Ausübung von Nebentätigkeiten in der Corona-Krise

RA, FAArbR Patrick Klinkhammer, LL. M.; RA Daniel Mantel, RPO Rechtsanwälte, Köln

Die weltweite Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 setzt unserer Wirtschaft bundesweit stark zu. Dennoch gibt es einige Branchen, die gerade jetzt händeringend Arbeitskräfte suchen. Alleine den deutschen Landwirten fehlten zuletzt bis zu 300.000 Arbeitskräfte. Ebenfalls ein erhöhter Arbeitskräftebedarf besteht in den Bereichen der Pflege und des Lebensmitteleinzelhandels. Demgegenüber liegen ganze Branchen derzeit lahm, allein bis Mitte April 2020 haben rund 725.000 Betriebe Kurzarbeit angezeigt. Dies führt zugleich dazu, dass zahlreiche von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer auf weitere Einkünfte aus einer Nebentätigkeit angewiesen sind, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, zumal durch Kurzarbeit Arbeitskapazitäten frei werden. Der Beitrag soll einen Überblick über die für die Praxis relevantesten Fragestellungen im Zusammenhang mit der Ausübung von Nebentätigkeiten in Zeiten der Corona-Krise geben.

Von zentraler Bedeutung ist zunächst die Frage, ob und inwieweit die Ausübung einer Nebentätigkeit im Rahmen des jeweiligen Arbeitsverhältnisses, d. h. im Verhältnis zum Hauptarbeitgeber, zulässig ist. Unter welchen Voraussetzungen kann der Hauptarbeitgeber in Corona-Zeiten die Nebentätigkeit untersagen? Rechtfertigt die krisenbedingte Ausnahmesituation eine Abweichung von den in st. höchstrichterlicher Rspr- entwickelten Grundsätzen? Was ist arbeitszeitrechtlich zu beachten? Ferner stellen sich Probleme im Verhältnis von Nebentätigkeitsausübung einerseits und Kurzarbeit, Freistellung oder wegen Kinderbetreuung eingetretener Arbeitsverhinderung im Hauptarbeitsverhältnis andererseits. Wie wirkt sich durch Nebentätigkeiten erzielter Erwerb auf die Vergütung, das Kurzarbeitergeld oder auf Entschädigungsansprüche aus? Wie ist das Nebentätigkeitsarbeitsverhältnis möglichst flexibel zu gestalten?

I. Zulässigkeit von Nebentätigkeiten

Die Grundrechte der Berufswahlfreiheit (Art. 12 I 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I GG) ermöglichen es jedem Arbeitnehmer, eine berufliche Nebentätigkeit aufzunehmen, da er außerhalb der Arbeitszeit im Hauptarbeitsverhältnis grds. in der Verwendung seiner Arbeitskraft frei ist. Mit diesem grundgesetzlich geschützten Anspruch auf Ausübung einer Nebentätigkeit korrespondieren gleichfalls ein grds. Anspruch auf deren Genehmigung, sofern eine solche durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag vorgesehen ist, bzw. ein Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers bei Unzulässigkeit der Nebentätigkeit.

Die Grenzen zur Ausübung einer Nebentätigkeit folgen aus der Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers als arbeitsvertraglicher Nebenpflicht (§ 241 II BGB). Die Aufnahme einer Nebentätigkeit ist danach unzulässig, wenn eine Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers zu erwarten ist (BAG, ArbRAktuell 2016, 17 m. Anm. *Hjort*; BAG, NZA 2000, 723, jeweils m. w.N). Dies wird bspw. dann bejaht, wenn die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung unter der Nebentätigkeit leiden, die Nebentätigkeit gegen ein vertragliches Wettbewerbsverbot verstoßen oder sonst einen vertrauenszerstörenden Interessenwiderstreit hervorrufen würde (BAG, ArbRAktuell 2016, 17). Diese von der Rspr. entwickelten Grundsätze bilden auch in Zeiten der Corona-Krise die Ausgangslage, um die Zulässigkeit einer Nebentätigkeit zu bewerten. Fraglich ist, welche Umstände der Arbeitgeber unter besonderer Berücksichtigung der Corona-Situation als zu erwartende Beeinträchtigung seiner Interessen anführen kann, um die Nebentätigkeit zu untersagen.

