

Nebentätigkeiten

Sicher gerüstet im neuen Beruf starten



Mandanten-Info

Nebentätigkeiten

Inhalt

1. Einführung	1
2. Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen.....	2
2.1 Rechtsgrundlagen.....	2
2.2 Verfassungsrechtlicher Schutz der Nebentätigkeit	3
2.3 Allgemeine Grenzen der Nebentätigkeit.....	3
2.4 Konkurrenzfähigkeit	4
2.5 Verstoß gegen berechnigte Interessen	5
2.6 Infektionsgefahr.....	6
2.7 Vertragliche oder kollektivrechtliche Einschränkungen von Nebentätigkeiten	7
2.8 Anzeigepflicht	9
2.9 Sanktionen	9
3. Grenzen der Arbeitszeit und Nebenjobs	10
4. Besonderheiten bei Nebentätigkeiten während des Urlaubs, einer Kurzarbeit oder bei Arbeits- unfähigkeit infolge Krankheit	13
4.1 Nebentätigkeit während des Urlaubs.....	13
4.2 Nebentätigkeit bei Kurzarbeit	15
4.3 Nebentätigkeit bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit	17
5. Nebentätigkeit als geringfügige Beschäftigung.....	18
5.1 Geringfügig entlohnte Beschäftigung.....	18
5.2 Kurzfristige Beschäftigung.....	20

1. Einführung

Nach einer Statistik des IAB (Institut zur Arbeitsmarkt- und Berufsforschung) hatten Anfang des Jahres 2020 etwa 4,1 Millionen Arbeitnehmer einen Nebenjob. Dies entspricht mehr als 10 % der Gesamtzahl der Erwerbstätigen in Deutschland. Die Gründe für eine Nebenbeschäftigung sind vielfältig, etwa finanzielle Nöte, aber auch die Verwirklichung eines Hobbies, einer Leidenschaft oder die Unterstützung in sozialen Angelegenheiten.

Nebenbeschäftigungen unterliegen dem verfassungsrechtlichen Schutz und können von einem Hauptarbeitgeber nicht einfach generell untersagt werden. Trotzdem bestehen für Nebenbeschäftigungen auch Einschränkungen: Das arbeitsrechtliche Fürsorgegebot verbietet z. B. eine Konkurrentätigkeit zum Hauptarbeitgeber, die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes müssen übergreifend auch im Nebenjob beachtet werden und der Arbeitnehmer darf sich in seinem zweiten Beschäftigungsverhältnis nicht so verausgaben, dass er bei seinem Hauptarbeitgeber nur noch eine eingeschränkte Leistung erbringen kann.

Nebenjobs können „ganz normale“ versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse darstellen. In der Praxis aber häufig anzutreffen sind Nebenjobs als geringfügige Beschäftigung („Minijobs“). Spezielle Regelungen im Zusammenhang mit Nebenbeschäftigungen können zu beachten sein, z. B. während des bezahlten Erholungsurlaubs beim Hauptarbeitgeber, während einer Arbeitsunfähigkeit oder im Zusammenhang mit Kurzarbeit.

Die vorliegende Mandanten-Information behandelt die genannten praxisrelevanten Fragen und gibt hierüber einen Überblick.

2. Zulässigkeit von Nebenbeschäftigungen

2.1 Rechtsgrundlagen

Der Begriff der „Nebentätigkeit“ ist im Arbeitsrecht nicht explizit definiert. Unter Nebentätigkeit wird allgemein jede Tätigkeit verstanden, die ein Arbeitnehmer außerhalb seines Hauptarbeitsverhältnisses ausübt und seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt.

Eine Nebentätigkeit kann aufgrund eines Werk-, eines Dienst- oder eines Arbeitsvertrages geleistet werden. Zur Qualifizierung, welcher Vertragstyp vorliegt, kommt es nicht auf den Umfang der geleisteten Arbeitszeit an, sondern auf die üblichen Abgrenzungskriterien. Nach allgemeiner Definition ist Arbeitnehmer derjenige, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages in persönlicher Abhängigkeit zur Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet ist. Ob für die Tätigkeit eine Vergütung geleistet wird, ist nicht entscheidend. Auch eine ehrenamtlich ausgeübte Tätigkeit kann eine Nebentätigkeit sein.

Die Nebentätigkeit weist arbeitsrechtlich grundsätzlich keine Besonderheiten auf, mit der Ausnahme, dass der Arbeitseinsatz regelmäßig mit verringertem Umfang im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigungen erfolgt.

Auch wenn die Vergütung aus der Nebentätigkeit regelmäßig 450,00 Euro pro Monat nicht überschreitet und damit die Voraussetzungen der geringfügigen Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV erfüllt sind, ergeben sich arbeitsrechtlich hieraus keine Besonderheiten. Zivilrechtlich wird der geringfügig Beschäftigte nicht gesondert definiert. Vielmehr sind Minijobber während der Tätigkeit in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert und weisungsgebunden. Daraus folgt, dass auch der geringfügig Beschäftigte wie ein „normaler“ Arbeitnehmer zu behandeln ist. Der mit ihm abgeschlossene Vertrag ist ein gewöhnlicher Arbeitsvertrag mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten, wie etwa ein Urlaubsanspruch oder der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) stellt zudem klar, dass auch ein Arbeitnehmer, der eine geringfügige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV ausübt, ein Teilzeitbeschäftigter ist (§ 2 Abs. 2 TzBfG). Demnach gilt auch für Minijobber das in § 4 Abs. 1 TzBfG normierte Diskriminierungsverbot, wonach ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen seiner Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden darf, als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (z. B. weniger qualifizierte Arbeitsleistung).

