des Arbeitgebers (→ Rn. 83f.) geht es aber auch hier lediglich um die in § 241 Abs. 2 BGB angesprochene Pflicht, Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners nicht zu beeinträchtigen. Einzelne Nebenpflichten des Arbeitnehmers haben eine spezialgesetzliche Ausprägung erfahren, so etwa die Pflicht, eine zur Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen und vom vierten Tage an ein ärztliches Attest vorzulegen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 EFZG).

1. Außerdienstliches Verhalten

Es besteht keine Verpflichtung des Arbeitnehmers zu einem bestimmten außerdienstlichen Verhalten, etwa dergestalt, dass er ein ordentliches Leben führen und seine Arbeitsfähigkeit und Leistungskraft erhalten müsste. Die Gestaltung des privaten Lebensbereiches steht grundsätzlich außerhalb der Einflussphäre des Arbeitgebers. Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass sich das private Verhalten auf den betrieblichen Bereich auswirkt und dort zu Störungen führt (BAG 23.6.1994 NZA 1994, 1080, 1081). 103

Beispiele: Ein Berufskraftfahrer darf seine Fahrtüchtigkeit nicht durch die Einnahme von „Crystal Meth“ in der Freizeit gefährden (BAG 20.10.2016 NZA 2016, 1527). Kindergärtner, Lehrer und Erzieher dürfen auch außerdienstlich keine Handlungen begehen, die ernsthafte Zweifel an ihrer Eignung zur Erziehung junger Menschen begründen. Wer in sicherheitsrelevanten Bereichen tätig ist, darf sich nicht in extremistischen Gruppen engagieren (vgl. auch Picker, RdA 2020, 317 und RdA 2021, 33).

Das gilt heute auch für den **öffentlichen Dienst** (BAG 10.9.2009 NZA 2010, 220, 221; 28.10.2010 NZA 2011, 112, 113f.; anders früher BAG 21.6.2001 NZA 2002, 1030, 1031). Strengere Maßstäbe können allenfalls an Arbeitnehmer angelegt werden, denen hoheitliche Aufgaben übertragen sind. Mit einer außerdienstlich begangenen Straftat verstoßen Arbeitnehmer aber dann u.U. gegen ihre Rücksichtnahmepflicht, wenn die Straftat einen Bezug zu ihren arbeitsvertraglichen Verpflichtungen oder zu ihrer Tätigkeit hat (BAG 20.6.2013 NZA 2013, 1345 Rn. 26: angestellter Polizist betreibt Drogenhandel). Zu Loyalitätsanforderungen der Kirchen § 9 AGG Rn. 2f. 104

2. Nebentätigkeiten, Wettbewerbsverbot

Der Arbeitnehmer stellt mit dem Arbeitsvertrag dem Arbeitgeber nicht seine gesamte Arbeitskraft, sondern diese lediglich zeitlich begrenzt zur Verfügung. Er ist daher grundsätzlich berechtigt, in seiner Freizeit einer **Nebenbeschäftigung** nachzugehen. Dies kann ihm auch nicht ohne weiteres durch eine entsprechende Vertragsklausel untersagt werden, weil eine solche mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit des Arbeitnehmers (Art. 12 Abs. 1 GG) in Konflikt geriete (BAG 19.12.2019 NZA 2020, 952) und ihn i. S. von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligte (BAG 18.1.1996 NZA 1997, 41, 42). 105

Gleichwohl kann der Arbeitnehmer durch die Ausübung einer Nebentätigkeit in Konflikt mit seinen aus § 241 Abs. 2 BGB resultierenden Nebenpflichten geraten. Außerdem darf er durch die Nebenbeschäftigung die gesetzliche **Höchstarbeitszeit** (§ 3 Abs. 1 ArbZG) nicht überschreiten und muss die Ruhezeiten (§ 5 ArbZG) wahren (vgl. BAG 26.6.2001 NZA 2002, 98, 99). Weiterhin verbietet § 8 BUrlG, während des gesetzlichen Mindesturlaubs eine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit auszuüben; dasselbe gilt für Beschäftigungen, die während einer zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung den Genesungsprozess nachhaltig verzögern. Schließlich darf durch die Nebentätigkeit die Arbeitskraft nicht erheblich beeinträchtigt werden und insbesondere die Nebentätigkeit nicht während der Arbeitszeit im Hauptberuf ausgeübt werden (Letzteres stellte sogar die Verletzung einer Hauptpflicht dar). 106