1. Infektionsgefahr als Versagungsgrund?

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber eine (erhöhte) Infektionsgefahr, welche durch die Ausübung der beabsichtigten Nebentätigkeit für den Arbeitnehmer entstehen würde, als berechtigtes Interesse zur Untersagung heranziehen darf. Die Gefahr, dass sich der Arbeitnehmer im Zuge der Nebentätigkeitsausübung mit dem Coronavirus infiziert, deshalb seine Arbeitspflichten aus dem Hauptarbeitsverhältnis nicht erfüllen kann und ggf. Kollegen ansteckt, mit der Folge, dass es zu erheblichen Ausfallzeiten oder gar einer vorübergehenden Betriebsschließung kommen könnte, kann im Einzelfall – je nach Art der Nebentätigkeit – nicht von der Hand zu weisen sein. Konkret geht es bspw. um Fälle, in denen Arbeitnehmer eine Nebentätigkeit als Kassierer oder Regalauffüller in einem Supermarkt oder gar im medizinischen/pflegerischen Bereich mit (zumindest potentiellem) Kontakt zu nachweislich Corona-Infizierten aufnehmen möchten.

Zur Schärfung der Konturen bei der Ausfüllung des Begriffs der „Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers“ kann zunächst auf die Rspr. zurückgegriffen werden, die zur verschuldeten Herbeiführung einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit i. S. d. § 3 I 1 EFZG, die zum Ausschluss einer Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers führt, entwickelt wurde – allerdings nur in einem äußerst zurückhaltenden Maße, da in der vorliegenden Fragestellung (Zulässigkeit einer Nebentätigkeit im Allgemeinen) im Gegensatz zu § 3 I 1 EFZG nicht nur monetäre Interessen, sondern auch grundgesetzlich geschützte Freiheiten des Arbeitnehmers (Berufswahlfreiheit, allgemeines Persönlichkeitsrecht) zu berücksichtigen sind. Nach dieser Rspr. ist ausschlaggebend, ob das Handeln des Arbeitnehmers durch Ausübung der Nebentätigkeit spezifische Gefahren mit sich bringt und/oder über das zumutbare Maß hinaus erhöht (BAG, NJW 1984, 1706, BAG, NJW 1976, 1367). Hieraus folgt, dass eine bestehende Infektionsgefahr allenfalls dann ein „berechtigtes Interesse“ des Arbeitgebers darstellen kann, wenn durch die Nebentätigkeit eine konkrete, nicht nur

abstrakte Gefahr einer Infektion mit dem Coronavirus entstehen würde, zumal eine solche, die in erheblichem Maße über das allgemeine Infektions-/Lebensrisiko hinausgeht. Eine solche konkretisierte, erheblich erhöhte Infektionsgefahr wird i. d. R. nicht gegeben sein, auch nicht bei einer Nebentätigkeit als Kassierer oder Regalauffüller im Lebensmitteleinzelhandel. Auch wenn hier die abstrakte Gefahr einer Infektion mit dem Coronavirus erheblich erhöht sein mag, ist ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte nicht von einer konkreten Gefährdungslage auszugehen, zumal der Hauptarbeitgeber davon ausgehen muss, dass der Nebentätigkeitsarbeitgeber die krisenbedingt verschärften Arbeitsschutzvorschriften und -empfehlungen einhalten wird, um gerade das Infektionsrisiko der Mitarbeiter in den sensiblen Bereichen möglichst gering zu halten. An eine konkret erhöhte Infektionsgefahr, die über das zumutbare Maß hinausgeht und den Arbeitgeber zur Untersagung der Nebentätigkeit berechtigt, wird man nur in Ausnahmefällen denken können, etwa wenn die Nebentätigkeit in einem Corona-Risikogebiet erfolgen soll oder zwingend den Kontakt zu nachweislich mit Corona Infizierten mit sich bringen würde. Doch auch hier ist im Einzelfall auf die konkrete eintretende Infektionsgefahr des Arbeitnehmers und auf in der Nebentätigkeit getroffene Schutzvorkehrungen abzustellen, zudem darauf, ob der Arbeitnehmer im Hauptarbeitsverhältnis krisenbedingt freigestellt ist bzw. sich im Homeoffice oder in Kurzarbeit Null befindet, da auch hiervon das berechtigte Interesse des Arbeitgebers an der Vermeidung von Arbeitsausfällen abhängig ist.