2.2 Verfassungsrechtlicher Schutz der Nebentätigkeit

Der Gesetzgeber hat nicht ausdrücklich geregelt, ob und unter welchen Voraussetzungen Nebentätigkeiten gestattet sind.

Auch wenn viele Arbeitsverträge noch die Klausel enthalten, dass der Arbeitnehmer „seine ganze Arbeitskraft“ zur Verfügung stellen muss, ist zwischenzeitlich anerkannt, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nur im Rahmen der vereinbarten Arbeitszeit schuldet. Im Übrigen ist er in der Verwertung seiner Arbeitskraft frei. Die Nebentätigkeit ist zudem grundrechtlich geschützt und zwar soweit die Nebentätigkeit beruflicher Natur ist, nach dem Grundrecht der freien Berufswahl in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (GG). Nicht berufliche Nebentätigkeiten sind durch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt.

2.3 Allgemeine Grenzen der Nebentätigkeit

Auch ohne einzelvertragliche oder tarifvertragliche Regelungen ergeben sich jedoch Einschränkungen für die Ausübung von Nebentätigkeiten.

Unzulässig ist die Aufnahme einer Nebentätigkeit, die den Arbeitnehmer daran hindert, seinen Arbeitspflichten aus dem Hauptarbeitsverhältnis nachzukommen. Dies kann z. B. gegeben sein, wenn die Nebentätigkeit gleichzeitig mit der Haupttätigkeit ausge-

übt werden soll oder wenn die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung unter der Nebentätigkeit leidet, etwa weil der Arbeitnehmer durch die Nebentätigkeit körperlich und zeitlich so beansprucht wird, dass er seinen Arbeitspflichten beim Hauptarbeitgeber nicht mehr genügt. In diesen Fällen kann der Hauptarbeitgeber eine Abmahnung aussprechen, den Arbeitnehmer zum Unterlassen der Nebentätigkeit auffordern und gegebenenfalls bei weiterer Störung des Hauptarbeitsverhältnisses, dieses kündigen.

Verboten sind Nebentätigkeiten, soweit sie gegen die zwingenden Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes verstoßen, etwa weil die zulässigen Höchstgrenzen der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit überschritten oder die tägliche Ruhezeit nicht eingehalten werden kann (Einzelheiten → *Kapitel 3*).

2.4 Konkurrenz­­tätigkeit

Dem Arbeitnehmer ist während des rechtlichen Bestandes eines Arbeitsverhältnisses jede Konkurrenz­­tätigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt, auch wenn dies nicht explizit im Arbeitsvertrag geregelt wurde und keine anderen individual- oder kollektivrechtlichen Regelungen bestehen. Für die sog. Handlungsgel­­hilfen (kaufmännische Angestellte in einem Handelsgewerbe) ist dies ausdrücklich in § 60 Abs. 1 HGB geregelt. Für andere Arbeitsverhältnisse ergibt sich das Wettbewerbsverbot im laufenden Arbeitsverhältnis aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers und folgt zudem aus der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners.

Diese Maßstäbe gelten grundsätzlich auch für die Ausübung von Nebentätigkeiten in einem weiteren Arbeitsverhältnis. Für die Beurteilung, ob sich eine Nebentätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber als Konkurrenz­­tätigkeit darstellt, ist nach der bisherigen Rechtsprechung unerheblich, auf welche Art und Weise der Arbeitnehmer den auch im Tätigkeitsbereich seines Hauptarbeitgebers aktiven Konkurrenten unterstützt, sofern der Nebentätigkeit nicht ausnahmsweise von vornherein jegliche unterstützende Wirkung

fehlt. Es soll auch nicht auf die Funktion des Arbeitnehmers beim Konkurrenten ankommen. Vielmehr sei dem Arbeitnehmer „jedwede Dienstleistung“ für den Konkurrenten verboten.

Im Hinblick auf die in Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers hat das Bundesarbeitsgericht eine Einschränkung seiner Rechtsprechung angekündigt, wenn es sich bei der Tätigkeit für das Konkurrenzunternehmen lediglich um einfache Tätigkeiten handelt, die allenfalls zu einer untergeordneten wirtschaftlichen Unterstützung des Konkurrenzunternehmens führen können und im Übrigen schutzwürdige Interessen des Hauptarbeitgebers nicht berühren. Bloße Hilfstätigkeiten ohne Wettbewerbsbezug wären damit nicht mehr vom Verbot der Konkurrenzfähigkeit umfasst.

Beispiel: Arbeitnehmerin A ist beim Arbeitgeber P als Sortiererin in einem Briefzentrum beschäftigt. Ihre Wochenarbeitszeit beträgt 15 Stunden. Jeden Samstag arbeitet A für den Zeitungsverlag Z als Zustellerin für 6 Stunden im Rahmen eines Minijobs.

Obwohl es sich bei der Tätigkeit als Zeitungszustellerin sicherlich um eine Konkurrenzfähigkeit zum Hauptarbeitsverhältnis (Briefzentrum) handelt, dürfte diese Nebenbeschäftigung nach neuerer Rechtsprechung nicht verboten sein, da es sich lediglich um eine einfache Tätigkeit mit untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung handelt.

2.5 Verstoß gegen berechnigte Interessen

Auch wenn keine Wettbewerbstätigkeit vorliegt, kann eine Nebentätigkeit unzulässig sein, weil sie gegen berechnigte Interessen des Hauptarbeitgebers verstößt. Ob solche Interessen des Arbeitgebers gegenüber den Interessen des Arbeitnehmers an der Ausübung einer Nebentätigkeit den Vorrang genießen, ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundrechts der Berufsfreiheit bzw. der Handlungsfreiheit zu entscheiden.

