

Bundesarbeitsgericht
Urt. v. 11.12.2001, Az.: 9 AZR 464/00

Abmahnung: Ohne Zustimmung darf nicht nebengearbeitet werden

Ein Arbeitnehmer darf nicht ohne Zustimmung seines Arbeitgebers einem Nebenjob nachgehen (hier: maximal 40 Std. monatlich), wenn das arbeitsvertraglich so geregelt ist. Tut der Mitarbeiter das doch, so kann er nicht mit Hinweis darauf, er wäre „in seiner Berufsfreiheit eingeschränkt“, verlangen, dass der Chef eine — wegen der Nebenbeschäftigung ausgesprochene — Abmahnung wieder aus der Personalakte entfernt.

Quelle: Wolfgang Büser

Revision; Abmahnung; Nebentätigkeit; Arbeitszeit; Treu und Glauben; Arbeitsvertragliche Klausel; Nebenbeschäftigung; Zustimmung des Arbeitgebers; Berufliche Tätigkeit; Erlaubnisvorbehalt; Betriebliche Interessen; Beeinträchtigung; Abmahnung; Personalunterlagen; Arbeitsvertragliche Gläubigerrechte; Rügefunktion; Dokumentationsfunktion; Vertragstreues Verhalten; Warnfunktion; Berechtigtes Interesse; Unrichtige Tatsachenbehauptung; Verhältnismäßigkeit; Arbeitsschutz; Arbeitszeitschutz; Nebentätigkeitsverbot

Gericht: BAG

Datum: 11.12.2001

Aktenzeichen: 9 AZR 464/00

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2001, 19069

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Ludwigshafen vom 08. 03. 1999 - 8 Ca 2961/98

LAG Rheinland-Pfalz vom 16. 07. 1999 - 3 Sa 495/99

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 ff. ArbZG

§ 242 BGB

§ 1004 BGB

Fundstellen:

BAGE 100, 70 - 76

AiB 2003, 510-511 (Volltext mit amtl. LS)

ArbRB 2002, 223-224 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

ARST 2002, 241-243

AuA 2002, 84

AuR 2002, 316

AUR 2002, 316

BAGReport 2002, 297-299

BB 2002, 2447-2448 (Volltext mit amtl. LS)
BuW 2002, 880
DB 2003, 938-940 (Urteilsbesprechung von RA Dr. Karl-Heinz Kappes und Rechtsreferendar Rachid Aabadi)
DB 2002, 1507 (Volltext mit amtl. LS)
EBE/BAG 2002, 114-116
EzA-SD 15/2002, 3-5
FA 2002, 282
FA 2002, 318
FA 2002, 58 (Pressemitteilung)
FAr 2002, 282
FAr 2002, 318
FAr 2002, 58
JR 2002, 483
NWB 2002, 19
NZA 2002, 965-968 (Volltext mit red./amtl. LS)
Personal 2002, 46
RdA 2003, 175-177 (Volltext mit amtl. LS)
RdW 2002, 662-664
SAE 2003, 362-364
schnellbrief 2002, 5
ZfPR 2002, 339 (amtl. Leitsatz)
ZIP 2002, A1 (Kurzinformation)
ZMV 2002, 35 (Pressemitteilung)
ZTR 2002, 492-493

BAG, 11.12.2001 - 9 AZR 464/00

Amtlicher Leitsatz:

Die arbeitsvertragliche Klausel, eine Nebenbeschäftigung bedürfe der Zustimmung des Arbeitgebers, stellt die Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit unter Erlaubnisvorbehalt. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Zustimmung des Arbeitgebers, wenn die Aufnahme der Nebentätigkeit betriebliche Interessen nicht beeinträchtigt.

