

Nebentätigkeiten – was geht, was geht nicht?

RA Joachim Schwede, Aichach

Ein aktuelles Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg (ArbRAktuell 2020, XXX m. Anm. *Hilgenstock*) gibt Anlass dazu, eine geradezu alltägliche Fragestellung der arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung genauer zu betrachten. Wie sieht es aus mit der Regelung von Nebentätigkeiten, was ist erlaubt, können sie vollständig verboten werden und was sind die Folgen von Verstößen gegen vertragliche Festlegungen?

I. Gesellschaftliche Relevanz

Nach einer Statistik des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB; <https://de.statista.com/infografik/1171/erwerbstaetige-in-deutschland-mit-nebenjob/>) hatten Anfang des Jahres 2020 etwa 4,1 Millionen Arbeitnehmer einen Nebenjob. Damit hat sich deren Zahl seit 2003 verdoppelt (<https://www.tagesschau.de/inland/mindestlohn-minijobs-faq-101.html>) und beträgt jetzt mehr als 10 % der Gesamtzahl der Erwerbstätigen in Deutschland (<https://www.sueddeutsche.de/karriere/arbeitsmarkt-millionen-mit-nebenjobs-neuer-rekord-in-deutschland-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200121-99-568359>). Die Gründe sind vielfältig: Ca. 53 % nennen finanzielle Nöte als ausschlaggebenden Grund. Weitere wichtige Gründe für Nebentätigkeiten sind lukrative Einkommen, Verwirklichung einer Leidenschaft und die Zusammenarbeit mit anderen Menschen, die soziale Absicherung sowie Spaß oder der Prestigegewinn durch die Nebentätigkeit (<https://www.tagesschau.de/inland/mindestlohn-minijobs-faq-101.html>).

II. Arbeitsrechtliche Problemstellungen bei Nebentätigkeiten

Der hohe Anteil von Beschäftigten, die einer Nebentätigkeit nachgehen, lässt auch die arbeitsrechtlichen Fragestellungen, die sich in diesem Zusammenhang ergeben können, in der täglichen Praxis an Relevanz gewinnen. Natürlich stellt sich zuerst die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Tätigkeit, aber auch die nach den Möglichkeiten, eine einmal gewährte Nebentätigkeitserlaubnis wieder aus der Welt zu schaffen. Welche Folgen hat es außerdem, wenn die Belastungen durch den Nebenjob so ausufernd sind, dass die Haupttätigkeit darunter leidet? Und inwieweit ist der Arbeitgeber der Haupttätigkeit verpflichtet, sich um die Rahmenbedingungen der Nebentätigkeit überhaupt zu kümmern?

1. Die Gestattung der Nebentätigkeit

Das Gesetz schweigt zur Frage, ob eine Nebentätigkeit ausgeübt werden darf oder nicht. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass eine solche gestattet ist, so lange sie nicht anderweitig reguliert oder gar verboten worden ist.

In **Tarifverträgen** finden sich durchaus Regulierungen zu Nebentätigkeiten. § 3 III TVöD regelt z. B., dass Nebentätigkeiten gegen Entgelt von den Beschäftigten ihrem Arbeitgeber rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen sind. Der Arbeitgeber kann danach „*die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen*“,

Schwede: Nebentätigkeiten – was geht, was geht nicht?(ArbRAktuell 2020, 439)

440

wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechnigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen“.

Die AVR der Caritas regeln z. B. in § 5 die Einzelheiten der Nebentätigkeit: Die Ausübung einer Nebentätigkeit ist danach grundsätzlich zulässig. Und: *„Über die Aufnahme einer Nebentätigkeit ist der Dienstgeber zu unterrichten. Eine Nebentätigkeit ist unzulässig, wenn dadurch die Arbeitskraft der Mitarbeiter oder berechnete Interessen des Dienstgebers erheblich beeinträchtigt werden. In diesem Fall kann der Dienstgeber eine Nebentätigkeit untersagen bzw. die Erlaubnis zur Nebentätigkeit einschränken.“*

Der Manteltarifvertrag für ArbeitnehmerInnen des Buchhandels und der Verlage in Bayern vom 1.10.2010 geht z. B. einen anderen Weg, indem er in § 17 regelt, wann eine Nebentätigkeit unzulässig wird. Diese Regelung geht also von einer grundsätzlichen Zulässigkeit aus.

