

Nebentätigkeit – zulässig?

Darf eine Mitarbeiterin bzw. ein Mitarbeiter neben ihrer/seiner Haupttätigkeit eine Nebentätigkeit ausüben? Muss der Dienstgeber einverstanden sein oder muss er nur informiert werden?

1. Was ist eine Nebentätigkeit?

Eine Nebentätigkeit ist **jede weitere Beschäftigung neben der arbeitsvertraglich vereinbarten Beschäftigung**, beim selben Dienstgeber oder bei einem Dritten. Es kann sich um selbständige Tätigkeiten im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages oder um 400-EUR-Jobs handeln.

Mehrere Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitsgeber dürfen aber nicht in unmittelbarem Sachzusammenhang stehen¹. Andernfalls gelten sie als ein Arbeits- bzw. Dienstverhältnis. Grund dafür ist, dass ein einheitliches Arbeitsverhältnis vertraglich nicht aufgespalten werden darf.

2. Sind Nebentätigkeiten zulässig?

Die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter schuldet dem Dienstgeber nicht ihre/seine ganze Arbeitskraft, sondern nur eine bestimmte Zeitspanne. Das heißt, der Mitarbeiter darf eine Nebentätigkeit grundsätzlich ausüben. Das ergibt sich aus dem Grundrecht auf freie Berufsausübung und Berufswahl und dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG).

3. Dürfen Nebentätigkeiten eingeschränkt oder verboten werden?

Das Recht eine Nebentätigkeit aufzunehmen kann im **Arbeitsvertrag**, in einer **Dienstvereinbarung** oder in einem **Tarifvertrag** eingeschränkt oder untersagt werden.

a) § 5 Abs. 2 AVR Caritas

Die Aufnahme einer Nebentätigkeit ist grundsätzlich zulässig. Der Dienstgeber kann eine Nebentätigkeit aber untersagen oder einschränken, wenn durch die Nebentätigkeit die Arbeitskraft der Mitarbeiter/innen oder berechnete Interessen des Dienstgebers

¹ § 3 Abs. 2 AVO und § 7 Abs. 1 Unterabs. 2 AVR Caritas

erheblich beeinträchtigt werden. Über die Aufnahme einer Nebentätigkeit ist der Dienstgeber zu unterrichten.

b) § 4 Abs. 2 AVO

Nebentätigkeiten gegen Entgelt haben die Beschäftigten ihrem Dienstgeber rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen. Der Dienstgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechnete Interessen des Dienstgebers zu beeinträchtigen. Für Nebentätigkeiten im kirchlichen Dienst kann eine Ablieferungspflicht nach den Bestimmungen der Kirchenbeamtenordnung für die Erzdiözese Freiburg (KBO) zur Auflage gemacht werden.

4. In welchen Fällen ist eine Nebentätigkeit unzulässig?

Allgemeine Grundsätze des Arbeitsrechts:

Eine Nebentätigkeit ist unzulässig und darf vom Arbeitsgeber untersagt werden, wenn der Dienstgeber ein **berechnetes Interesse** an dem Nebentätigkeitsverbot hat.

Beispiele:

a) Ein berechnetes Interesse besteht, wenn durch die Nebentätigkeit **die geschuldete Arbeitsleistung erheblich beeinträchtigt** wird bzw. die Nebentätigkeit **geeignet** ist, die Arbeitsleistung erheblich zu beeinträchtigen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Mitarbeiter aufgrund seines Nebenjobs in der Gastronomie regelmäßig zu spät und übermüdet zur Arbeit erscheint und am Arbeitsplatz einschläft, so dass er seine Aufgaben nicht mehr ausreichend erfüllen kann.

b) Wettbewerbsinteressen des Dienstgebers können dem Recht zur Aufnahme einer Nebentätigkeit entgegenstehen. Beispiel: Der Mitarbeiter übt im Nebenjob eine Konkurrenzfähigkeit aus.