Tenor:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 16. Juli 1999 - 3 Sa 495/99 - aufgehoben, soweit es die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Ludwigshafen vom 8. März 1999 - 8 Ca 2961/98 - zurückgewiesen hat.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Ludwigshafen abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Entfernung einer Abmahnung aus den von der Beklagten geführten Personalunterlagen.
- 2 Der 1948 geborene Kläger ist seit 1987 bei der Beklagten als gewerblicher Arbeitnehmer beschäftigt. Nach § 7 Nr. 5 des Formulararbeitsvertrags bedarf "eine Nebenbeschäftigung der Zustimmung" der Arbeitgeberin. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ist mit 40 Stunden vereinbart. Daneben arbeitet der Kläger seit Jahren bei der W, einem Gebäudereinigungsunternehmen. 1991 mahnte die Beklagte den Kläger ab, nachdem sie festgestellt hatte, daß der Kläger samstags für die W arbeite, ohne daß er entsprechend § 7 des Arbeitsvertrages vor Aufnahme der Nebentätigkeit um Zustimmung gebeten hatte.
- 3 Im Mai 1997 wurde der Kläger schriftlich abgemahnt, weil er weisungswidrig während der Taktzeiten seiner Maschine keine anderen Arbeiten ausgeführt habe. Im Juni 1997 mahnte die Beklagte ihn "wegen Bummellei" ab. Statt 288 Räder habe er nur 215 Räder bearbeitet. Im September 1997 wurde der Kläger wegen Schlechtleistung (Bohrung von Ventillöchern) abgemahnt. In zwei Schreiben vom 29. Juli 1998 mahnte die Beklagte den Kläger erneut ab. Sie hielt ihm einmal vor, nach ihren Feststellungen erbringe er in letzter Zeit nur noch 50 % der Leistung. Er bummele am Arbeitsplatz und laufe in der Werkshalle herum. In dem weiteren Schreiben rügte sie, er habe statt der nach den Taktzeiten möglichen 280 Räder lediglich 160 Räder bearbeitet.
- 4 Anfang Oktober 1998 forderte die Beklagte den Kläger auf, nähere Angaben zu machen, ob er einer Nebentätigkeit nachgehe und welchen Umfang diese habe. Auf die Auskunft des Klägers, er arbeite bei der W an 19 oder 20 Tagen im Monat je zwei Stunden oder an 12 Tagen im Monat drei Stunden, ließ ihm die Beklagte mit Schreiben vom 2. November 1998 durch ihre Prozeßbevollmächtigten mitteilen:
- 5 "Abmahnung
- 6 . . .
- 7 Sie haben gegen Ihre Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag verstoßen, indem Sie eine Nebentätigkeit bei der Firma W Mannheim ausüben, ohne zuvor die Genehmigung unserer Mandantin einzuholen.
- 8 Nach dem Arbeitsvertrag mit unserer Mandantin bedarf jede Nebenbeschäftigung der Zustimmung unserer Mandantin.
- 9 Indem Sie eine Nebenbeschäftigung ohne Zustimmung unserer Mandantin angetreten haben, haben Sie gegen Ihre Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag verstoßen.
- 10 Wir haben Sie aufzufordern, sich künftighin an den Arbeitsvertrag zu halten und insbesondere vor jeglicher Nebenbeschäftigung die Zustimmung unserer Mandantin einzuholen.