Das in § 60 HGB für kaufmännische Handlungsgehilfen normierte **Wettbewerbsverbot** findet auf alle Arbeitnehmer (entsprechende) Anwendung (BAG 20.9.2006 NZA 2007, 977 Rn. 16). Während des rechtlichen Bestandes eines Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitnehmer grundsätzlich jede Konkurrenztaetigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt, auch wenn der Einzelarbeitsvertrag keine ausdrückliche Regelung enthält (§ 60 HGB Rn. 2). 107

- 108 Das dem Arbeitsvertrag als Nebenpflicht immanente Wettbewerbsverbot besteht aber lediglich für die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Ein **nachvertragliches Wettbewerbsverbot** muss ausdrücklich vereinbart werden und ist nur nach Maßgabe des § 110 GewO i. V. mit §§ 74 ff. HGB wirksam.

3. Verschwiegenheitspflichten, Geheimnisschutz, Whistleblowing

- 109 Die Pflicht des Arbeitnehmers, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seines Arbeitgebers zu wahren, ist teilweise ausdrücklich im Gesetz normiert (z. B. § 203 StGB, § 13 Nr. 6 BBiG, §§ 1, 23 GeschGehG.). Im Übrigen ergibt sie sich auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung als **Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB** (BAG 8.5.2014 NZA 2014, 1258 Rn. 26). Arbeitsvertragliche Klauseln, die Stillschweigen des Arbeitnehmers in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse vorsehen, konstituieren kein über die allgemeine Verschwiegenheitspflicht hinausgehendes Pflichtenprogramm.
- 110 Das BAG (13.2.2007 NZA 2007, 1121 Rn. 32) hat den Begriff des Geschäftsgeheimnisses zunächst rechtsfortbildend entwickelt, dieser ist um das Kriterium der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ zu ergänzen, das sich in § 2 Nr. 1 GeschGehG findet, weil vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG kein sachlicher Grund ersichtlich ist, warum gerade Arbeitnehmer im Sinn einer vertraglichen Nebenpflicht strenger (nach dem Geschäftsgeheimnisbegriff ohne „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“) behandelt werden sollen als alle anderen, die mit Geschäftsgeheimnissen in Berührung kommen. **Geschäftsgeheimnis** ist danach eine Information a) die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und b) die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht. Kernmerkmal ist das berechnete Geheimhaltungsinteresse; hier sind die gegenläufigen Interessen unter Einbeziehung verfassungsrechtlicher Wertungen zum Ausgleich zu bringen.
- 111 Besonders umstritten ist das Spannungsverhältnis der Verschwiegenheits- und Rücksichtnahmepflichten zu den staatsbürgerlichen (oder moralischen) Pflichten, an der Verhinderung und Aufklärung von Straftaten (auch und insbesondere solchen, die der Arbeitgeber begangen hat) oder sonstigem anstößigen Verhalten mitzuwirken („**Whistleblowing**“). Das BAG hat dazu verschiedene Grundsätze aufgestellt. So soll eine Pflichtverletzung sowohl bei vorsätzlichen oder grob fahrlässigen wie auch bei unverhältnismäßigen Anzeigen sein, wobei für die Verhältnismäßigkeit auch die Motivation des Anzeigenden eine Rolle spielen soll (BAG 15.12.2016 NZA 2017, 703 Rn. 15). Vorrangig kann nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch als milderes Mittel eine innerbetriebliche Meldung sein, die aber dann nicht zumutbar ist, wenn sich der Arbeitnehmer bei Nichtanzeige der Strafverfolgung aussetzen würde oder wenn bei lebensnaher Betrachtung Abhilfe nicht zu erwarten ist (BAG 2.7.2003 NZA 2004, 427; 7.12.2006 NZA 2007, 502 Rn. 17).
- 112 Das **Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG)** trifft in Umsetzung von RL 2019/1937 Sonderregeln zum Schutz von Personen, die Verstöße insbesondere gegen bestimmte Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder und Rechtsakte der Europäischen Union (§ 2 HinSchG) melden. Es enthält ein Verbot von Repressalien (§ 36 Abs. 1 S. 1 HinSchG) mit einer Beweislastumkehr (§ 36 Abs. 2 HinSchG) und einen Schadensersatzanspruch bei einem Verstoß gegen das Verbot von Repressalien (§ 37 Abs. 1 HinSchG).

