



Die Nebentätigkeit im Arbeitsverhältnis

– Gunnar Herget* –

Im Zusammenhang mit der Ausübung einer Nebentätigkeit stellen sich für Arbeitnehmer und Betriebsräte viele Fragen. Häufig ist eine gewisse Unsicherheit zu beobachten, ob und wenn ja, unter welchen Rahmenbedingungen eine Nebentätigkeit zulässig ist. Der Beitrag erläutert, in welchen Grenzen eine Nebentätigkeit ausgeübt werden kann und was Arbeitnehmer und Betriebsrat zu beachten haben.

I. Zulässigkeit und Genehmigungspflicht der Nebentätigkeit

Grundsätzlich steht es jedem Arbeitnehmer frei, neben seinem Hauptarbeitsverhältnis eine Nebentätigkeit auszuüben. Gerade im Bereich der prekären Beschäftigung sind Arbeitnehmer aufgrund der dort herrschenden schlechten Arbeitsverhältnisse und der geringen Vergütung oftmals darauf angewiesen, einer Nebentätigkeit nachzugehen, um ihren Lebensunterhalt bestreiten zu können. Das kann ihnen grundsätzlich auch nicht untersagt werden. Die Ausübung der Nebentätigkeit fällt in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG, der die Berufsfreiheit garantiert. Danach haben alle Deutschen das

Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Einschränkungen dieses Grundrechts sind nur in sehr begrenztem Maße zulässig. Solange die Erfüllung der Pflichten aus einem Arbeitsverhältnis nicht beeinträchtigt ist, kann ein Arbeitnehmer daher grundsätzlich eine unbegrenzte Zahl an weiteren Arbeitsverträgen abschließen. Diese Nebentätigkeit kann dabei sowohl bei demselben Arbeitgeber ausgeübt werden, mit dem auch das Hauptarbeitsverhältnis besteht, als auch bei einem anderen Arbeitgeber.

Eine gesetzliche Genehmigungspflicht für die Nebentätigkeit besteht – abgesehen vom Beamtenverhältnis – nicht. Einige Tarifverträge regeln, dass eine Nebentätigkeit angezeigt werden muss (siehe etwa § 3 Abs. 3 TVöD).

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht in Essen

Es besteht also grundsätzlich noch nicht einmal eine Pflicht des Arbeitnehmers, sich die Nebentätigkeit genehmigen zu lassen. Im Allgemeinen wird angenommen, dass der Arbeitnehmer lediglich verpflichtet ist, dem Arbeitgeber eine geplante Nebentätigkeit anzuzeigen, soweit die Interessen des Arbeitgebers durch die Nebentätigkeit berührt werden. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer eine Wettbewerbs- beziehungsweise Konkurrenztaetigkeit aufnehmen will oder sich die Frage stellt, ob der Arbeitnehmer durch die Nebentätigkeit die zulässige tägliche Höchstarbeitszeit nach Arbeitszeitgesetz überschreitet. Diese Anzeigepflicht ergibt sich als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis.

Eine Klausel in einem Formulararbeitsvertrag, die dem Arbeitnehmer eine Nebentätigkeit untersagt oder diese unter einen Genehmigungsvorbehalt stellt, ist aufgrund der vorstehend erläuterten Grundsätze grundsätzlich unzulässig und damit unwirksam. Solche Klauseln unterliegen nach den §§ 305 ff. BGB einer Inhaltskontrolle. Unwirksam sind danach unter anderem Klauseln in Formulararbeitsverträgen, die den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen. Das ergibt sich aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Da die Ausübung einer Nebentätigkeit durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist, stellt eine arbeitsvertragliche Klausel, die die Nebentätigkeit untersagt oder unter einen Genehmigungsvorbehalt stellt, grundsätzlich eine solche unangemessen Benachteiligung des Arbeitnehmers dar.