- 11 Namens und im Auftrage unserer Mandantin haben wir Sie ganz eindringlich darauf hinzuweisen, daß Sie künftighin Ihren Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag nachkommen müssen, andernfalls müssen Sie mit der Kündigung des Arbeitsvertrages rechnen. "
- 12 In dem Anschreiben wurde dem Kläger erklärt, die Nebentätigkeit werde nicht genehmigt. Zu beklagen sei seine ungenügende Arbeitsleistung. Er lege immer wieder Arbeitspausen ein und erbringe nur etwa 50 % der Leistung seiner Kollegen. Er habe bereits gegen seinen Arbeitsvertrag verstoßen, indem er die Nebentätigkeit ohne Genehmigung aufgenommen und ausgeführt habe.
- 13 Ebenfalls am 2. November 1998 erteilte die Beklagte dem Kläger eine weitere schriftliche Abmahnung wegen "Selbstbeurlaubung".
- 14 Der Kläger hat am 12. November 1998 Klage auf Entfernung der Abmahnungen vom 2. November 1998 und des Begleitschreibens erhoben. Das Arbeitsgericht hat der Klage hinsichtlich der Abmahnungen stattgegeben. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert. Es hat die Klage hinsichtlich der Abmahnung "Selbstbeurlaubung" abgewiesen. Das Urteil ist insoweit rechtskräftig. Im übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.
- 15 Der Kläger hat im wesentlichen geltend gemacht, die Beklagte könne ihn nicht wegen seiner Tätigkeit für die W abmahnen. Tätigkeiten außerhalb des Arbeitsverhältnisses könnten nicht von einer Genehmigung des Arbeitgebers abhängig gemacht werden. Im übrigen sei der Beklagten seine Nebentätigkeit bekannt gewesen.
- 16 Der Kläger hat zuletzt beantragt
- 17 die Beklagte zu verurteilen, die ihm mit Anwaltschreiben vom 2. November 1998, betreffend Nebentätigkeiten, erteilte Abmahnung aus den Personalunterlagen zu entfernen.
- 18 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
- 19 Sie macht im wesentlichen geltend, die Klausel diene der Prüfung, ob die Aufnahme der beabsichtigten Nebenbeschäftigung ihre betrieblichen Interessen beeinträchtige. An einem solchen Genehmigungsvorbehalt habe sie schon deshalb ein Interesse, weil sie ansonsten nicht die Einhaltung der gesetzlichen Höchstarbeitszeiten kontrollieren könne.
- 20 Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt deren Zurückweisung.

Entscheidungsgründe

- 21 Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Abweisung der Klage. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus seinen Personalunterlagen.
- 22 I. Mit einer Abmahnung übt ein Arbeitgeber seine arbeitsvertraglichen Gläubigerrechte aus. Er weist den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (Rüge- und Dokumentationsfunktion). Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, weil ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (Warnfunktion). Da eine zur Personalakte genommene Abmahnung geeignet ist, den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen und seinem Persönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen, darf ein verständiger Arbeitgeber nicht ohne ausreichenden Anlaß eine Abmahnung erteilen und sie nur für einen angemessenen Zeitraum aufbewahren. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2

= EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 34 mwN) kann der betroffene Arbeitnehmer daher in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus seinen Personalunterlagen verlangen, wenn das berechnete Interesse des Arbeitgebers an der Ausübung seines Gläubigerrechts fehlt. Ein Arbeitnehmer kann folglich die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangen, wenn die Abmahnung formell nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist, sie unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, sie Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr besteht. Soweit dem Arbeitnehmer eine Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten vorgeworfen wird, kommt es nicht darauf an, ob dieser Pflichtenverstoß dem Arbeitnehmer subjektiv vorwerfbar ist; es reicht aus, wenn der Arbeitgeber einen objektiven Verstoß des Arbeitnehmers gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten rügt. Eine solche Rüge ist nicht nur ungerechtfertigt, wenn sie unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, sondern auch dann, wenn sie auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht.