2. Allgemeines Kontaktverbot als Versagungsgrund?

Derweil scheidet es von vornherein aus, dass sich ein Arbeitgeber bei der Versagung einer Nebentätigkeit auf das allgemein bestehende Kontaktverbot oder das öffentliche Interesse an einer Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus beruft. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Nebentätigkeit richtet sich stets nur nach einer möglichen Beeinträchtigung der individuellen Interessen des Arbeitgebers im Rahmen seiner unternehmerischen Freiheit (Art. 12, 14 GG), so dass Gemeinwohlinteressen außer Acht bleiben. Arbeitsmarkt- sowie sozialpolitische Gesichtspunkte kann der Arbeitgeber nicht als eigenes Interesse in Feld führen (LAG Hamm, NZA 1996, 723; LAG Düsseldorf, NZA 1995, 966).

3. Besonderheiten für systemrelevante Nebentätigkeiten?

Der Frage, ob die beabsichtigte Nebentätigkeit in einem systemrelevanten Bereich (hierzu Näheres unter III.) erfolgt oder nicht, kann für die Bewertung der Zulässigkeit ebenfalls keine Bedeutung beigemessen werden. Ebenso wenig wie der Arbeitgeber kann der Arbeitnehmer arbeitsmarkt- oder sozialpolitische Überlegungen mit in die Interessenabwägung einfügen. Liegen die o. g. Voraussetzungen für die Versagung einer Nebentätigkeit ausnahmsweise vor, so kann der Arbeitgeber auch Nebentätigkeiten in systemrelevanten Branchen unterbinden.

II. Arbeitszeitrechtliche Besonderheiten

Die bisher vom ArbZG vorgegebenen Grenzen zu Höchstarbeits- und Ruhezeiten und sowie zum grundsätzlichen Sonn- und Feiertagsbeschäftigungsverbot (§§ 3, 5, 9 f. ArbZG), sind für systemrelevante Tätigkeiten aufgrund der am 10.4.2020 in Kraft getretenen COVID-19-ArbZV in der Zeit bis zum 30.6.2020 wie folgt modifiziert worden: Zum einen ist eine Erhöhung der Arbeitszeit auf bis zu zwölf Stunden pro Tag und 60 Stunden pro Woche (in dringenden Ausnahmefällen auch mehr) zulässig, vorausgesetzt, diese Erhöhung ist unvermeidbar und zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, des Gesundheitswesens und der pflegerischen Versorgung, der Daseinsvorsorge oder zur Versorgung der Bevölkerung mit existenziellen Gütern notwendig (§ 1 I, III COVID-19-ArbZV). Unter denselben Voraussetzungen sind zum anderen eine Verkürzung der täglichen Ruhezeit um bis zu zwei Stunden bei einer Minimalruhezeit von neun Stunden sowie unter Ausgleich innerhalb von vier Wochen (§ 2 COVID-19-ArbZV) sowie in erweitertem Maße Sonn- und Feiertagsarbeit möglich (§ 3 I, II COVID-19-ArbZV). Bei der vorzunehmenden Zusammenrechnung der Arbeitszeiten von Haupt- und Nebentätigkeit (§ 2 I 1 Hs. 2 ArbZG) sind in systemrelevanten Bereichen bis zum Ablauf des 30.6.2020 ggf. diese neuen Grenzwerte zu beachten.