Ausnahmen können sich nur ergeben, wenn der Arbeitgeber im Einzelfall ein konkretes berechtigtes Interesse daran hat, ein beschränktes Nebentätigkeitsverbot auszusprechen. Ein solches berechtigtes Interesse kann allerdings nur dann vorliegen, wenn durch die Nebentätigkeit die vertraglich geschuldete Leistung im Hauptarbeitsverhältnis beeinträchtigt wird.¹ Ein solches beschränktes Nebentätigkeitsverbot mit Erlaubnisvorbehalt, das dem Arbeitgeber die Überprüfung ermöglicht, ob seine Interessen beeinträchtigt werden, ist anders als ein grundsätzliches Nebentätigkeitsverbot keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und damit wirksam.²

Sofern ein Erlaubnisvorbehalt wirksam vereinbart wurde, ist der Widerruf einer einmal erteilten Nebentätigkeitserlaubnis grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, dass sich der Arbeitgeber den Widerruf ausdrücklich vorbehalten hat und seine betrieblichen Interessen dies erfordern.³ Ein solches betriebliches Interesse kann nur vorliegen, wenn sich die Sachlage nachträglich geändert hat

und nunmehr berechnigte Interessen des Arbeitgebers der Nebentätigkeit entgegenstehen.

Tarifverträge, die anders als Arbeitsverträge keiner Inhaltskontrolle unterliegen, können ein Nebentätigkeitsverbot regeln.⁴ Die Grenze einer solchen tariflichen Regelung ist aber auch hier das Grundrecht des Arbeitnehmers aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Ob ein Nebentätigkeitsverbot in Betriebsvereinbarungen geregelt werden kann, ist umstritten. Eine solche Regelungsbefugnis der Betriebsparteien ist zurecht mit der Begründung abzulehnen, dass es sich bei der Nebenbeschäftigung um die außerbetriebliche, private Lebensgestaltung des Arbeitnehmers handelt, für die die Betriebsparteien keine Regelungsbefugnis haben.⁵

II. Grenzen der Nebentätigkeit

Unabhängig von der Frage der Genehmigungspflicht hat die Berechnigung des Arbeitnehmers, eine Nebentätigkeit auszuüben, Grenzen. Diese liegen dort, wo der Arbeitnehmer aufgrund der Nebentätigkeit seine Pflichten aus dem Hauptarbeitsverhältnis nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen kann. Das Hauptarbeitsverhältnis darf durch die Nebentätigkeit also nicht beeinträchtigt werden. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn durch die Nebentätigkeit die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung leidet.⁶ Gleiches gilt bei einer Nebentätigkeit, die gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot verstößt oder dazu führt, dass gegen gesetzliche Vorschriften, wie etwa die zulässige tägliche Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG – die Arbeitszeiten aus Haupt- und Nebentätigkeit sind zusammen zu rechnen – verstoßen wird. Ein weiteres Beispiel findet sich in § 8 BUrlG, wonach es dem Arbeitnehmer untersagt ist, während des gesetzlichen Mindesturlaubs eine dem Urlaubszweck, also der Erholung, widersprechende Erwerbstätigkeit auszuüben.

Um überprüfen zu können, ob gegen seine Interessen verstoßen wird, hat der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer einen Auskunftsanspruch darüber, welcher Nebentätigkeit dieser nachgeht und in welchem Umfang das geschieht.

Sofern zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Uneinigkeit darüber besteht, ob eine Nebentätigkeit ausgeübt werden darf, muss der Arbeitnehmer dies im Wege der allgemeinen Feststellungsklage in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren klären lassen. Auch die Erhebung einer Leistungsklage auf Erteilung einer Nebentätigkeitser-

1 BAG 18.1.1996 – 6 AZR 314/95, BeckRS 1996, 41147.

2 BAG 11.12.2001 – 9 AZR 464/00, BeckRS 2001, 30225724.

3 BAG 11.12.2001 – 9 AZR 464/00, BeckRS 2001, 30225724.

4 BAG 26.6.2001 – 9 AZR 343/00, BeckRS 2001, 30188621.

5 Fitting BetrVG § 77 Rn. 56a.

6 BAG 13.5.2015 – 2 ABR 38/14, BeckRS 2015, 73363.

nehmung kommt in Betracht, sofern ein wirksamer Erlaubnisvorbehalt besteht.⁷

III. Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Nebentätigkeit

Verstößt der Arbeitnehmer gegen die dargestellten Grundsätze, das heißt übt er eine Nebentätigkeit trotz wirksamem geregelterm Nebentätigkeitsverbot aus oder überschreitet er die zulässigen Grenzen der Nebentätigkeit, handelt es sich um eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung. Eine Pflichtverletzung kann beispielsweise darin bestehen, dass der Arbeitnehmer eine Konkurrenz- tätigkeit oder die Tätigkeit entgegen des Verbots nach § 8 BUrlG während seines Urlaubs ausübt. Der Arbeitgeber ist dann berechtigt, dem Arbeitnehmer eine Abmahnung auszusprechen. Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt hingegen im Regelfall erst nach einer entsprechenden Abmahnung und einer erheblichen Pflichtverletzung in Betracht.