- 23** II. Gemessen an diesen Grundsätzen hat der Kläger keinen Entfernungsanspruch.
- 24** 1. Die Abmahnung enthält keine unrichtigen Tatsachen. Die Beklagte wirft dem Kläger vor, seine Nebentätigkeit bei der W ausgeübt zu haben, ohne zuvor ihre Genehmigung eingeholt zu haben. Diese Rüge betrifft die in § 7 Nr. 5 des Arbeitsvertrags vereinbarte Klausel, nach deren Wortlaut eine Nebenbeschäftigung der Zustimmung der Beklagten bedarf. Nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 561 Abs. 1 ZPO) ist dieser Vorwurf richtig. Der Kläger hat seine Tätigkeit bei der W ohne vorherige Zustimmung der Beklagten aufgenommen.
- 25** 2. Die Beklagte ist auch befugt, dieses Verhalten des Klägers als eine Verletzung seiner "Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag" abzumahnern. Sie hat die Rechtslage nicht unzutreffend beurteilt.
- 26** a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe keine Pflichtverletzung begangen. Der Arbeitgeber könne Nebentätigkeiten nur untersagen, von denen eine Beeinträchtigung seiner Interessen als Arbeitgeber zu befürchten sei. Solche Beeinträchtigungen durch Art oder Umfang der Nebentätigkeit des Klägers habe die Beklagte nicht dargetan. Ein Zusammenhang zwischen den behaupteten Minderleistungen des Klägers und seiner Nebentätigkeit sei nicht ersichtlich, nach dem unstreitigen Umfang der Nebentätigkeit jedenfalls nicht naheliegend. Wenn der Kläger mit der Nebentätigkeit gegen Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes verstoßen haben sollte, sei es nicht Sache der Beklagten, dies durch eine Abmahnung zu sanktionieren. Der Kläger schulde ihr keine Rechenschaft über die Beschäftigungen, denen er außerhalb der der Beklagten geschuldeten Arbeitszeit nachgehe.
- 27** b) Diesen Ausführungen stimmt der Senat nicht zu.
- 28** aa) Das Landesarbeitsgericht hat zunächst übersehen, daß Gegenstand des Berufungsverfahrens nicht ein Verbot der Nebentätigkeit bei der W war. Den auf Entfernung dieses Schreibens aus den Personalunterlagen gerichteten Klageantrag hatte das Arbeitsgericht bereits rechtskräftig abgewiesen. Inhalt der vom Berufungsgericht zu beurteilenden Abmahnung war der auf § 7 Nr. 5 des Arbeitsvertrags gestützte Vorwurf, der Kläger habe gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen, indem er nicht vorher die Zustimmung zur Aufnahme der Nebentätigkeit eingeholt habe.
- 29** bb) Das Landesarbeitsgericht differenziert außerdem nicht zureichend zwischen einem arbeitsvertraglich vereinbarten "Nebentätigkeitsverbot" und einem arbeitsvertraglich vereinbarten "Genehmigungsvorbehalt", wie er hier vorliegt. Nach § 7 Nr. 5 des Arbeitsvertrags bedarf eine Nebenbeschäftigung der Zustimmung der Beklagten. Dem Kläger ist mithin nicht jede Nebentätigkeit verboten, sondern er hat lediglich zuvor die Zustimmung der Beklagten einzuholen. Ein solcher Erlaubnisvorbehalt berechtigt den Arbeitgeber nicht, die Aufnahme einer Nebentätigkeit willkürlich zu verwehren. Sofern keine Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers zu

erwarten ist, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Erteilung der Zustimmung. Ein Erlaubnisvorbehalt ist somit nicht einem Nebentätigkeitsverbot gleichzusetzen (Senat 21. September 1999 - 9 AZR 759/98 - AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 6 = EzA BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 3 mwN). Er dient nur dazu, dem Arbeitgeber bereits vor Aufnahme der Nebentätigkeit die Überprüfung zu ermöglichen, ob seine Interessen beeinträchtigt werden. Er verstößt deshalb nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG, der auch die Freiheit schützt, eine nebenberufliche Tätigkeit zu ergreifen (BAG 24. Juni 1999 - 6 AZR 605/97 - AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 5 = EzA BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2). Die mögliche Beschränkung der Freiheitsrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG hält sich in Grenzen. Im Ergebnis wird dem Arbeitnehmer nichts anderes angesonnen, als daß er vor Aufnahme einer Nebenbeschäftigung den Arbeitgeber unterrichtet. Verstößt der Arbeitnehmer gegen seine Verpflichtung zur Einholung der Genehmigung, so ist eine Abmahnung auch dann berechtigt, wenn er Anspruch auf deren Erteilung hat (BAG 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - aaO).