Beispiel: Der Mitarbeiter P ist als Krankenpflieger auf der Intensivstation eines Krankenhauses in Hamburg tätig. An seinen freien Tagen übt der Intensivpflieger einen Nebenjob als Leichenbestatter für ein Bestattungsunternehmen aus.

Auch wenn vorliegend ganz offensichtlich keine „Konkurrenztätigkeit“ vorliegt, war das Bundesarbeitsgericht der Ansicht, das Krankenhaus dürfe dem Pfleger die Nebentätigkeit als Leichenbestatter verbieten. Als Pfleger habe der Mitarbeiter alles zu tun, um die Genesung der Patienten zu fördern und alles zu unterlassen, was diesem Ziel abträglich sein könnte. Demgegenüber würde die Tätigkeit als Leichenbestatter zwingend den Tod des Menschen voraussetzen, sodass die nebenberufliche Tätigkeit dazu geeignet wäre, Irritationen bei den Patienten hervorzurufen, weil sich der Mitarbeiter möglicherweise in einem „Zielkonflikt“ befinden könnte.

Aufgrund entgegenstehender berechtigter Interessen sah das Bundesarbeitsgericht das Verbot von Nebentätigkeiten für Busfahrer bei einem Omnibusunternehmen als zulässig an, die mit dem Lenken von Kraftfahrzeugen verbunden sind. Der Hauptarbeitgeber (Omnibusunternehmen) habe hier ein berechtigtes Interesse daran, die Lenkzeitkontrolle durchführen zu können, was aufgrund der Nebenbeschäftigung möglicherweise nicht gewährleistet sei.

2.6 Infektionsgefahr

In Zeiten der Corona-Pandemie stellt sich die Frage, ob eine Nebentätigkeit gegen die berechtigten Interessen des Hauptarbeitgebers verstoßen könnte, wenn eine (erhöhte) Infektionsgefahr von der Nebentätigkeit ausgeht. Würde sich der Arbeitnehmer bei seiner Nebentätigkeit mit dem Corona-Virus infizieren, könnte er seine Arbeitspflichten aus dem Hauptarbeitsverhältnis nicht erfüllen und steckt möglicherweise Kollegen an mit der Folge, dass es zu erheblichen Ausfallzeiten oder gar einer vorübergehenden Betriebschließung in Folge von Quarantänemaßnahmen kommen könnte.

Analog der Rechtsprechung zum genesungswidrigen Verhalten (→*Kapitel 4.3*) wird man ein berechtigtes Interesse des Hauptarbeitgebers an der Unterlassung der Nebentätigkeit allenfalls dann bejahen können, wenn durch den Nebenjob eine konkrete, nicht nur abstrakte Gefahr einer Infektion mit dem Corona-Virus beste-

hen würde, d. h. eine über das allgemeine Infektionsrisiko erheblich hinausgehende Ansteckungsgefahr bestünde. Diese Voraussetzung dürfte nur im Ausnahmefall gegeben sein.

2.7 Vertragliche oder kollektivrechtliche Einschränkungen von Nebentätigkeiten

Oftmals enthalten Arbeitsverträge Verbote oder Beschränkungen einer Nebentätigkeit bzw. stellen diese unter den Vorbehalt der Genehmigung durch den Arbeitgeber.

Im Hinblick auf die Grundrechte des Arbeitnehmers auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit bzw. die geschützte Berufsfreiheit ist ein generelles Verbot jeglicher Nebentätigkeit nur im Ausnahmefall zulässig (denkbar z. B. für Geschäftsführer oder Vorstände). Ansonsten sind spezifische Nebenbeschäftigungsverbote bzw. entsprechende Genehmigungsvorbehalte nur dann zulässig, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an ihnen hat. Hier sind regelmäßig vergleichbare Fälle betroffen, wie oben dargestellt. Vertraglich kann eine Nebentätigkeit untersagt werden, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers oder berechnete Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen.

Seit der sog. Schuldrechtsreform im Jahr 2002 stellen Arbeitsverträge, die vom Arbeitgeber gestellt wurden (sog. Formulararbeitsverträge) Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) dar und unterliegen deshalb der strengen Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Regelungen im Formulararbeitsvertrag werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie überraschende Klauseln darstellen und dürfen im Rahmen der Inhaltskontrolle nicht gegen das Transparenzgebot verstoßen und den Vertragspartner des Verwenders (d. h. den Arbeitnehmer) nicht unangemessen benachteiligen. Unangemessen ist dabei jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenwertige Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird.

Absolute Nebentätigkeitsverbote sind deshalb wegen des grundrechtlichen Schutzes der Nebenbeschäftigung unzulässig. Eine sog. geltungserhaltende Reduktion auf den zulässigen Teil ist nicht möglich, sodass absolute Nebentätigkeitsverbote im Arbeitsvertrag keine Wirkung erzielen.

Nebentätigkeitsverbote mit einem Einwilligungsvorbehalt sind dagegen grundsätzlich möglich, zumindest wenn dem Arbeitnehmer bereits im Vertrag zugesichert wird, dass die Erteilung der Genehmigung zur Nebenbeschäftigung erfolgt, soweit er seine Arbeitsleistung in geschuldetem Umfang erbringen kann und keine sonstigen betrieblichen Interessen entgegenstehen. Ob betriebliche Interessen beeinträchtigt werden, ist im Rahmen einer Prognose zu prüfen. Ausreichend ist, dass bei verständiger Würdigung unter Berücksichtigung der erfahrungsgemäß zu erwartenden Entwicklung eine Beeinträchtigung betrieblicher Interessen wahrscheinlich ist. Soweit dies nicht ausgeschlossen werden kann, hat der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch auf Auskunft über das Ob und den Umfang einer Nebenbeschäftigung.