Besteht hinsichtlich des Hauptarbeitsverhältnisses eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, darf er während dieser Zeit grundsätzlich auch keine Nebentätigkeit ausüben. Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass sich der Arbeitnehmer während seiner Arbeitsunfähigkeit so zu verhalten hat, dass er möglichst schnell wieder gesund wird beziehungsweise seine Genesung nicht verzögert. Verstößt die Nebentätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit im Hauptarbeitsverhältnis hingegen nicht gegen diese Grundsätze, kann die Nebentätigkeit auch während der Arbeitsunfähigkeit im Hauptarbeitsverhältnis weiter ausgeübt werden. Das dürften allerdings seltene Ausnahmefälle sein. Dem Arbeitnehmer ist jedenfalls anzuraten, sehr sorgfältig zu prüfen, ob die Nebentätigkeit seine Genesung nicht verzögert.

IV. Rechte des Betriebsrats

Die Aufgaben und Rechte des Betriebsrats im Zusammenhang mit der Nebentätigkeit sind sehr überschaubar. Im

7 BAG 28.2.2002 – 6 AZR 357/01, BeckRS 2002, 30243277.

Wesentlichen dürften sie sich darauf beschränken, die Arbeitnehmer bei Fragen in Bezug auf die Zulässigkeit einer Nebentätigkeit im Rahmen des nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 RDG Zulässigen zu beraten.

Wie bereits angesprochen, dürfte eine Regelungsbefugnis der Betriebsparteien im Hinblick auf Nebentätigkeiten in Betriebsvereinbarungen nicht gegeben sein, da die Nebenbeschäftigung zur außerbetrieblichen Lebensführung der Arbeitnehmer gehört und sich damit der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien entzieht.

Auch ein Auskunftsanspruch des Betriebsrats über Nebentätigkeiten der Arbeitnehmer wird von der Rechtsprechung abgelehnt.⁸ Diese Rechtsprechung ist allerdings zu hinterfragen, da der Betriebsrat nach § 75 Abs. 1 BetrVG darüber zu wachen hat, dass die im Betrieb tätigen Arbeitnehmer nach Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung unterbleibt. Anders als das LAG Köln meint, hat der Betriebsrat auch darauf zu achten, dass eine sachlich unbegründete Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer in Bezug auf die Nebentätigkeitsgenehmigung unterbleibt. Der Betriebsrat muss daher darüber unterrichtet werden, welchen Beschäftigten Nebentätigkeitsgenehmigungen erteilt wurden und bei welchen Beschäftigten dies abgelehnt wurde sowie aus welchen Gründen das geschehen ist. Anders kann der Betriebsrat seiner Verpflichtung nach § 75 Abs. 1 BetrVG nicht nachkommen.

V. Fazit

Aufgrund der durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Berufsfreiheit steht dem Arbeitnehmer ein weiter Spielraum bei der Ausübung einer Nebentätigkeit zu. Eine Einschränkung ergibt sich daraus, dass das Hauptarbeitsverhältnis durch die Ausübung der Nebentätigkeit nicht beeinträchtigt werden darf. Unter diesem Gesichtspunkt sind auch Erlaubnisvorbehalte einer Wirksamkeitsprüfung zu unterziehen.

8 LAG Köln 11.1.1995 – 8 TaBV 55/94, BeckRS 1995, 40215.

Literatur zum Thema

Däubler/Deinert/Walser, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht.

Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, 5. Auflage 2021, ISBN 978-3-8006-6491-7, 119,00 EUR

Henssler/Moll, AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen,

2. Auflage 2020, ISBN 978-3-406-66730-5, 55,00 EUR