Sind keine Tarifverträge anwendbar, so ist unbedingt daran zu denken, die Durchführung von Nebentätigkeiten im **Arbeitsvertrag** zu regeln, ggfs. – sollte das bislang nicht der Fall gewesen sein, nun aber akut werden – einen entsprechenden Nachtrag zum Arbeitsvertrag zu vereinbaren. Der Wortlaut einer entsprechenden Klausel kann sich durchaus an den zuvor genannten tariflichen Vorschriften orientieren.

Besteht keine ausdrückliche Regelung im Arbeitsvertrag, so ist es nach allgemeiner Auffassung Gegenstand der arbeitnehmerseitigen Rücksichtnahmepflicht nach § 241 II BGB den Arbeitgeber über die Aufnahme von Nebentätigkeiten zu unterrichten.

Das **grundsätzliche Verbot jeglicher Nebentätigkeit** in einem Arbeits- oder Tarifvertrag verstößt gegen die Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 I GG und ist damit unwirksam (BAG, BeckRS 2001, 30188621).

Nebentätigkeiten ohne Genehmigung stellen eine Pflichtverletzung aus dem Arbeitsvertrag dar, die nach entsprechender Abmahnung eine verhaltensbedingte Kündigung nach sich ziehen können.

Grundsätzlich nicht gestatten muss ein Arbeitgeber Nebentätigkeiten, die mit dem Gesamtbild des Unternehmens nicht in Einklang stehen.

Beispiel: Die Erzieherin in einer Kita der Diakonie, die als Pornodarstellerin auf Online-Streamingkanälen tätig ist, muss damit rechnen, gekündigt zu werden, wenn sie diese Tätigkeiten allgemein bekannt sind und sich ggfs. auf den Träger negativ auswirken können (Fall „Julia Pink“, Urteil des LAG München vom 21.4.2015 (Nichtzulassungsbeschwerde bestätigt durch das BAG), <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/gerichtsprozess-erzieherin-darf-keine-pornos-drehen-1.2445798>).

2. Rahmenbedingungen der Nebentätigkeit

Problematisch werden Nebentätigkeiten dann, wenn deren Ausübung ein gesetzliches Verbot auslöst oder aber die Leistungsfähigkeit in der Haupttätigkeit negativ beeinflusst. Auch können Nebentätigkeitsklauseln in zulässiger Weise Wettbewerbsverbote enthalten.

Die Nebentätigkeit darf nicht dazu führen, dass **die Gesamtarbeitszeit** aus Haupttätigkeit und Nebentätigkeit **den gesetzlichen Rahmen überschreitet**. Dieser Rahmen wird von § 3 ArbZG gesetzt und beträgt ein Maximum von 48 Stunden/Woche. Kurzfristige Überschreitungen sind – bei einem entsprechenden Ausgleich – möglich. Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei § 3 ArbZG um ein sog. Verbotsgesetz nach § 134 BGB (LAG Nürnberg, a. a. O.), mit der Folge, dass – führt der Abschluss eines zweiten Arbeitsvertrags mit einem anderen Arbeitgeber dazu, dass der Arbeitnehmer die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden überschreitet – grundsätzlich die Nichtigkeit des zuletzt abgeschlossenen Arbeitsvertrags anzunehmen ist.

Diese Rechtsfolge tritt automatisch ein. ArbeitnehmerInnen, die in einer solchen Konstruktion tätig sind, erbringen ihre Leistung im Rahmen der Nebentätigkeit ohne Vertrag und damit ohne Vergütungsanspruch, ohne dass dieses ausdrücklich geltend zu machen ist.

Hinweis für die Praxis: Für die Überprüfung der Frage, ob Arbeitsverhältnisse gegen das Arbeitszeitrecht verstoßen, ist der Arbeitgeber zuständig. Im Rahmen einer genehmigten Nebentätigkeit muss sich sowohl der genehmigende Hauptarbeitgeber „schlau machen“, als natürlich auch der Nebentätigkeitsarbeitgeber!

Verbote, bestimmte Nebentätigkeiten auszuüben, können sich aber auch aus tariflichen Regelungen ergeben. Sieht man sich bspw. die oben erwähnte Regelung in § 5 AVR Caritas an, so können ggfs. berechnete Interessen der Arbeitgebers durchaus einer Nebentätigkeit widersprechen (wie etwa im Fall „Julia Pink“, s. o.). Da sich diese Interessenlage jedoch auch erst im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ergeben kann, muss der Arbeitgeber den Verstoß ausdrücklich geltend machen – eine automatische Verbotsfolge wie bspw. im Arbeitszeitrecht tritt also nicht ein.

