

Aktenzeichen: 6 AZR 398/99
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 22. Februar 2001
- 6 AZR 398/99 -

I. Arbeitsgericht
Dortmund

Urteil vom 25. Februar 1998
- 5 Ca 3790/97 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 29. Januar 1999
- 5 Sa 902/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichworte:

Abmahnung - Nebentätigkeit eines Polizeimusikers

Gesetze:

Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz - LBG NW) § 69 Abs. 1 Ziff. 2, § 68; Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten und Richter im Land Nordrhein-Westfalen (Nebentätigkeitsverordnung - NtV) § 6; Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) vom 23. Februar 1961 § 13 Abs. 2, § 11; GG Art. 12, Art. 5 Abs. 3

Leitsätze:

keine



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 398/99
5 Sa 902/98
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Februar 2001

URTEIL

Schneider, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22. Februar 2001 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Peifer, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Armbrüster, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die ehrenamtlichen Richter Dr. Augat und Knauß für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 29. Januar 1999 - 5 Sa 902/98 - wird zurückgewiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte des Klägers.

Der Kläger ist seit Oktober 1984 als vollzeitbeschäftigter Polizeimusiker bei dem beklagten Land tätig. Auf das Arbeitsverhältnis sind auf Grund einzelvertraglicher Vereinbarung die Bestimmungen des BAT und die diesen ergänzenden und ändernden Tarifverträge in der für den Arbeitgeber geltenden Fassung anzuwenden. Der Kläger war zunächst viele Jahre im Polizeimusikkorps D. eingesetzt. Von November 1995 bis Ende Februar 1997 war die Stelle des musikalischen Leiters dieses Orchesters nicht besetzt. In dieser Zeit nahm der Kläger dessen Aufgaben wahr. Das Musikkorps ist inzwischen aufgelöst und der Kläger versetzt worden.

Seit Beginn seiner Tätigkeit für das beklagte Land wirkte der Kläger nebenberuflich als Saxophonist und Schlagzeuger in verschiedenen musikalischen Gruppen mit, teilweise gegen Entgelt. Das beklagte Land hatte hiervon Kenntnis. Eine Genehmigung oder Anzeige dieser Tätigkeiten verlangte es nicht. Seit dem Dienstantritt eines neuen Personalvorgesetzten beim Polizeimusikkorps D. im Jahr 1996 mußten sich die Mitglieder des Musikkorps jede eigenständige Musikveranstaltung, an der sie nebenberuflich teilnahmen, genehmigen lassen. An den übrigen Standorten von Polizeimusikkorps des Landes sind derartige Tätigkeiten nur einmal im Jahr anzuzeigen; sie werden regelmäßig generell genehmigt.

Der Kläger trat vom 5. bis zum 19. Mai 1997 auf der Insel Fuerteventura 3 - 4 mal in der Woche für je zwei Stunden abends im Rahmen der Clubanimation als Musiker in einer Zweipersonenband auf. Die Band spielte Tanz- und Unterhaltungsmusik. Der Kläger übernahm das Schlagzeug, weil von insgesamt vier Personen, die mitfahren und musizieren sollten, zwei ausgefallen waren. Der weitere Musiker spielte Keyboard. Die Auftritte wurden zT durch Halbplayback unterstützt. Die Musikstücke stellten die Musiker nach dem von ihnen angenommenen Publikumsgeschmack zusammen sowie nach den Wünschen der Clubanimateure, wenn die Gäste gespielte Stücke er-



raten sollten. Der Reiseveranstalter trug die Kosten für Flug, Unterbringung und Verpflegung des Klägers. Eine Genehmigung dieser Tätigkeit als Nebentätigkeit hatte der Kläger bei dem beklagten Land nicht beantragt.