- 30** Im Schrifttum wird dagegen eine derartige Klausel vielfach als rechtsunwirksam beurteilt. Sie enthalte ein "absolutes Nebentätigkeitsverbot mit Zustimmungsvorbehalt", das den Arbeitnehmer unangemessen benachteilige. Ein Interesse des Arbeitgebers an umfassender Kenntnis über sämtliche, auch ihn überhaupt nicht berührende Nebenbeschäftigungen und deren Kontrolle sei nicht anzuerkennen (vgl. Hanau/Preis Der Arbeitsvertrag Stand: Juli 1997 II N 10 Rn. 21 ff. ; Wank Nebentätigkeit Rn. 369; Säcker/Oetker Das Dienstordnungsrecht der Sozialversicherungsangestellten im Spannungsfeld zwischen Arbeits- und Beamtenrecht ZfA 1987, 95 (123)). So ist die Klausel aber nicht zu verstehen. Sie zielt ersichtlich auf andere berufliche Tätigkeit ab und nicht auf die Übernahme zB von Ehrenämtern oder politischer Wahlämtern.
- 31** cc) Die Beurteilung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe keine Pflichtverletzung begangen, widerspricht seiner eigenen Feststellung, nach der der Kläger entgegen dem Arbeitsvertrag keine Zustimmung der Beklagten eingeholt hat, bei der W eine Nebenbeschäftigung aufzunehmen.
- 32** dd) Die Erwägung des Landesarbeitsgerichts, die Abmahnung sei deshalb unzulässig, weil es nicht Aufgabe des Arbeitgebers sei, die Einhaltung von Arbeitszeitvorschriften zu kontrollieren, steht mit dem geltenden Recht nicht in Einklang. Das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht setzt im Interesse der Gesundheit des Arbeitnehmers und der Sicherheit am Arbeitsplatz (§ 1 Abs. 1 ArbZG) der zulässigen Arbeitszeit Grenzen. Dabei sind nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 ArbZG Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammenzurechnen. Daß die höchstzulässige werktägliche Arbeitszeit (§ 3 ArbZG) und die Ruhezeiten (§ 5 ArbZG) eingehalten werden, ist vom Arbeitgeber als Adressat des Arbeitsschutzes zu überwachen. Wie sich aus den Bußgeld- und Strafvorschriften der §§ 22 , 23 ArbZG ergibt (vgl. auch Hunold Nebentätigkeit und Arbeitszeitgesetz NZA 1995, 558), ist der Arbeitgeber für die Einhaltung des Arbeitszeitschutzes verantwortlich. Der Arbeitnehmer darf nur beschäftigt werden, wenn die Vorschriften des ArbZG eingehalten sind (vgl. Senat 26. Juni 2001 - 9 AZR 343/00 - EzA § 611 Nebentätigkeit Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zum FahrpersonalG). Der Arbeitgeber hat somit ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis von Nebenbeschäftigungen.
- 33** Soweit eine Überschreitung der danach bestehenden Grenzen nicht ausgeschlossen werden kann, hat der Arbeitgeber daher gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch auf Auskunft über das Ob und den Umfang einer Nebentätigkeit (vgl. BAG 18. Januar 1996 - 6 AZR 314/95 - AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 25 = EzA BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 5). Hierfür kommt es auf die Frage, ob die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, dessen vertragsgemäße Erfüllung zu einem Verstoß gegen das Arbeitszeitrecht führt, ganz oder teilweise nichtig ist, nicht an. Der Arbeitgeber muß unabhängig hiervon Sorge dafür tragen, daß die Vorschriften des ArbZG, die nicht nur dem Schutz des Beschäftigten, sondern auch dem Schutz der anderen Arbeitnehmer dienen, tatsächlich beachtet werden.
- 34** ee) Die Abmahnung ist auch nicht unverhältnismäßig. Denn die Tätigkeit des Klägers bei der W führt unter Berücksichtigung seiner Arbeitszeit von 40 Stunden bei der Beklagten zu einer regelmäßigen Überschreitung der nach § 3 ArbZG zulässigen Arbeitszeit. Danach darf der Arbeitnehmer regelmäßig nur an acht Stunden werktäglich (48 Stunden/Woche) beschäftigt werden. Die

Arbeitszeit darf auf bis zu zehn Stunden werktätlich verlängert werden, wenn im Ausgleichszeitraum von 24 Wochen/6 Monaten die durchschnittliche Arbeitszeit von acht Stunden erreicht wird. Eine Arbeitszeit von mehr als zehn Stunden ist grundsätzlich unzulässig. Wie das Arbeitsgericht richtig ermittelt hat, wird nach den vom Kläger angegebenen Daten die höchstzulässige tägliche Arbeitszeit regelmäßig überschritten. Er arbeitet statt der höchstzulässigen acht Stunden täglich im Durchschnitt täglich 8,65 Stunden.

35 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO .

36

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.