Beispiel: Typische Vertragsklausel: Jede Nebentätigkeit des Arbeitnehmers bedarf der vorherigen Einwilligung durch den Arbeitgeber. Hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die beabsichtigte Tätigkeit unter Angabe von Art und Dauer angezeigt, hat der Arbeitgeber die Einwilligung unverzüglich zu erteilen, wenn eine Beeinträchtigung betrieblicher Interessen des Arbeitgebers nicht zu befürchten ist.

Auch in Tarifverträgen können Einschränkungen zur Nebentätigkeit enthalten sein, wobei auch tarifliche Bestimmungen im Hinblick auf den Grundrechtsschutz der Nebentätigkeit kein generelles Verbot enthalten dürfen.

So regeln die Tarifparteien des öffentlichen Dienstes (§ 3 Abs. 3 TVÖD/§ 3 Abs. 4 TV-L) z. B., dass die Beschäftigten ihrem Arbeitgeber Nebentätigkeiten gegen Entgelt rechtzeitig vorher schriftlich anzuzeigen haben. Der Arbeitgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechnete Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen.

Der öffentliche Dienst geht also grundsätzlich von einer Zulässigkeit der Nebenbeschäftigung aus, die lediglich deshalb anzuzeigen ist, damit der Arbeitgeber seine berechtigten Interessen prüfen und ggf. die Nebentätigkeit untersagen kann. Eine generelle Genehmigungsbedürftigkeit sieht der öffentliche Dienst nicht vor.

2.8 Anzeigepflicht

Aus der Rücksichtnahmepflicht in § 241 Abs. 2 BGB wird eine aktive Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Anzeige einer Nebentätigkeit gefolgert, wenn die Aufnahme einer weiteren Tätigkeit rechtliche Rückwirkungen auf den Hauptarbeitgeber haben kann. Die Rücksichtnahmepflicht gebietet dem Arbeitnehmer jeden von seiner Person ausgehenden möglichen Störungstatbestand für die Arbeitspflicht offenzulegen.

Auch spezialgesetzlich ist der Arbeitnehmer in Einzelfällen zur Auskunft verpflichtet, etwa nach § 280 Abs. 1 SGB IV, wonach der Beschäftigte dem Arbeitgeber die zur Durchführung des Meldeverfahrens und der Beitragszahlung in der Sozialversicherung erforderlichen Angaben zu machen hat. Bei mehreren Beschäftigungen gilt dies gegenüber allen beteiligten Arbeitgebern.

Daher werden Verpflichtungen des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag, wonach der Arbeitnehmer jede Nebentätigkeit anzuzeigen hat, als (ohne weiteres) wirksam angesehen. In einer solchen Verpflichtung liegt auch keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne des AGB-Rechts, solange die Klausel nur dazu dient, dem Arbeitgeber vor Aufnahme der Nebentätigkeit die Überprüfung zu ermöglichen, ob seine berechtigten Interessen beeinträchtigt werden.

2.9 Sanktionen

Verstößt der Arbeitnehmer gegen eine vertragliche, tarifliche oder aus der Fürsorgepflicht des § 241 Abs. 2 BGB folgende Anzeigepflicht bzw. gegen einen (wirksamen) vertraglichen oder tariflichen

Genehmigungsvorbehalt, kann dies eine Abmahnung und im Wiederholungsfalle eine verhaltensbedingte ordentliche oder gar außerordentliche Kündigung rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer hierdurch seine Vertragspflichten gravierend verletzt. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer eine unzulässige Nebentätigkeit ausübt.

Im Einzelfall kann ein Anspruch auf Schadensersatz des Arbeitgebers bestehen, wenn der Arbeitnehmer schuldhaft gegen ein Nebentätigkeitsverbot verstößt und es in Folge der Nebentätigkeit zu einer Beeinträchtigung des Hauptarbeitsverhältnisses kommt.

3. Grenzen der Arbeitszeit und Nebenjobs

Der Arbeitnehmer schuldet nicht einen bestimmten Arbeitserfolg, sondern die Erbringung von Arbeitsleistung während der vereinbarten oder vorgegebenen Arbeitszeit, die durch den Arbeitsvertrag oder auch die Vorgaben eines Tarifvertrages bestimmt wird. Aus dem Gesichtspunkt des Arbeitsschutzes kann der Umfang der Arbeitsverpflichtung nicht völlig frei vereinbart werden, vielmehr sind Vorgaben, insbesondere aus dem Arbeitszeitgesetz, zur Höchstdauer der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit, zur Gewährleistung von Arbeitspausen und Ruhezeiten sowie zur Beschränkung der Arbeit an Sonn- und Feiertagen einzuhalten.

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) gilt grundsätzlich für alle Arbeitnehmer in allen Beschäftigungsbereichen, einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Ausnahmen sieht das Gesetz nur in Einzelfällen, etwa für leitende Angestellte vor, die nicht den Beschränkungen unterliegen.

Arbeitszeit ist die Zeit vom Beginn bis zum Ende der täglichen Arbeit ohne Berücksichtigung der Ruhepausen. Die Arbeitszeit darf nach § 3 ArbZG zehn Stunden pro Arbeitstag (ohne Berücksichtigung der Ruhepausen) nicht überschreiten. Durchschnittlich ist eine werktägliche (= alle Tage außer Sonn- und Feiertage) Arbeitszeit von 8 Stunden und damit durchschnittlich 48 Stunden pro Woche zu gewährleisten.

