

Ist die Ausübung einer Nebentätigkeit zulässig?

Darf ein Mitarbeiter¹ neben der 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**, bei demselben Dienstgeber oder bei einem Dritten. Es kann sich u.a. um selbständige Tätigkeiten im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages oder um geringfügige Beschäftigungen handeln.

Mehrere Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitsgeber dürfen aber nicht in unmittelbarem Sachzusammenhang stehen². Andernfalls gelten sie als ein Arbeits- bzw. Dienstverhältnis. Eine Nebentätigkeit kommt nur dann in Betracht, wenn zwei unterschiedliche, organisatorisch getrennte Tätigkeiten ausgeübt werden.³ Grund dafür ist, dass ein einheitliches Arbeitsverhältnis vertraglich nicht aufgespalten werden darf.

2. Sind Nebentätigkeiten zulässig?

Der Mitarbeiter schuldet dem Dienstgeber nicht 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.

¹ Aus Gründen der Vereinfachung und leichteren Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form verwendet, die jeweils auch für die weibliche Form steht.

² § 3 Abs. 2 AVO und § 7 Abs. 1 **Satz 3** AVR - AT Caritas.

³ Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese: Kommentar zum TVöD, § 2 Rn 200.

a) § 5 Abs. 2 AVR AT Caritas

Im Caritasbereich ist die Aufnahme einer Nebentätigkeit grundsätzlich zulässig. Der Dienstgeber kann eine Nebentätigkeit aber untersagen oder die Erlaubnis dazu einschränken, wenn durch die Nebentätigkeit die Arbeitskraft des Mitarbeiters oder berechnigte Interessen des Dienstgebers **erheblich** beeinträchtigt werden.

Über die Aufnahme einer Nebentätigkeit ist der Dienstgeber vorab zu unterrichten.⁴ Die Information muss so rechtzeitig erfolgen, dass der Dienstgeber vor dem beabsichtigten Beginn prüfen kann, ob seine berechtigten Interessen betroffen sind.⁵

Zwar ist für die Anzeige kein besonderes Formerfordernis vorgesehen. Aus Beweisgründen ist die Textform zu empfehlen. Der notwendige Inhalt der Anzeige hängt von Art und Umfang der beabsichtigten weiteren Tätigkeit ab. Ist die Unterrichtung durch den Mitarbeiter nicht ausreichend, damit die Auswirkungen auf die Haupttätigkeit überprüft werden können, so kann der Dienstgeber weitere Auskünfte verlangen.⁶

b) § 4 Abs. 3 AVO

Im verfassten kirchlichen Bereich müssen Nebentätigkeiten gegen Entgelt, dem Dienstgeber gegenüber, angezeigt werden. Der Dienstgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn die Tätigkeit geeignet ist, die arbeitsvertraglichen Pflichten des Beschäftigten oder berechnigte Interessen des Dienstgebers zu beeinträchtigen.

Anders als im Caritas - Bereich ist die Schriftform zwingend vorgeschrieben. Insoweit bedarf es der eigenhändigen Unterschrift des Beschäftigten gemäß § 126 BGB.

Die Anzeige muss rechtzeitig vor Aufnahme der Nebentätigkeit erfolgen. Daher ist es auch sinnvoll, das konkrete Datum, an dem die Tätigkeit aufgenommen werden soll zu benennen. Dem Dienstgeber muss genügend Zeit bleiben, zu prüfen, ob er die Tätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen kann. Notwendig ist die Angabe von Art, Dauer und Umfang und zeitliche Lage der Nebentätigkeit. Auch der Auftraggeber / Arbeitgeber ist anzugeben. Die notwendigen Inhalte der Anzeige richten sich nach dem Einzelfall. Angaben, die für die Prüfung berechtigter Interessen des Dienstgebers nicht erforderlich sind, können unterbleiben.⁷

⁴ Die Aufnahme einer ehrenamtlichen Betätigung verpflichtet nicht zur Anzeige beim Dienstgeber. Das gilt auch im AVR - Bereich, wo nicht ausdrücklich von „Nebentätigkeiten gegen Entgelt“ gesprochen wird (Papenheim, in: Beyer/Papenheim, Arbeitsrecht der Caritas, AT § 5 Abs. 2 Rn 4).

⁵ Papenheim, in: Beyer/Papenheim, Arbeitsrecht der Caritas, AT § 5 Abs. 2 Rn 6.

⁶ Papenheim, in: Beyer/Papenheim, Arbeitsrecht der Caritas, AT § 5 Abs. 2 Rn 7f.

⁷ TV-L Office zu § 3 Abs. 4 TV-L, der im Wesentlichen dem Wortlaut § 4 Abs. 3 AVO entspricht, Haufe - Index 1434881 f.