Mit Schreiben vom 30. Mai 1997 mahnte das beklagte Land den Kläger deshalb ab. Mit der Klage begehrt der Kläger Entfernung der Abmahnung aus seiner Personalakte.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, durch die vorangegangene Verwaltungspraxis sei die von ihm ausgeübte Nebentätigkeit generell genehmigt gewesen. Außerdem sei keine Genehmigung erforderlich gewesen, da er auf Fuerteventura künstlerisch tätig gewesen sei. Er verfüge über eine außergewöhnlich hohe musikalische Qualifikation. Auf Fuerteventura habe er im wesentlichen ohne Noten gespielt und auch eigene Songs vorgestellt. Teilweise sei improvisiert und Playback allenfalls zwei oder dreimal eingesetzt worden, und zwar allein wegen des Ausfalls der beiden anderen Musiker. Die freie schöpferische Gestaltungstätigkeit eines Musikers liege auch in seinem Auftritt und der daraus sich ergebenden Kommunikation mit dem Publikum und in dem Unterhaltungswert des Angebots. Eine vertragliche Beschränkung der Nebentätigkeit auf Fälle, in denen der Arbeitgeber eine Nebentätigkeitsgenehmigung erteilt habe, verstoße gegen Art. 12 GG. Wie auch das beklagte Land nicht in Abrede stelle, wäre die Nebentätigkeit genehmigt worden. Deshalb sei ihre Ausübung auch keine Pflichtverletzung gewesen.

Der Kläger hat beantragt,

das beklagte Land zu verurteilen, die Abmahnung vom 30. Mai 1997 aus seiner Personalakte zu entfernen.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, eine generelle Genehmigung sei weder ausdrücklich noch konkludent erteilt worden. Der Tätigkeit des Klägers auf Fuerteventura habe „die freie schöpferische Gestaltung“ als Wesensmerkmal künstlerischer Betätigung gefehlt. Der Kläger habe zum Zwecke der Animation und „zum Tanz“ aufgespielt. Es sei nicht erkennbar, daß Ort und Gelegenheit der musikalischen Darbietungen des Klägers vor Urlaubern vom Bemühen geprägt gewesen seien, den Gästen künstlerische Betätigung als freie schöpferische Gestaltung darzubieten. Der Kläger sei vielmehr rein reproduzierend handwerklich tätig geworden. Nicht die künstlerische Betätigung, sondern wirtschaftliche Zwecke hätten im Vordergrund gestanden. Indiz hierfür sei insbesondere die Regelmäßigkeit, mit der



der Kläger ähnliche Tätigkeiten ausübe und hierdurch Einnahmen erziele. Die Abmahnung sei jedenfalls deshalb gerechtfertigt, weil die Tätigkeit des Klägers anzeigepflichtig gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg. Zu Recht haben die Vorinstanzen die Klage als unbegründet abgewiesen.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung vom 30. Mai 1997 aus seiner Personalakte. Seine Tätigkeit auf Fuerteventura im Jahr 1996 war nach § 11 BAT iVm. § 68 Abs. 1 Nr. 3 LBG NW genehmigungspflichtig. Eine Genehmigung war auch nicht ausnahmsweise nach § 69 Abs. 1 Nr. 2 LBG NW oder im Hinblick auf eine betriebliche Übung oder den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz entbehrlich. Die tarifliche Regelung zur Genehmigung von Nebentätigkeiten, wie sie für den Kläger kraft einzelvertraglicher Bezugnahme gilt, verstößt weder gegen Art. 12 GG noch gegen Art. 5 Abs. 3 GG. Das beklagte Land war berechtigt, das Verhalten des Klägers abzumahnern und die Abmahnung zu seiner Personalakte zu nehmen.

I. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 27. November 1985 - 5 AZR 101/84 - BAGE 50, 202; 15. Juli 1992 - 7 AZR 466/91 - BAGE 71, 14; 14. September 1994 - 5 AZR 632/93 - BAGE 77, 378; 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 34) kann der Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte verlangen.

Bei der Abmahnung handelt es sich um die Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts durch den Arbeitgeber. Als Gläubiger der Arbeitsleistung weist er den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam. Zugleich fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, wenn ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflicht-



verletzung an (BAG 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - aaO mit Rechtsprechungsnachweisen).