III. Schlechtleistung und Haftung

1. Verletzung von Hauptpflichten

Ein **Verzug** des Arbeitnehmers mit der Arbeitsleistung ist wegen des Fixschuldcharakters der Leistungspflicht regelmäßig ausgeschlossen (§ 275 BGB Rn. 1). Vielmehr tritt, wenn der Arbeitnehmer die geschuldete Dienstleistung nicht zur rechten Zeit am rechten Ort erbringt, regelmäßig sofort **Unmöglichkeit** ein, wodurch der Arbeitnehmer von seiner Leistungspflicht befreit, also zur Nachleistung weder berechtigt noch verpflichtet ist, § 275 BGB. Dies gilt unabhängig davon, ob er die Nichtleistung zu vertreten hat oder nicht. Allerdings **verliert** er nach der Grundregel des § 326 Abs. 1 BGB damit zugleich seinen Anspruch auf das **Arbeitsentgelt**. Etwas anderes gilt nur dann, wenn er auf Grund einer besonderen Bestimmung sein Entgelt auch ohne Arbeitsleistung verlangen kann, wie etwa in den Fällen des § 615 BGB, der unverschuldeten persönlichen Verhinderung (§ 616 BGB), der zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankung (§ 3 EFZG) oder des Urlaubs (§ 11 BUrtG), s. jeweils die Kommentierungen dort.

Hat der Arbeitnehmer die Unmöglichkeit zu vertreten, schuldet er nach Maßgabe der § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB **Schadensersatz** statt der Leistung. Das Rücktrittsrecht aus § 323 BGB steht dem Arbeitgeber demgegenüber nicht zu, vielmehr ist er auf das Recht zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung nach Maßgabe der § 1 KSchG, § 626 BGB beschränkt.

Bei bloßer **Slechtleistung** der Arbeit steht dem Arbeitgeber kein Recht zur Minderung des Arbeitsentgelts zu. Da das Recht des Dienstvertrages im Gegensatz zu Kauf (§ 441 BGB), Miete (§ 536 BGB) und Werkvertrag (§ 638 BGB) ein solches Recht nicht vorsieht, muss der Arbeitgeber den geschuldeten Zeitlohn auch dann in voller Höhe entrichten, wenn der Arbeitnehmer mangelhaft gearbeitet hat (BAG 17.7.1970 NJW 1971, 111, 111; ebenso für das Dienstvertragsrecht BGH 15.7.2004 NJW 2004, 2817, 2817). Den Lohnanspruch verliert der Arbeitnehmer nur bei echter Nichtleistung (z.B. Überdehnen der Pausen), wobei die Abgrenzung der „passiven Resistenz“ zur bewussten Langsamarbeit und damit zur bloßen Schlechtleistung im Einzelfall schwierig sein kann und sich in der Praxis häufig nur über die (dem Arbeitgeber obliegende) Darlegungs- und Beweislast lösen lässt.

Erleidet der Arbeitgeber allerdings durch die Schlechtleistung einen echten **Schaden** i. S. der §§ 249 ff. BGB, kann er diesen aus § 280 Abs. 1 BGB und – wenn sein Eigentum oder ein anderes absolut geschütztes Recht oder Rechtsgut beeinträchtigt worden ist – aus § 823 Abs. 1 und 2 BGB unter den allgemeinen Voraussetzungen ersetzt verlangen. Allerdings trägt er dabei gem. § 619a BGB abweichend von § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB die Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung zu vertreten hat; außerdem muss er sich entsprechend § 254 BGB sein Betriebs- und Wirtschaftsrisiko schadensmindernd entgegenhalten lassen (näher § 619a BGB Rn. 10 ff.).