Arbeitnehmer müssen nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden haben (§ 5 Abs. 1 ArbZG). Ruhezeit ist die Zeit zwischen dem Ende der Arbeit und ihrem Wiederbeginn, in der der Arbeitnehmer zu keiner Arbeit herangezogen wird. Die Ruhezeit kann auch durch Urlaubs- oder Feiertage eingehalten werden.

Das ArbZG dient vornehmlich dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten. Daher sind die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes auch nicht isoliert im einzelnen Arbeitsverhältnis, sondern übergreifend zu beachten. § 2 Abs. 1 ArbZG stellt insoweit klar, dass die geleisteten Arbeitszeiten zusammengerechnet werden, wenn ein Arbeitnehmer für mehrere Arbeitgeber tätig wird.

Hinweis

Von jedem Arbeitgeber als Adressat des Arbeitsschutzes ist zu überwachen, dass die höchstzulässige tägliche Arbeitszeit von 10 Stunden, die wöchentliche Durchschnittsarbeitszeit von 48 Stunden und die Ruhezeiten eingehalten werden.

Werden die Grenzen des Arbeitszeitgesetzes durch die Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungen überschritten, kann der zeitlich gesehen zuletzt abgeschlossene Arbeitsvertrag nach § 134 BGB nichtig sein. Liegt nur eine geringfügige Überschreitung vor, besteht ein Beschäftigungsverbot jenseits der gesetzlichen Arbeitszeitgrenzen. Wie sich aus den Bußgeld- und Strafvorschriften des Arbeitszeitgesetzes ergibt, ist jeder Arbeitgeber für die Einhaltung des Arbeitsschutzes verantwortlich. Der Arbeitnehmer darf nur beschäftigt werden, wenn die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes eingehalten werden können.

Deshalb hat der Arbeitgeber hinsichtlich des Bestehens und des Umfangs weiterer Arbeitsverhältnisse ein Auskunftsrecht und der Arbeitnehmer ggf. eine entsprechende aktive Mitteilungspflicht, soweit eine Überschreitung der Grenzen des Arbeitszeitgesetzes

durch die Nebenbeschäftigung nicht ausgeschlossen werden kann. Eine Erkundigungspflicht besteht für den Arbeitgeber nur dann, wenn sich für ihn Anhaltspunkte ergeben, die darauf hindeuten, dass weitere Arbeitsverhältnisse bestehen. Dies könnte gegeben sein, wenn der Arbeitnehmer in seiner Hauptbeschäftigung z. B. darauf hinweist, an bestimmten Tagen keine Überstunden leisten zu können, weil er sonst zu spät zu seinem Zweitjob kommen würde.

Beispiel: Die Sekretärin S ist in der Steuerberaterkanzlei B für 40 Stunden pro Woche angestellt und arbeitet regelmäßig montags bis freitags von 08:00 Uhr bis 17:00 Uhr (eine Stunde Pause). Dienstags und sonntags jobbt sie nebenbei an einer Kinokasse von 19:00 bis 24:00 Uhr.

Da die Arbeitsschutzvorschriften übergreifend in allen Arbeitsverhältnissen zu beachten sind, liegen im Beispiel mehrere Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz vor: Dienstags arbeitet S zunächst von 08:00 Uhr bis 17:00 Uhr acht Stunden in der Steuerkanzlei und anschließend nochmals fünf Stunden an der Kinokasse. Die Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern werden zusammengerechnet, sodass sich eine Arbeitszeit von insgesamt 13 Stunden ergibt. Maximal zulässig ist eine tägliche Arbeitszeit von zehn Stunden.

Da zwischen dem Ende der täglichen Arbeit und deren Wiederaufnahme eine Ruhezeit von elf Stunden eingehalten werden muss, darf S montags und mittwochs erst ab 11:00 Uhr vormittags in der Steuerkanzlei beschäftigt werden, da ihre Arbeitszeit am Vortag jeweils erst um 24:00 Uhr endete. Zudem wird durch den Nebenjob die wöchentlich zulässige durchschnittliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden überschritten.

4. Besonderheiten bei Nebentätigkeiten während des Urlaubs, einer Kurzarbeit oder bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

4.1 Nebentätigkeit während des Urlaubs

Nach § 8 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) darf der Arbeitnehmer während des Urlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten. Die Vorschrift dient dem Urlaubszweck des Arbeitnehmers, damit insbesondere auch die Arbeitskraft des Arbeitnehmers nach Rückkehr aus dem Urlaub erhalten und wieder aufgefrischt ist. Die Gewährung von Urlaub ist zweckgebunden, nämlich zum Zwecke der Erholung.

Von dem Tätigkeitsverbot des § 8 BUrlG sind alle, d. h. sowohl selbstständige als auch nicht selbstständige Erwerbstätigkeiten erfasst. Es fallen alle Tätigkeiten darunter, die auf einen Erwerb abzielen (Gegenleistung in Geld oder Sachwerten), wenn sie die notwendige Auffrischung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers verhindern. Nicht untersagt sind dagegen sonstige Tätigkeiten, die zwar anstrengend sein mögen, jedoch keine Erwerbstätigkeit darstellen.

Übt der Arbeitnehmer eine erlaubte Nebentätigkeit aus, stellt sich unter Berücksichtigung des Verbots in § 8 BUrlG die Frage, ob diese auch während des Erholungsurlaubes beim Hauptarbeitgeber ausgeübt werden darf oder ob dies dann (da „Erwerbstätigkeit“) eine urlaubszweckwidrige Tätigkeit darstellt.