Sofern es sich um eine Nebentätigkeit im kirchlichen Dienst handelt, kann eine Ablieferungspflicht der Vergütung nach den Bestimmungen der Kirchenbeamtenordnung für die Erzdiözese Freiburg (KBO) zur Auflage gemacht werden. Die Verpflichtung kann bestehen, wenn bestimmte Freibeträge überschritten werden. Im Einzelfall bedarf es einer Abklärung mit der personalverwaltenden Dienststelle, da von der Festlegung der Höchstbeträge und der Ablieferungspflicht verschiedene Nebentätigkeiten ausgenommen sind.⁸

c) Eine Untersagung oder Beschränkung der Nebentätigkeit kommt nur dann in Betracht, wenn die Interessen des Dienstgebers Vorrang gegenüber den Interessen des Mitarbeiters an der Ausübung der Tätigkeit haben. Dies ist nach den Umständen des Einzelfalls in einer umfassenden Güterabwägung unter Berücksichtigung des Grundrechts der Berufsfreiheit zu entscheiden. Zwar ist vom Wortlaut der AVO-Vorschrift ausgehend jede mögliche Beeinträchtigung der Interessen des Dienstgebers maßgeblich, der Grad der Beeinträchtigung spielt im Rahmen der Güterabwägung jedoch eine entscheidende Rolle. Nicht jede geringfügige Beeinträchtigung ist geeignet, ein Verbot zu rechtfertigen. Je geringfügiger eine Beeinträchtigung der Dienstgeberinteressen ist, umso schwerer wiegen Mitarbeiterinteressen, wie z. B. die Bedeutung der Nebentätigkeit für den Mitarbeiter und für seinen Lebensunterhalt.⁹ § 5 Abs. 2 AVR-AT Caritas zieht diese Wertung bereits vor die Interessenabwägung und verlangt eine **erhebliche** Beeinträchtigung der Arbeitskraft des Mitarbeiters oder der berechtigten Interessen des Dienstgebers.

4. In welchen Fällen ist eine Nebentätigkeit unzulässig?

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

Beispiele:

a) Ein berechtigtes Interesse besteht, wenn durch die Nebentätigkeit **die geschuldete Arbeitsleistung bzw. die Arbeitskraft erheblich beeinträchtigt** wird bzw. die Nebentätigkeit **geeignet** ist, die Arbeitsleistung erheblich zu beeinträchtigen. Eine Leistungseinbuße ist denkbar aufgrund des zeitlichen Umfangs, der Lage der Nebentätigkeit oder deren körperlichen Beanspruchung.¹⁰ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Mitarbeiter aufgrund seines Nebenjobs in der Gastronomie regelmäßig zu spät und übermüdet zur Arbeit erscheint

⁸ Merkblatt der Erzdiözese Freiburg zur Ausübung von Nebentätigkeit durch Beschäftigte, www.ebfr.de.

⁹ TV-L Office zu § 3 Abs. 4 TV-L, der im Wesentlichen dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 AVO entspricht, Haufe - Index 1434895.

¹⁰ TVöD Office Verwaltung zu § 3 Abs. 3 TVöD-AT, der im Wesentlichen dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 AVO entspricht, Haufe - Index 1434885.

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 Konkurrenz­ tätigkeit aus. Bei reiner Hilfstätigkeit gilt das Konkurrenzverbot aber nur eingeschränkt.¹¹

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 Höchstarbeitszeit wird überschritten oder die Ruhezeit nach dem Arbeitszeitgesetz wird nicht eingehalten. Dabei sind die Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern gemäß § 2 Abs.2 Satz 1 HS 2 ArbZG zusammenzurechnen.

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, eine Nebentätigkeit als Leichenbestatter auszuüben, weil dadurch **berechtigte Interessen** des Dienstgebers erheblich beeinträchtigt werden.“¹²

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. Ausreichend ist, wenn eine negative Wirkung der Nebentätigkeit in der Öffentlichkeit **nicht auszuschließen ist**.¹³

e) Außerdem ist **§ 8 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)** zu beachten. Ein Mitarbeiter darf während seines Mindesturlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit ausüben. Zweck des Mindesturlaubs nach dem Bundesurlaubsgesetz ist die Erholung des Mitarbeiters und die Erhaltung der Arbeitskraft. Das gilt gleichermaßen für den Mehrurlaubsanspruch nach den AVR und der AVO (§ 1 Abs. 2 Anlage 14 AVR, vor diesem Hintergrund ist auch § 32 Abs. 6 AVO zu lesen).

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 ist.

¹¹ Papenheim, in: Beyer / Papenheim, Arbeitsrecht der Caritas, AT § 5 Abs. 2 Rn 11.

¹² BAG 6. Senat, Urteil vom 28.02.2002 - 6 AZR 357/01

¹³ LAG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2018, 11 Sa 603/18 zu § 3 Abs. 4 Satz 2 TV-L, der im Wesentlichen dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 AVO entspricht. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesarbeitsgericht diese Rechtsprechung bestätigt, oder ob es die Hürde für Unzulässigkeit höher setzt.

5. Zustimmung der MAV:

Die Versagung und der Widerruf der Genehmigung einer Nebentätigkeit, sowie die Untersagung einer Nebentätigkeit 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.¹⁴

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).

¹⁴ Sroka, in: Freiburger Kommentar, § 35 Rn 67.