Schaden in diesem Sinne ist jedoch **nicht** schon das vom Arbeitgeber zu entrichtende **Arbeitsentgelt**. Der hier allein in Betracht kommende Vermögensschaden setzt nämlich voraus, dass der jetzige tatsächliche Wert des Vermögens des geschädigten Arbeitgebers geringer ist als der Wert, den sein Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis (die Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer) haben würde (sog. Differenzhypothese). Ohne die Pflichtverletzung müsste der Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung aber zweifelsohne entrichten.

2. Verletzung von Nebenpflichten

Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer **Erfüllung** der Nebenpflichten bzw. in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB **Unterlassung** aller Handlungen (z.B.

von verbotenen Nebentätigkeiten für einen Wettbewerber) verlangen, die der Arbeitnehmer nicht vornehmen darf. Er kann ferner **Schadensersatz** wegen Pflichtverletzung aus § 280 BGB und ggf. auch aus § 823 Abs. 1 BGB beanspruchen, wenn der Arbeitnehmer ihm durch sein Fehlverhalten einen Schaden zufügt, wobei ihm bei der Schadensberechnung nach den Regeln über den innerbetrieblichen Schadensausgleich sein Betriebs- und Wirtschaftsrisiko entsprechend § 254 BGB anspruchsmindernd entgegengehalten werden kann (näher § 619a BGB Rn. 10 ff.). Ansprüche auf Ersatz eines **Personenschadens** können nach § 105 SGB VII (dort Rn. 8f.) jedoch vollständig ausgeschlossen sein. Schließlich kommen – je nach Art und Schwere der Pflichtverletzung – auch eine Abmahnung, eine ordentliche oder eine außerordentliche **Kündigung** in Betracht.

E. Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses

- 119 Die Parteien können vereinbaren, dass eine oder beide Seiten auch über das Arbeitsverhältnis hinaus echte **Leistungspflichten** treffen. Dies gilt insbesondere für die vom Arbeitgeber zugesagte betriebliche Altersversorgung (Betriebsrente nach dem BetrAVG) oder das vom Arbeitnehmer nach Maßgabe der § 110 GewO, § 74 ff. HGB zugesagte nachvertragliche Wettbewerbsverbot (dazu § 74 HGB Rn. 1 ff.).
- 120 Darüber hinaus wirken – wie bei vielen Schuldverhältnissen – zahlreiche **Nebenschlichten** auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus.
- 121 Der **Arbeitgeber** hat dem Arbeitnehmer ein Zeugnis zu erstellen (§ 109 GewO), die Arbeitspapiere herauszugeben und auf dessen Wunsch Dritten (z.B. potenziellen neuen Arbeitgebern) Auskünfte zu erteilen (BAG 18.12.1984 NZA 1985, 811, 811).
- 122 Der **Arbeitnehmer** hat Eigentum des Arbeitgebers (Schlüssel, Werkzeug etc.) schon gem. § 985 BGB herauszugeben. Arbeitsergebnisse sowie Geschäftsunterlagen (etwa Kundenkarteien), stehen häufig selbst dann, wenn sie vom Arbeitnehmer erstellt worden sind, im Eigentum des Arbeitgebers, weil dieser – und nicht der Arbeitnehmer – Hersteller i.S. von § 950 BGB ist (BGH 26.10.1951 NJW 1952, 661, 662); auch sie können daher gem. § 985 BGB herausverlangt werden. Im Übrigen können Herausgabeansprüche auf eine analoge Anwendung des § 667 BGB gestützt werden (BAG 11.4.2006 NZA 2006, 1089, 1091; zu Bonusmeilen, die dem Arbeitnehmer für vom Arbeitgeber bezahlte dienstliche Flugreisen persönlich gutgeschrieben wurden; BAG 21.8.2014 NZA 2015, 94, 97).
- 123 Die **Verschwiegenheitspflicht** (oben Rn. 109f.) wirkt auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus, soweit der Arbeitnehmer dadurch nicht in seiner Berufsausübung unzumutbar beschränkt wird (BAG 15.12.1987 NZA 1988, 502, 503). Bei ihrer Verletzung kann der Arbeitgeber Schadensersatz nach Maßgabe der § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB beanspruchen, weil mit dem Verrat des Geheimnisses die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht objektiv unmöglich geworden ist.