Beispiel: In der Covid19-Pandemiephase kann der Arbeitgeber kein Interesse daran haben, dass seine ArbeitnehmerInnen im Nebenjob in medizinischen Einrichtungen (mit erhöhter Ansteckungsgefahr) tätig sind. Ist dem Arbeitgeber eine solche Nebentätigkeit bekannt, muss er dann ausdrücklich deren Unterlassung geltend machen.

Bereits die tariflichen Regelungen geben einen Hinweis darauf, dass der Rahmen des Zulässigen sich bei Nebentätigkeiten dort bewegt, wo wesentliche Interessen des Hauptarbeitgebers berührt sind. Eine solche **Interessenkollision** liegt spätestens dann vor, wenn die Nebentätigkeit die Leistungsfähigkeit der ArbeitnehmerInnen so nachhaltig beeinflusst, dass die vollständige Leistungsfähigkeit nicht mehr abgerufen werden kann. In diesem Fall ist sind die ArbeitnehmerInnen nicht mehr in der Lage, ihren gesetzlichen (und vertraglichen) Verpflichtungen aus § 611 BGB nachzukommen.

Schwede: Nebentätigkeiten – was geht, was geht nicht?(ArbRAktuell 2020, 439)

441

Beispiel: Führt eine Nebentätigkeit dazu, dass eine Arbeitnehmerin ständig übermüdet und dadurch unkonzentriert ist, liegt eine Interessenkollision vor, die eine Untersagung oder Einschränkung der Nebentätigkeit zur Folge haben kann. Häufen sich Krankmeldungen in diesem Zusammenhang, so ist die Nebentätigkeitsgenehmigung ebenfalls in Zweifel zu ziehen.

Nebentätigkeitsgenehmigungen können, um solchen Problemen vorzubeugen, mit **Auflagen** versehen werden, z. B. zur Art der Tätigkeit, zur Dauer, zur Lage der Arbeitszeit usw.

Der **Widerruf** einer einmal genehmigten Nebentätigkeit kann sich auch aus der **arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht** nach § 618 BGB ergeben. Stellt der Arbeitgeber z. B. fest, dass er im Rahmen seiner Erwägungen zur Genehmigung der Nebentätigkeit die Leistungsfähigkeit der Mitarbeiterin falsch eingeschätzt hat, so muss er diese Konsequenz erwägen.

Von der Rechtsprechung anerkannt sind zudem **Nebentätigkeitsverbote, die wettbewerbsrechtlichen Ursprungs** sind.

Beispiel: Ist bei einem Arbeitgeber eine Mitarbeiterin konzeptionell tätig und setzt dieses Wissen in einer Nebentätigkeit auch bei einem anderen Arbeitgeber ein, ist eine Untersagung die konsequente Folge. In solchen Fällen ist es sogar denkbar, dass die Mitarbeiterin schadensersatzpflichtig macht, wenn der Hauptarbeitgeber einen Schaden nachweisen kann.

Eine **Mitbestimmung bei Nebentätigkeitsgenehmigungen durch den Betriebsrat** wird von der Rechtsprechung zu Recht abgelehnt (LAG Köln, BeckRS 9998, 81341). Es besteht kein Raum für eine betriebliche Regelung, z. B. nach § 87 BetrVG, wenn eine tarifliche Regelung besteht, und

keine Einflussnahmemöglichkeit auf individuelle Regelungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien. Das gilt auch für den Weg über § 75 BetrVG (Überprüfung von Ungleichbehandlungen durch den Betriebsrat), insbesondere dann nicht, wenn die uneinheitliche Handhabung durch den Arbeitgeber durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist, z.B. durch arbeitszeitrechtliche Rahmenbedingungen oder durch Einschränkungen der Leistungsfähigkeit.

3. Die Beendigung der Nebentätigkeit

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, Nebentätigkeitsgenehmigungen zu beenden.

Beendet der/die ArbeitnehmerIn die Tätigkeit selbst, erlischt auch die Genehmigung des Arbeitgebers für diese spezifische Tätigkeit. Das bedeutet, dass eine einmalig erteilte Genehmigung nicht für andere Tätigkeiten gilt, außer die Genehmigung von Nebentätigkeiten gilt grundsätzlich und uneingeschränkt.