III. Nebentätigkeiten während der Kurzarbeit

Gerade bei von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmern ist das Interesse an der Aufnahme einer (zumindest vorübergehenden) Nebentätigkeit besonders hoch, um auf diesem Wege die durch die Kurzarbeit im Hauptarbeitsverhältnis eintretenden finanziellen Nachteile zu kompensieren. Die vorgenannten Grundsätze zur Zulässigkeit von Nebentätigkeiten gelten uneingeschränkt auch während einer bestehenden Kurzarbeit. Für den Arbeitnehmer stellt sich in dieser Konstellation insbesondere die Frage, ob er sich durch die Nebentätigkeit erzielten Erwerb auf das Kurzarbeitergeld i. S. d. §§ 95 ff. SGB III anrechnen lassen muss.

In § 106 III SGB III ist vorgesehen, dass Entgelt, welches der kurzarbeitende Arbeitnehmer für Zeiten des Arbeitsausfalls aus einer abhängigen Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit erzielt, die er während des Bezuges von Kurzarbeitergeld aufgenommen hat, voll auf das Kurzarbeitergeld anzurechnen ist, indem es als Bruttoentgelt dem Brutto-Ist-Entgelt i. S. d. § 106 I 3 SGB III zugerechnet wird. Grund für diese Anrechnungsregelung ist, dass davon ausgegangen wird, dass Arbeitnehmer diese Beschäftigungen aufnehmen, um den Lohnausfall während der Kurzarbeit zu kompensieren (BT-Drs 13/4941, S. 187). Deshalb lösen schon vor Beginn des Kurzarbeitergeld-Bezuges bestehende Erwerbstätigkeiten folgerichtig keine Anrechnung aus. Das Entgelt, welches nach § 106 III SGB III auf das Kurzarbeitergeld anzurechnen ist, muss sich auf eine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im Zeitraum der Kurzarbeit beziehen und dem Arbeitnehmer auch im Abrechnungszeitraum des Kurzarbeitergeldes tatsächlich zugeflossen sein. Der bloße Erwerb eines

Anspruchs auf Entgelt reicht insoweit nicht aus (Gagel/*Bieback* SGB III § 106 Rn. 60). § 313 III SGB III i. V. m. § 317 SGB III i. V. m. § 60 I SGB I konstituiert eine Verpflichtung des kurzarbeitergeldempfangenen Arbeitnehmers, der Arbeitsagentur und dem das Kurzarbeitergeld auszahlenden Arbeitgeber die Nebeneinkünfte zu melden.

Um speziell in Corona-Zeiten einen Anreiz für die Aufnahme von Nebentätigkeiten in bestimmten Bereichen zu schaffen, ist mit dem Sozialschutz-Paket vom 27.3.2020 eine von § 106 III SGB III abweichende, befristete Lockerung für Hinzuverdienste während der Kurzarbeit eingeführt worden. Nach § 421 c S. 1 SGB III wird in der Zeit vom 1.4.2020 bis 31.10.2020 Entgelt aus einer während des Kurzarbeitergeld-Bezuges aufgenommenen Beschäftigung in systemrelevanten Branchen und Berufen ausnahmsweise nicht dem Ist-Entgelt hinzugerechnet, soweit die Summe aus den Ist-Entgelten aus der Haupt- und der Nebenbeschäftigung sowie dem Kurzarbeitergeld nicht die Höhe des Soll-Entgelts aus der Hauptbeschäftigung übersteigt. Zu den systemrelevanten Bereichen und Berufen i. S. d. § 421 c S. 1 SGB III zählen – in Anlehnung an die Regelung der BSI-KritisV – insbesondere die folgenden:

-Energie: Strom-, Gas-, Kraftstoffversorgung inklusive Logistik

-Wasserversorgung und Müllentsorgung

-Ernährung und Hygiene: Produktion, Groß- und Einzelhandel inklusive Zulieferung, Logistik