Eine solche mißbilligende Äußerung des Arbeitgebers in Form einer Abmahnung ist geeignet, den Arbeitnehmer in seinem beruflichen Fortkommen und seinem Persönlichkeitsrecht zu beeinträchtigen. Deshalb kann der Arbeitnehmer die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangen, wenn die Abmahnung formell nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist (vgl. BAG 16. November 1989 - 6 AZR 64/88 - BAGE 63, 240), unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält (BAG 27. November 1985 - 5 AZR 101/84 - aaO), auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht (BAG 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - aaO), dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt (vgl. nur BAG 31. August 1994 - 7 AZR 893/93 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 98 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 33) oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr besteht (vgl. BAG 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - aaO mwN zur Rechtsprechung des BAG).

II. Keine dieser Voraussetzungen für den Anspruch des Klägers ist erfüllt.

1. Nach dem Inhalt der Abmahnung ist der Kläger vor deren Aufnahme in die Personalakte gem. § 13 Abs. 2 BAT angehört worden; die vorherige Anhörung des Personalrats gem. § 74 PersVG NW hat ebenfalls stattgefunden. Die Abmahnung leidet somit nicht an formellen Mängeln.

2. Der Kläger hat gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen, indem er, ohne über eine Nebentätigkeitsgenehmigung zu verfügen, im Mai 1997 auf Fuerteventura musiziert hat.

a) Auf Grund der einzelvertraglichen Vereinbarung der Parteien gilt für das Arbeitsverhältnis der Parteien der BAT. Nach § 11 BAT finden für die Nebentätigkeit des Angestellten die für die Beamten des Arbeitgebers jeweils geltenden Bestimmungen sinngemäß Anwendung. Diese Verweisung auf die beamtenrechtlichen Bestimmungen (Gesetze, Rechtsverordnungen und Erlasse) ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats zulässig (vgl. nur BAG 25. Juli 1996 - 6 AZR 683/95 - BAGE 83, 311, 315).

Für den Kläger sind danach die für die Nebentätigkeiten der Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen geltenden Bestimmungen in der im Mai 1997 geltenden



Fassung sinngemäß anzuwenden. Das LBG NW vom 1. Mai 1981 (GV NW S 234) idF vom 29. April 1997 (GV NW S 82) lautet auszugsweise wie folgt:

§ 68

- (1) Der Beamte bedarf, soweit er nicht nach § 67 zur Übernahme verpflichtet ist, der vorherigen Genehmigung
 1. zur Übernahme einer Vormundschaft, Betreuung, Pflegschaft oder Testamentsvollstreckung,
 2. zur Übernahme eines Nebenamtes,
 3. zur Übernahme einer Nebenbeschäftigung gegen Vergütung, zu einer gewerblichen Tätigkeit, zur Mitarbeit in einem Gewerbebetrieb oder Ausübung eines freien Berufes,
 4. zum Eintritt in den Vorstand, Aufsichtsrat, ...
- (3) Die Genehmigung ist für jede einzelne Nebentätigkeit zu erteilen und auf längstens fünf Jahre zu befristen; ...

§ 69

- (1) Nicht genehmigungspflichtig ist
 1. die Verwaltung eigenen oder der Nutznießung des Beamten unterliegenden Vermögens,
 2. eine schriftstellerische, wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragstätigkeit des Beamten,
 3. die mit Lehr- oder Forschungsaufgaben zusammenhängende selbständige Gutachtertätigkeit von Lehrern an öffentlichen Hochschulen, die als solche zu Beamten ernannt sind, und Beamten an wissenschaftlichen Institutionen und Anstalten außerhalb der öffentlichen Hochschulen,
 4. die Tätigkeit zur Wahrung von Berufsinteressen der Beamten in ...
 5. die unentgeltliche Tätigkeit in Organen von Genossenschaften.

In der auf Grund von § 75 LBG NW ergangenen Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten und Richter im Land Nordrhein-Westfalen (NtV) vom



21. September 1982 (GV NW S 605) idF vom 6. Dezember 1994 (GV NW S 1069)
heißt es:

§ 6

Genehmigung im Einzelfall

- (1) Die Genehmigung ist für jede einzelne Nebentätigkeit zu erteilen; sie kann auch für fortlaufende oder wiederkehrende und gleichartige Nebentätigkeiten erteilt werden.