c) Eine Nebentätigkeit ist unzulässig, wenn gegen **gesetzliche Bestimmungen** verstoßen wird. Das ist beispielsweise der Fall, wenn Schwarzarbeit vorliegt oder arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen nicht eingehalten werden. Beispiel: Die werktägliche Höchstleistungszeit² wird überschritten oder die Ruhezeit nach dem Arbeitszeitgesetz wird nicht eingehalten (§§ 3, 5 Abs. 1 ArbZG).

d) Eine Nebentätigkeit ist auch unzulässig, wenn gegen die **Zielsetzung des Dienstgebers und dessen Wahrnehmung in der Öffentlichkeit** verstoßen wird. Beispiel: „Nach § 5 Abs. 2 AVR Caritas ist es einem in einem Krankenhaus beschäftigten Krankenpfleger nicht gestattet,

² § 3 ArbZG: Max. 8 Stunden, bis zu 10 Stunden; §§ 3, 7 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 ArbZG: Über 10 Stunden; beachte: AZSchVO der Erzdiözese Freiburg: Max. 12 Stunden

eine Nebentätigkeit als Leichenbestatter auszuüben, weil dadurch **berechtigte Interessen** des Dienstgebers erheblich beeinträchtigt werden.“³

Es können Irritationen bei Patienten und in der Öffentlichkeit hervorgerufen werden, die der Dienstgeber nicht hinnehmen muss. Die Patienten könnten den Eindruck gewinnen, von einem solchen Krankenpfleger nicht in der gebotenen Weise (Erhaltung von Leben und Gesundheit) behandelt zu werden.

e) Außerdem ist **§ 8 Bundesurlaubsgesetz (BUrIG)** zu beachten. Ein Mitarbeiter darf während seines Mindesturlaubs⁴ keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbtätigkeit ausüben. Zweck des Mindesturlaubs nach dem Bundesurlaubsgesetz ist die Erholung des Mitarbeiters und die Erhaltung Arbeitskraft.

f) Ist der Mitarbeiter **arbeitsunfähig erkrankt**, darf er während seiner Krankheitsphase keine Nebentätigkeit ausüben, die seinen Genesungsprozess verzögert. Das ergibt sich aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht. Beispiel: Ein Mitarbeiter darf keine schweren körperlichen Arbeiten ausführen (Nebenjob auf dem Bau), wenn er wegen eines Bandscheibenvorfalles arbeitsunfähig krank geschrieben ist.

5. Zustimmung der MAV:

Die Versagung einer Nebentätigkeit und der Widerruf einer bereits erteilten Genehmigung bedürfen der Zustimmung der MAV, § 35 Abs. 1 Nr. 6 MAVO. Wo die Genehmigung, die Versagung, der Widerruf der Nebentätigkeit arbeitsvertragsrechtlich normiert sind, beschränkt sich das Beteiligungsrecht der MAV auf ein Mitbeurteilungsrecht, dessen Funktion darin besteht eine präventive Rechtskontrolle auszuüben.⁵

6. Fazit:

- Eine Nebentätigkeit ist grundsätzlich zulässig und darf nur ausnahmsweise eingeschränkt oder verboten werden. Ein Verbot ist nur wirksam, wenn der Nebenjob geeignet ist, die Arbeitsleistung oder dienstliche Interessen zu beeinträchtigen. Es kommt nicht darauf an, dass die Beeinträchtigung tatsächlich eintritt.
- Der Dienstgeber ist über die Aufnahme der Nebentätigkeit zu unterrichten (AVR) bzw. er hat sie rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen (AVO). Die Anzeigepflicht ergibt sich auch aus § 242 BGB, jedenfalls dann, wenn durch die Nebentätigkeit die Interessen des Dienstgebers berührt sind.⁶

³ BAG 6. Senat, Urteil vom 28.02.2002 - 6 AZR 357/01, 2. Instanz: LAG Hamm

⁴ § 3 Abs. 1 BUrIG: 20 Arbeitstage bei einer 5-Tageweche und 24 Arbeitstage bei einer 6-Tageweche

⁵ Frey/Coutelle/Beyer § 35 Rn. 38

⁶ Frey/Coutelle/Beyer § 35 Rn. 38