Wenn ein Arbeitnehmer von vorneherein zwei Arbeitsverhältnisse nebeneinander hat, sind die beiden jeweiligen Urlaubsansprüche getrennt voneinander zu betrachten. Es besteht dann keine Pflicht, beide Urlaubsansprüche parallel abzuwickeln. Sofern die Nebentätigkeit in dem Umfang ausgeführt wird, wie auch außerhalb des Erholungsurlaubes, so ist nach herrschender Auffassung keine urlaubszweckwidrige Tätigkeit gegeben. Für die Beeinträchtigung der Arbeitskraft unwesentliche zeitlich „verstärkte“ Nebentätigkeitsausübung soll ebenfalls unschädlich sein.

Urlaubswidrig ist eine Nebentätigkeit aber dann, wenn die Urlaubsfreistellung durch den Hauptarbeitgeber vom Arbeitnehmer dazu genutzt wird, einer ansonsten nicht bestehenden Erwerbstätigkeit nachzugehen, die unter maximaler Ausschöpfung der eigenen Arbeitskraft erfolgt.

Beispiel: Der beim Arbeitgeber H beschäftigte Fliesenleger F jobbt nebenbei samstags als Radiomoderator. Während seiner zwei Wochen Erholungsurlaub im März moderiert er für den Radiosender wie immer am Samstagvormittag für 3 Stunden die „Schlagerparade“. Eine urlaubswidrige Erwerbstätigkeit liegt nicht vor.

F nimmt Ende September zwei Wochen Urlaub, um als Bedienung in einem der Festzelte des Münchner Oktoberfests zu arbeiten. Da hier der Erholungsurlaub beim Hauptarbeitgeber dazu genutzt wird, um einer anderen Erwerbstätigkeit unter Ausschöpfung der vollen Arbeitskraft nachzugehen, liegt eine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit vor.

Der Verstoß gegen die Nebenpflicht des Arbeitnehmers nach § 8 BUrlG, während des Erholungsurlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit auszuüben, stellt eine arbeitsrechtliche Pflichtverletzung dar, die mit einer Abmahnung geahndet und im Wiederholungsfalle zu einer Kündigung führen kann. Da es sich nicht um ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB handelt, ist ein für die Urlaubszeit abgeschlossener Vertrag (z. B. Oktoberfest-Bedienung wie im Beispiel) nicht unwirksam. Eventuell steht dem Hauptarbeitgeber ein Unterlassungsanspruch zu, der gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann. Die Zahlung des Urlaubsentgelts ist dagegen vom Verstoß nach § 8 BUrlG unabhängig und ist auch bei einer urlaubszweckwidrigen Erwerbstätigkeit zu leisten.

4.2 Nebentätigkeit bei Kurzarbeit

Liegt ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall aus wirtschaftlichen Gründen oder wegen eines unabwendbaren Ereignisses vor, sind die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt und zeigt der Arbeitgeber den Arbeitsausfall ordnungsgemäß und rechtzeitig bei der zuständigen Arbeitsagentur an, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld.

Die Berechnung des Kurzarbeitergeldes richtet sich nach §§ 105 und 106 SGB III. Es beträgt grundsätzlich 60 % (bzw. 67 % bei Beschäftigten mit „einkommensteuerrelevantem“ Kind) der Differenz zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Soll-Entgelt und dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Ist-Entgelt. Die pauschalierten Nettoentgelte werden durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales jeweils für ein Kalenderjahr in der „Verordnung über die pauschalierten Nettoentgelte für das Kurzarbeitergeld“ festgelegt. Während der Corona-Krise gilt vorübergehend ein erhöhter Leistungssatz in Abhängigkeit der Dauer der Kurzarbeit.

Erzielt der Arbeitnehmer für Zeiten des Arbeitsausfalls wegen Kurzarbeit ein Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung (oder auch selbstständigen Tätigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger), wird das Kurzarbeitergeld gekürzt, indem das Ist-Entgelt fiktiv um dieses Entgelt zu erhöhen ist.

Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich bei der aufgenommenen Beschäftigung um eine versicherungspflichtige oder eine geringfügige Beschäftigung im Sinne des § 8 SGB IV handelt. Unter einer „anderen Beschäftigung“ ist eine solche bei einem anderen Arbeitgeber zu verstehen. Das aus der anderweitigen Beschäftigung erzielte Entgelt ist in voller Höhe dem Ist-Entgelt hinzuzurechnen, auch wenn es sich um eine geringfügige Beschäftigung handelt, bei der das Entgelt „brutto gleich netto“ gezahlt wird.

Hinweis

Für die Anrechnung auf das Ist-Entgelt muss die andere Beschäftigung „während des Bezugs von Kurzarbeitergeld“ aufgenommen werden.

Das Arbeitseinkommen aus einer schon vor Beginn der Kurzarbeit (genauer: vor Beginn des Anspruchszeitraums, also des Kalendermonats, in dem die Kurzarbeit beginnt) aufgenommenen Nebentätigkeit ist nicht zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn sich das Arbeitseinkommen aus einer solchen Nebenbeschäftigung während der Kurzarbeit erhöht.

Eine andere Beschäftigung bleibt auch dann anrechnungsfrei, wenn sie erst kurz vor dem Bezug des Kurzarbeitergeldes aufgenommen wurde. Eine Mindestbeschäftigungszeit ist nicht erforderlich.