§ 9

Nicht genehmigungspflichtige Tätigkeiten

- (1) Schriftstellerische, wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragstätigkeiten sind nicht genehmigungspflichtig (§ 69 Abs. 1 Nr. 2 LBG). Mit den dienstlichen Interessen können aber vertragliche Bindungen des Beamten für einen längeren Zeitraum zur fortlaufenden Fertigung von schriftstellerischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeiten unvereinbar sein. Eine gewerbs- oder geschäftsmäßige Verwertung ist nach § 68 Abs. 1 Nr. 3 LBG genehmigungspflichtig. Nicht genehmigungspflichtige Vortragstätigkeit liegt nicht vor, ...

Durch die tariflich bestimmte „sinngemäße“ Anwendung der beamtenrechtlichen Bestimmungen ist deren Anwendung auf Angestellte im vorliegenden Fall nicht eingeschränkt. Die „sinngemäße“ Anwendung führt dazu, daß diejenigen Vorschriften des Landesbeamtengesetzes bzw. der Landesnebentätigkeitsverordnung nicht angewendet werden können, denen beamtenspezifische Gründe zugrunde liegen. Regelungen, die nach ihrem Sinn und Zweck nur für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis eines Beamten in Betracht kommen, sind auf das privatrechtlich ausgestaltete Arbeitsverhältnis eines Angestellten nicht anwendbar. Derartige Gründe stehen der Anwendung der hier in Betracht kommenden Vorschriften über die Genehmigungspflicht von Nebentätigkeiten auf Angestellte nicht entgegen.

b) Das Auftreten des Klägers auf Fuerteventura im Mai 1997 war gem. § 11 Satz 1 BAT iVm. § 68 Abs. 1 Nr. 3 LBG NW genehmigungspflichtig.

aa) Der Kläger hat, worüber die Parteien auch nicht streiten, eine Nebenbeschäftigung ausgeübt, denn er ist einer Tätigkeit nachgegangen, die nicht zu seiner Haupttätigkeit gehört (vgl. § 2 Abs. 3 NtV; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese BAT Stand Februar 2001 § 11 Erl. 3 a). Er hat dafür eine Vergütung erhalten. Nach § 11 Abs. 1



NtV ist Vergütung für eine Nebentätigkeit jede Gegenleistung in Geld oder geldwerten Vorteilen, also auch die Kosten für Fahrt, Unterkunft und Verpflegung, die dem Kläger erstattet wurden.

bb) Die durch die tarifliche Verweisung auf die beamtenrechtlichen Bestimmungen für Angestellte im öffentlichen Dienst begründete Pflicht zur vorherigen Einholung einer Nebentätigkeitsgenehmigung verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Die darin liegende Einschränkung der Möglichkeiten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, ihre Arbeitskraft außerhalb des öffentlichen Dienstes zu Erwerbszwecken auszunutzen, greift zwar in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein. Dies ist jedoch nach der Rechtsprechung des Senats für den Bereich des öffentlichen Dienstes insoweit unbedenklich, als zu besorgen ist, daß durch die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigt werden (*vgl. nur BAG 24. Juni 1999 - 6 AZR 605/97 - AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 5 = EzA BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2; 7. Dezember 1989 - 6 AZR 241/88 - ZTR 1990, 379*). Dementsprechend hat der Senat eine dem § 68 Abs. 2 LBG NW vergleichbare Vorschrift im LBG BW, wonach die Genehmigung zu versagen ist, „wenn zu besorgen ist, daß durch die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigt werden“, verfassungskonform dahin ausgelegt, daß dem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber kein Ermessensspielraum zusteht, vielmehr ein Rechtsanspruch auf Genehmigung besteht, wenn der Versagungsgrund nicht vorliegt (*Senat 7. Dezember 1989 aaO*). Dieser Grundsatz gilt auch hier.