§ 612 Vergütung

(1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Pflichtstoff (*)** in allen Bundesländern. In BE, BB, NI, NW, RP, SH, SL und ST nur im Überblick bzw. in den Grundzügen.

Literatur: Hengstberger, Grundfälle zur Lohnhöhe im Arbeitsrecht, JuS 2021, 1012ff.; Latzel/Grzeski, Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers, Jura 2020, 1200ff.

1. Fiktion einer Vergütungsvereinbarung (Abs. 1)

Haben die Parteien sich nicht oder nicht wirksam über die Höhe der Vergütung verständigt, liegt ein offener Dissens vor. Zum Schutz des Arbeitnehmers ist der Vertrag entgegen § 154 BGB in diesen Fällen jedoch nicht unwirksam, vielmehr gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart. Die Bedeutung der Bestimmung resultiert daraus, dass sie nicht nur bei **fehlender**, sondern auch bei **unwirksamer Entgeltabrede**, insbesondere also bei vertraglicher Vereinbarung eines sittenwidrig niedrigen Lohns (§ 138 BGB Rn. 2ff.), Anwendung findet (BAG 17.4.2002 NZA 2002, 1334, 1335).

Ob der Dienstleistende eine Vergütung erwarten durfte, hängt von der objektiven Gesamtlage des Einzelfalles ab. Keine Vergütung wird bei bloßen Gefälligkeitsverhältnissen, ehrenamtlicher Tätigkeit oder bei Beschäftigungen auf familien- oder vereinsrechtlicher Grundlage (§ 611 BGB Rn. 7ff.) erwartet. Demgegenüber werden **Überstunden** und andere **Sonderleistungen** eines Arbeitnehmers üblicherweise vergütet, sodass hier, wenn nichts anderes vereinbart ist, Abs. 1 zur Anwendung kommt (BAG 29.1.2003 AP Nr. 66 zu § 612 BGB; anders aber für angestellte Rechtsanwälte in Großkanzleien BAG 17.8.2011 NZA 2011, 1335, 1337).

2. Höhe der Vergütung (Abs. 2)

Eine „taxmäßige“ Vergütung besteht für Arbeitnehmer, anders als für bestimmte freie Dienstverträge (z.B. Rechtsanwaltsvergütungsgesetz RVG, Honorarordnung für Architekten und Ingenieure HOAI, Gebührenordnung für Ärzte bzw. Zahnärzte GOÄ und GOZ), nicht. Die „übliche Vergütung“ ist im Zweifel der **Tariflohn** einschließlich aller tariflichen Sonderleistungen wie Weihnachts- und Urlaubsgeld (BAG 14.6.1994 NZA 1995, 178, 180; 27.7.2010 AP BBiG § 4 Nr. 3 Rn. 29ff.). Fehlt es an einer einschlägigen tariflichen Regelung und bestehen auch sonst keine Anhaltspunkte für die Höhe der üblichen Vergütung, steht dem Arbeitgeber analog §§ 315, 316 BGB ein Leistungsbestimmungsrecht zu, das von den Gerichten nur daraufhin überprüft werden kann, ob es nach billigem Ermessen ausgeübt worden ist (BAG 21.11.2001 NZA 2002, 624, 627).

Ist ein Dienst-, Werk- oder sonstiger Vertrag tatsächlich entgegen der getroffenen Vereinbarung als Arbeitsvertrag einzuordnen, richtet sich die übliche Vergütung nicht nach den (höheren) Honorarbezügen, sondern nach der für Arbeitsverhältnisse üblichen Vergütung (BAG 26.2.2019 NZA 2019, 1558).

§ 612a Maßregelungsverbot

Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.

Pflichtstoff (*)** in allen Bundesländern. In BE, BB, NI, NW, RP, SH, SL und ST nur im Überblick bzw. in den Grundzügen.