Aufgrund des anlässlich der Corona-Krise verabschiedeten „Sozialschutz-Paket II“ wird – als vorübergehende Abweichung von der gesetzlichen Grundregelung – das Entgelt aus einer anderen, während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigung dem Ist-Entgelt nicht hinzugerechnet, soweit das Entgelt aus der neu aufgenommenen Beschäftigung zusammen mit dem Kurzarbeitergeld und dem verbliebenen Ist-Entgelt aus der ursprünglichen Beschäftigung die Höhe des Soll-Entgelts aus der Beschäftigung, für die Kurzarbeitergeld gezahlt wird, nicht übersteigt. Handelt es sich bei der aufgenommenen Beschäftigung um eine geringfügige Beschäftigung, wird das Entgelt aus dieser Beschäftigung dem Ist-Entgelt (unabhängig von der Obergrenze) nicht hinzugerechnet. Die während des Bezugs von Kurzarbeitergeld aufgenommenen Beschäftigungen sind versicherungsfrei in der Arbeitslosenversicherung.

4.3 Nebentätigkeit bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

Aufgrund der Treuepflicht ist ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer dazu verpflichtet, sich so zu verhalten, dass er bald möglichst wieder gesund wird und hat alles zu unterlassen, was seiner Genesung zuwiderläuft oder diese verzögern könnte (sog. genesungswidriges Verhalten).

Eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ist jeweils bezogen auf die einzelne Tätigkeit zu beurteilen. Nicht jede Krankheit muss zwangsläufig auch zur Arbeitsunfähigkeit führen, sodass möglicherweise eine Arbeitsunfähigkeit bezüglich des Hauptarbeitsverhältnisses gegeben sein kann, die Krankheit sich aber in einer Nebentätigkeit nicht auswirkt.

Beispiel: Der Fliesenleger F ist aufgrund einer Sehnenscheidenentzündung in seinem Hauptarbeitsverhältnis voraussichtlich für drei Wochen arbeitsunfähig erkrankt. Seinen Nebenjob als Radiomoderator übt er weiterhin aus und moderiert samstags die Sendung „Schlagerparade“.

Ist die Nebentätigkeit dagegen vergleichbar mit der ausgeübten Tätigkeit im Hauptarbeitsverhältnis, kann aus der Fortsetzung der Nebentätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit möglicherweise ein genesungswidriges Verhalten folgen. Aus der Intensität der Nebenbeschäftigung kann sich zudem der begründete Verdacht ergeben, dass die Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht war. In derartigen Fällen ist oftmals der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert bzw. entkräftet. Der Arbeitnehmer muss dann konkret darlegen, weshalb er krankheitsbedingt gefehlt hat und trotzdem seiner Nebenbeschäftigung nachgehen konnte.

5. Nebentätigkeit als geringfügige Beschäftigung

In der Praxis erfüllen Nebentätigkeiten häufig die Voraussetzungen einer geringfügigen Beschäftigung.

Eine geringfügige Beschäftigung liegt nach § 8 Abs. 1 SGB IV vor, wenn

- das Arbeitsentgelt aus dieser Beschäftigung regelmäßig im Monat 450,00 Euro nicht übersteigt (geringfügig entlohnte Beschäftigung, „Minijob“) oder
- die Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahrs auf längstens drei Monate oder 70 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 450,00 Euro im Monat übersteigt (kurzfristige Beschäftigung).

Bei der geringfügig entlohnten Beschäftigung besteht zwar grundsätzlich – mit Ausnahme in der Rentenversicherung – Versicherungsfreiheit, der Arbeitgeber hat aber in der Regel Pauschalbeiträge zur Kranken- und Rentenversicherung abzuführen. Die kurzfristige Beschäftigung ist sozialversicherungsfrei.

Eine geringfügig entlohnte Beschäftigung scheidet von vornherein aus, wenn sie als „Nebenbeschäftigung“ bei einem Arbeitgeber ausgeübt werden soll, mit dem bereits eine versicherungspflichtige Hauptbeschäftigung besteht. Bestehen bei demselben Arbeitgeber mehrere Beschäftigungen, ist ohne Rücksicht auf die vertragliche Trennung sozialversicherungsrechtlich von einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis auszugehen.

5.1 Geringfügig entlohnte Beschäftigung

Eine geringfügig entlohnte Beschäftigung (Minijob) liegt vor, wenn das Arbeitsentgelt regelmäßig im Monat 450,00 Euro nicht überschreitet. Das regelmäßige Arbeitsentgelt ist durch eine vorausschauende Bewertung zu Beginn des Arbeitsverhältnisses bzw.

bei jeder relevanten Veränderung, z. B. bei einer Erhöhung oder Verringerung der Arbeitszeit oder einer Veränderung des Stundenlohns (neu) zu ermitteln (Prognose).

Dabei ist die Anzahl der Monate, für die die Beschäftigung besteht, maximal aber ein Zeitraum von einem Jahr (12 Monate) zugrunde zu legen. Das monatliche Arbeitsentgelt darf im Durchschnitt der Beschäftigung bzw. im Durchschnitt eines Jahrs 450,00 Euro nicht übersteigen. Daraus ergibt sich eine maximale Vergütung von 5.400,00 Euro bei durchgehender mindestens 12 Monate dauernder Beschäftigung.

Steht bereits zu Beginn der Beschäftigung fest, dass diese nicht durchgehend für mindestens zwölf Monate besteht, ist die zulässige Arbeitsentgeltgrenze für den Gesamtzeitraum entsprechend zu reduzieren.