-Informationstechnik und Telekommunikation, insbesondere zur Netzentstörung und -aufrechterhaltung

-Gesundheit: Krankenhäuser, Rettungsdienste, Pflege, niedergelassener Bereich, Medizinprodukte-/Arzneimittelhersteller, Apotheken, Labore

-Finanz- und Wirtschaftswesen: Kreditversorgung der Unternehmen, Bargeldversorgung, Sozialtransfers

-Transport und Verkehr, insbesondere Betrieb für kritische Infrastrukturen, öffentlicher Personen- und Güterverkehr sowie Flug- und Schiffsverkehr

-Medien, insbesondere Nachrichten- und Informationswesen sowie Risiko- und Krisenkommunikation

-Staatliche Verwaltung (Bund, Land, Kommune): Kernaufgaben der öffentlichen Verwaltung und Justiz

-Schulen, Kinder-, Jugend- und Behindertenhilfe: Personal, das die notwendige Betreuung in Schulen, Kindertageseinrichtungen, Kindertagespflege, stationären Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe sowie Einrichtungen für Menschen mit Behinderung sicherstellt.

Nimmt der kurzarbeitende Arbeitnehmer während der Kurzarbeit eine Nebenbeschäftigung in einem systemrelevanten Bereich auf, so hat er den dabei erzielten Verdienst dem Hauptarbeitgeber mitzuteilen, der sodann prüft, ob die Grenze der Anrechnungsfreiheit i. S. d. § 421 c S. 1 SGB III überschritten ist.

IV. Nebentätigkeit während der Freistellung

Auch in den Fällen, in denen Arbeitgeber Mitarbeiter angesichts der Corona-Krise – einseitig oder einvernehmlich – ohne Kurzarbeit vorübergehend – ganz oder teilweise – von der Verpflichtung zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung freistellen (z. B. nach Rückkehr des Arbeitnehmers aus einem Corona-Risikogebiet), gilt zunächst im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Nebentätigkeit des freigestellten Arbeitnehmers uneingeschränkt das unter I. Ausgeführte. Bezogen auf die vergütungsrechtlichen Auswirkungen ergeben sich derweil keine Besonderheiten: Der Arbeitnehmer muss sich auf die von dem sich im Annahmeverzug befindlichen Hauptarbeitgeber fortzuzahlende Vergütung nach allgemeinen Grundsätzen den in der Nebentätigkeit erzielten Zwischenverdienst anspruchsmindernd anrechnen lassen (§ 615 S. 2 BGB), vorausgesetzt, die Freistellung im Hauptarbeitsverhältnis war kausal für die Erzielung des Zwischendienstes, so dass nur solcher Zwischenverdienst anzurechnen ist, der in der Arbeitszeit erzielt wurde, für die der Arbeitnehmer im Hauptarbeitsverhältnis freigestellt war (BAG, NZA 1991, 221). Dies gilt auch dann, wenn es sich um eine Nebentätigkeit in einem systemrelevanten Bereich handelt. Eine Heranziehung des Rechtsgedankens der Anrechnungsfreiheit des § 421 c S. 1 SGB III, mit dem der Gesetzgeber i. S. d. Gemeinwohls einen Anreiz für die Ausübung von Nebentätigkeiten in systemrelevanten Bereichen zu setzen beabsichtigt, kommt zu Lasten des privaten Arbeitgebers nicht in Betracht.