1. Voraussetzungen des Maßregelungsverbots

- 1 **Maßregelungsverbot**
1. Zulässige Ausübung eines Rechts durch den Arbeitnehmer
 - a) Ausübung eines individual- oder kollektivrechtlich begründeten Rechts
 - b) in objektiv zulässiger Weise (h. M.; nach a. A. genügt, dass der Arbeitnehmer ohne Fahrlässigkeit von der Existenz des Rechts ausging)
 2. Vereinbarung oder Maßnahme
 3. Benachteiligung des Arbeitnehmers durch
 - a) Vorenthaltung von Vorteilen oder
 - b) Zufügung von Nachteilen
 4. Qualifizierte Kausalität: Ausübung des Rechts war nicht nur Anlass, sondern Motiv für den Arbeitgeber
- 2 Voraussetzung der Norm ist, dass der Arbeitnehmer in **zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt** hat. Gleichgültig ist, ob es sich hierbei um individualrechtliche Rechtspositionen (Ausübung eines dem Arbeitnehmer nach § 273 BGB zustehenden Zurückbehaltungsrechts, Verweigerung von Überstunden, zu deren Ableistung der Arbeitnehmer nicht verpflichtet war, etc.) oder um kollektivrechtlich begründete Positionen (wie die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik) handelt. **Umstritten** ist nur, ob das ausgeübte Recht tatsächlich bestanden haben muss (so die h. M.) oder ob es ausreicht, dass der Arbeitnehmer ohne Verschulden irrtümlich von der Existenz des Rechts ausgegangen ist.
- 3 Bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht benachteiligen. **Vereinbarung** ist jedes zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäft, also neben Vertragsänderung und -beendigung auch die betriebliche Übung (§ 242 BGB Rn. 2 ff.), die Gesamtzusage (§ 611a BGB Rn. 62) oder eine Betriebsvereinbarung (§ 77 BetrVG Rn. 7 ff.). **Maßnahme** ist jede einseitige Handlung des Arbeitgebers, gleichgültig, ob sie Rechtsgeschäft, geschäftsähnliche Handlung oder Realakt ist. **Benachteiligung** ist sowohl die Vorenthaltung von Vorteilen als auch die Zufügung von Nachteilen (vgl. BAG 7.11.2002 NZA 2003, 1139, 1141; 15.2.2005 NZA 2005, 1117, 1121); ob eine Vereinbarung oder Maßnahme in diesem Sinne nachteilig ist, kann nur durch einen Vergleich festgestellt werden. Ein subjektives Element, gar eine Benachteiligungsabsicht, ist nicht erforderlich, es genügt die objektive Ungleichbehandlung.
- 4 Die Ausübung des Rechts muss für die Benachteiligung **qualifiziert kausal** gewesen sein. Dafür ist erforderlich, dass die Rechtsausübung für die Vereinbarung oder Maßnahme nicht nur in irgendeiner Weise auch ursächlich und nicht nur deren äußerer Anlass, sondern der tragende Beweggrund, d. h. das wesentliche Motiv gewesen ist (BAG 22.9.2005 NZA 2006, 429, 430; 18.11.2021 NZA 2022, 200 Rn. 28). Wenn der Entschluss des Arbeitgebers nicht nur wesentlich, sondern ausschließlich durch die zulässige Rechtsverfolgung des Arbeitnehmers bestimmt gewesen ist, dann deckt sich das Motiv des Arbeitgebers mit dem objektiven Anlass für die Vereinbarung oder Maßnahme. Es ist dann unerheblich, ob sie rechtmäßig hätte erfolgen können, weil sich ein möglicherweise vorliegender anderer Grund auf den Entschluss nicht kausal ausgewirkt hat und deswegen als bestimmendes Motiv für die Vereinbarung oder Maßnahme ausscheidet (BAG 2.4.1987 NZA 1988, 18, 19).

2. Rechtsfolgen des Maßregelungsverbots

- 5 Ein **Rechtsgeschäft**, das gegen § 612a BGB verstößt, ist gem. § 134 BGB nichtig, eine **Maßnahme** rechtswidrig. Je nachdem, bei welcher Maßnahme oder Vereinbarung der Arbeitnehmer benachteiligt worden ist und je nachdem, ob die Benachteiligung