Übt ein Arbeitnehmer eine versicherungspflichtige (Haupt-) Beschäftigung aus, werden daneben ausgeübte, weitere Beschäftigungsverhältnisse mit der Hauptbeschäftigung grundsätzlich zusammengerechnet. Allerdings bleibt eine Beschäftigung anrechnungsfrei, wenn diese die 450-Euro-Grenze nicht überschreitet.

Hinweis

Neben einer versicherungspflichtigen Beschäftigung ist eine geringfügig entlohnte Beschäftigung zulässig. Für diese gilt Versicherungsfreiheit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV.

Werden neben einer sozialversicherungspflichtigen (Haupt-) Beschäftigung mehrere weitere Beschäftigungen ausgeübt, die unterhalb der 450-Euro-Grenze liegen, bleibt nur eine geringfügig entlohnte Beschäftigung versicherungsfrei. Versicherungsfrei im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV ist dann diejenige geringfügig entlohnte Beschäftigung, die zeitlich zuerst aufgenommen worden ist.

Werden mehrere Minijobs bei verschiedenen Arbeitgebern nebeneinander ausgeübt (ohne, dass eine versicherungspflichtige Hauptbeschäftigung besteht), sind die Arbeitsentgelte aus den einzelnen Beschäftigungen zusammenzurechnen. Übersteigen die Arbeitsentgelte aus den mehreren Beschäftigungsverhältnissen zusammen die Geringfügigkeitsgrenze von 450,00 Euro im Monat nicht, liegt insgesamt eine (versicherungsfreie) geringfügige entlohnte Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV vor.

Übersteigen die zusammengerechneten Arbeitsentgelte die Geringfügigkeitsgrenze von 450,00 Euro, tritt in allen Beschäftigungsverhältnissen Sozialversicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung (sowie in der Rentenversicherung) ein. Es liegt keine geringfügig entlohnte Beschäftigung mehr vor.

5.2 Kurzfristige Beschäftigung

Ebenfalls unter den Begriff der geringfügigen Beschäftigung fallen (als zeitlich geringfügige Beschäftigung) Arbeitsverhältnisse, die innerhalb eines Kalenderjahrs auf längstens drei Monate oder 70 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegen oder im Voraus vertraglich begrenzt sind, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 450,00 Euro im Monat übersteigt („kurzfristige Beschäftigung“).

Mit Wirkung zum 01.01.2019 wurde die Übergangsregelung aus der Zeit von 01.01.2015 bis 31.12.2018 (zeitliche Begrenzung 3 Monate/70 Arbeitstage statt früher 2 Monate/50 Arbeitstage) unbefristet übernommen (während der Corona-Krise galten sogar längere Zeiträume).

Der Gesetzgeber gibt für die Bestimmung der Kurzfristigkeit zwei Grenzen vor, drei Monate bzw. 70 Arbeitstage. Vom 3-Monats-Zeitraum ist auszugehen, wenn die Beschäftigung an mindestens 5 Tagen in der Woche ausgeübt wird. Bei einem Arbeitsanfall an weniger als 5 Tagen pro Woche ist der Zeitraum von 70 Arbeitstagen maßgeblich.

Bei der Prüfung der zeitlichen Obergrenzen (3 Monate/70 Arbeitstag) für die kurzfristige Beschäftigung sind die Zeiten aufeinanderfolgender kurzfristiger Beschäftigungen zusammenzurechnen, und zwar unabhängig davon, ob sie geringfügig entlohnt sind oder nicht und ob die Beschäftigungen beim gleichen oder bei verschiedenen Arbeitgebern ausgeübt werden. Jeweils beim Beginn einer neuen Beschäftigung ist zu prüfen, ob diese mit den im laufenden Kalenderjahr bereits ausgeübten Beschäftigungen die maßgeblichen Zeitgrenzen überschreiten. Beschäftigungen, die im Vorjahr begonnen haben, werden nur mit der im laufenden Kalenderjahr liegenden Beschäftigungszeit berücksichtigt.

Eine kurzfristige Beschäftigung im Sinne von § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV liegt nicht vor, wenn die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und das monatliche Arbeitsentgelt 450,00 Euro überschreitet. Die Prüfung der Berufsmäßigkeit entfällt damit, wenn das Arbeitsentgelt nicht über 450,00 Euro im Monat liegt.

Berufsmäßig wird eine Beschäftigung dann ausgeübt, wenn sie für die in Betracht kommende Person nicht nur von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung ist. Davon ist auszugehen, wenn aus dem Entgelt der zu beurteilenden Beschäftigung der Lebensunterhalt ganz oder zu einem erheblichen Teil bestritten wird.

Hinweis

Grundsätzlich nicht berufsmäßig sind kurzfristige Beschäftigungen, die neben einer versicherungspflichtigen (Haupt-) Beschäftigung ausgeübt werden.

DATEV eG, 90329 Nürnberg (Verlag)

© 2020 Alle Rechte, insbesondere das Verlagsrecht, allein beim Herausgeber.

Die Inhalte wurden mit größter Sorgfalt erstellt, erheben keinen Anspruch auf eine vollständige Darstellung und ersetzen nicht die Prüfung und Beratung im Einzelfall.

Diese Broschüre und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung der DATEV eG unzulässig.

Eine Weitergabe an Dritte ist nicht erlaubt.

Aus urheberrechtlichen Gründen ist eine Veröffentlichung z. B. in sozialen Netzwerken oder auf Internet-Homepages nicht gestattet.

Im Übrigen gelten die Geschäftsbedingungen der DATEV.

Angaben ohne Gewähr

Titelbild: © hedgehog94/stock.adobe.com

Stand: Oktober 2020

DATEV-Artikelnummer: 12456

E-Mail: literatur@service.datev.de