V. Nebentätigkeit während wegen einer Kinderbetreuung eingetretener Arbeitsverhinderung

Wenn Arbeitnehmer in Zeiten, in denen Kinderbetreuungseinrichtungen wie Schulen und Kitas coronabedingt über mehrere Wochen geschlossen sind, an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert sind, ihnen diese infolgedessen unzumutbar i. S. d. § 275 III BGB ist, weil sie keine anderweitige zumutbare Betreuungsmöglichkeit sicherstellen können und daher selbst die Betreuung ihrer betreuungsbedürftigen Kinder (i. d. R. bis zu einem Alter von zwölf Jahren) übernehmen müssen, besteht i. d. R. kein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers. Ein solcher resultiert in dieser Konstellation insbesondere nicht aus § 616 BGB, da dieser nur bei einer Arbeitsverhinderung „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ greift, wovon bei einer mehrwöchigen Verhinderung im Regelfall keine Rede mehr sein kann (str.). Zur Kompensation des dadurch entstehenden Verdienstausfalls sieht nunmehr § 56 I a IfSG einen Anspruch der betreffenden Arbeitnehmer auf Entschädigung, die gem. § 56 II 4 IfSG jedoch nur für längstens sechs Wochen gewährt wird und 67 % des Verdienstausfalls, maximal jedoch € 2.016,00 für jeden vollen

Monat beträgt. Auszuzahlen ist die Entschädigung zunächst durch den Arbeitgeber, der diese sodann auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet erhält (§ 56 V IfSG).

Nimmt der kinderbetreuende Arbeitnehmer in dieser Zeit (bspw. von zu Hause aus) eine Nebentätigkeit in Form einer abhängigen Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit auf, richtet sich die Zulässigkeit dieser Nebentätigkeit uneingeschränkt nach den unter I. dargelegten Grundsätzen. Er muss sich dann aber das Nettoeinkommen aus der Nebentätigkeit, die der Arbeitnehmer als Ersatz für seine eigentliche Arbeitsleistung im Hauptarbeitsverhältnis ausübt, auf die Entschädigung i. S. d. § 56 I a IfSG anrechnen lassen, soweit die Summe aus diesem Einkommen und der Entschädigung den tatsächlichen Verdienstausfall übersteigt (§ 56 VIII 1 Nr. 2 IfSG). In Ermangelung einer dem § 421 c S. 1 SGB III entsprechenden Regelungen gilt diese Anrechnung auch bei Nebentätigkeiten in systemrelevanten Bereichen.

VI. Gestaltung des Nebentätigkeitsarbeitsverhältnisses

Neben der Wahrung seiner Anzeige- bzw. Zustimmungseinholungspflicht und der Beachtung möglicher Anrechnungen des Nebentätigkeitsverdienstes ist der Arbeitnehmer gehalten, das Arbeitsverhältnis mit seinem Nebentätigkeitsarbeitgeber so auszugestalten, dass es nicht zu einer Kollision der sich aus beiden Arbeitsverhältnissen ergebenden Pflichten kommt. Insbesondere hat er auf möglichst flexible Regelungen zur (ggf. sehr kurzfristigen) Beendigung des Nebentätigkeitsarbeitsverhältnisses und zur Arbeitszeitgestaltung in dessen Rahmen zu beachten, um seinem Hauptarbeitgeber wieder uneingeschränkt zur Verfügung zu stehen, wenn dieser bspw. mit einer kurzen Ankündigungsfrist die Kurzarbeit abändert/beendet oder eine Freistellung widerruft, und sich gleichzeitig nicht pflichtwidrig gegenüber seinem Nebenarbeitgeber zu verhalten, wodurch möglicherweise vereinbarte Vertragsstrafen ausgelöst werden könnten. Zu denken ist etwa an ein besonderes Kündigungsrecht mit kürzester Kündigungsfrist oder an einen von vornherein zweckbefristeten Arbeitsvertrag.

VII. Fazit

Besondere Zeiten verlangen besondere Regeln. Dies gilt auch für die arbeits- und sozialrechtliche Handhabung von Nebentätigkeiten in der derzeitigen krisenbedingten Ausnahmesituation. Während bei der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit von Nebentätigkeiten noch auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen ist, sind mannigfaltige Besonderheiten im Hinblick auf arbeitszeitrechtliche Vorgaben sowie Kollisionen mit Kurzarbeitergeld und Entschädigungsansprüchen zu beachten, sowohl arbeitgeber- als auch arbeitnehmerseitig. Hierbei rücken Fragestellungen in den Vordergrund, die bislang kaum Beachtung gefunden haben.