Hinweis für die Praxis: Eine Klausel im Arbeitsvertrag, nach der uneingeschränkt alle Nebentätigkeiten möglich sind, nimmt dem Arbeitgeber die Möglichkeit der Kontrolle – auch die im Interesse des Arbeitnehmers. Insofern sollte eine Klausel in Anlehnung an die o. g. tariflichen Regelungen auch im Arbeitsvertrag erfolgen.

Auch ein **arbeitgeberseitiger Widerruf** ist möglich. Nebentätigkeitsgenehmigungen sollten stets widerruflich erteilt werden. Dann kann der Arbeitgeber diese stets bei Vorliegen wichtiger Gründe (s. o. II.2.) widerrufen.

Erhält der Arbeitgeber **Kenntnis von einem Verstoß der Nebentätigkeit gegen ein gesetzliches Verbot** (s. o. II.2.), so endet die dieser Nebentätigkeit zugrunde liegende Genehmigung, da nichts Verbotenes genehmigt bzw. in dieser Form gebilligt werden kann.

Ist die Nebentätigkeit ausschließlich per Arbeitsvertrag geregelt, kann der Arbeitgeber bei Vorliegen wichtiger Gründe in Erwägung ziehen, diese Klausel mittels einer **Änderungskündigung** aus dem Arbeitsvertrag zu entfernen. Diese Maßnahme ist jedoch nur eine „ultima ratio“, weil sie mit hohen Hürden (bei Geltung des Kündigungsschutzgesetzes, § 23 KSchG, muss ein entsprechender Kündigungsgrund vorliegen) verbunden ist und die Gefahr besteht, dass das gesamte Arbeitsverhältnis „kippt“.

Beispiel: Der Arbeitgeber A merkt, dass Arbeitnehmer B mit seinen verschiedenen – grundsätzlich von ihm genehmigten – Nebentätigkeiten überfordert ist. Nach diversen diesbzgl. Gesprächen spricht er eine Änderungskündigung aus personenbedingten Gründen aus. Die Änderungskündigung bedeutet, dass der Arbeitgeber den alten Arbeitsvertrag kündigt und die Fortsetzung eines neuen Arbeitsvertrages zu geänderten Bedingungen (hier ohne Nebentätigkeitsgenehmigung bzw. einer zeitlich stark eingeschränkten Genehmigung) anbietet. Nimmt B dieses Änderungsangebot nicht an, ist das gesamte Arbeitsverhältnis beendet. B kann aber auch die Änderung vorläufig annehmen und zeitgleich eine Kündigungsschutzklage erheben.

Wie so oft ist auch hier zu einer **Verhandlungslösung** zu raten. Nicht selten werden Nebentätigkeiten aus wirtschaftlichen Gründen notwendig. Dann müsste der/die ArbeitnehmerIn ein Interesse an einer fortdauernden Genehmigung haben, allerdings auch die Einsicht, dass unter dieser Nebentätigkeit ihr „Hauptbroterwerb“ nicht leiden darf. Gibt es hier Probleme, sollte gemeinsam nach einem tragfähigen Kompromiss gesucht werden.

III. Fazit: Aus dem Alltag nicht wegzudenken!

Nebentätigkeiten sind aus dem Alltag nicht wegzudenken. Das liegt sicher nicht zuletzt daran, dass in einigen Wirtschaftszweigen die Gehälter oft am Rande der Existenzsicherung liegen und nicht

einmal besondere Wünsche, wie ein längerer Urlaub oder ein neues Auto die Ursache sind, sondern hohe Mieten und Lebenshaltungskosten. Da zudem eine Nebentätigkeit nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann, sollte diese unter einem Genehmigungsvorbehalt stehen. So kann sich der Arbeitgeber vorher ein Bild machen und

Schwede: Nebentätigkeiten – was geht, was geht nicht?(ArbRAktuell 2020, 439)

442

möglicherweise Zweifel an einer praktischen Umsetzbarkeit anmelden, um so von Anfang an deutlich zu machen, dass der Vorgang unter Beobachtung steht. In der praktischen Umsetzung sollte der/die ArbeitnehmerIn beobachtet werden, um frühzeitig Maßnahmen zum Gegensteuern einzuleiten. Nicht vergessen werden sollte auch, dass der Arbeitgeber der Haupttätigkeit auch dafür verantwortlich ist, dass z. B. Arbeitszeitverstöße durch die kumulierten Tätigkeiten nicht möglich sind.