c) Die Ausnahmegvorschrift des § 69 Abs. 1 Nr. 2 LBG NW greift nicht ein. Nach ihr ist neben wissenschaftlicher, schriftstellerischer und Vortragstätigkeit des Beamten auch die künstlerische Tätigkeit genehmigungsfrei.

aa) Um künstlerische Tätigkeit, die mit den im gleichen Zusammenhang genannten drei anderen Betätigungen verglichen werden könnte, handelte es sich bei dem Auftritt des Klägers, der Gegenstand der Abmahnung war, nicht.

Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist unter dem Begriff Kunst, von dem „künstlerisch“ abgeleitet ist, das schöpferische Gestalten aus den verschiedensten Materialien oder mit den Mitteln der Sprache, der Töne in Auseinandersetzung mit Natur und Welt zu verstehen (*vgl. nur Duden Das große Wörterbuch der Deutschen Sprache 2. Aufl. S 2025*). Auch das Bundesverfassungsgericht betont in seinem Kunstbegriff das Merkmal des Schöpferischen sowie des Ausdrucks persönlichen Erlebens. „Das wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Ge-



staltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht auflösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers (*BVerfG 24. Februar 1971 - 1 BvR 435/68 - BVerfGE 30, 173, 189; 27. November 1990 - 1 BvR 402/87 - BVerfGE 83, 130, 138*). Die Tätigkeit des Angestellten selbst muß das Merkmal des schöpferisch Gestaltenden aufweisen, wie die Wortwahl der Vorschrift zeigt. Es genügt also nicht etwa die Präsentation, Wiedergabe oder der Verkauf künstlerischer Werke anderer, soweit nicht diese Tätigkeit selbst sich als künstlerisch im oben aufgezeichneten Sinne darstellt.

Dafür, daß von § 69 LBG NW Kunst iS schöpferischer Gestaltung gefordert wird und nicht etwa nur auf einen formalen Kunstbegriff abzustellen ist, wie der Kläger zunächst meinte, sprechen auch der Charakter der Vorschrift als Ausnahme von der grundsätzlichen Genehmigungsbedürftigkeit sowie der Zweck des Genehmigungsvorbehalts. Anders als im Künstlersozialversicherungsgesetz, das an das formale Element des Ausübens von Musik anknüpft, um im Interesse der Künstlersozialversicherung, der Versicherten und der Allgemeinheit möglichst viele im Bereich der Kunst Tätige zu erfassen, spricht im Nebentätigkeitsrecht der Zweck dafür, die Ausnahmen ihrem Charakter entsprechend eng auszulegen, um vorab die Beeinträchtigung dienstlicher Interessen prüfen zu können.

bb) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht zu Recht das Auftreten des Klägers auf Fuerteventura im Mai 1997 nicht als genehmigungsfrei angesehen.

Das Spielen von Tanz- und Unterhaltungsmusik in einem Ferienclub stellte sich nicht als freie schöpferische Gestaltung und Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Klägers dar. Solches ergab sich auch nicht aus der Gestaltung der einzelnen Auftritte. Diese waren durch den Charakter der Veranstaltung vorgegeben. Die Auswahl der Stücke erfolgte nach dem angenommenen Publikumsgeschmack und den Wünschen der Animatoren. Es bestand kein nennenswerter Spielraum, der etwa freies schöpferisches Gestalten durch die Programmgestaltung des Abends ermöglicht hätte.

Auch die eigentliche musikalische Darbietung kann nicht als Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Klägers gelten. Wie das Landesarbeitsgericht zu Recht



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

angenommen hat, liegt eine rein reproduzierende Tätigkeit vor, eine Dienstleistung, die jeder andere - mit der musikalischen Ausbildung und Qualifikation des Klägers - in gleicher Weise hätte erbringen können (*vgl. zu dieser Abgrenzung Sembdner PersV 1981, 305, 307*). Es geht bei Musik- und Tanzveranstaltungen nicht darum, eine schöpferische Umsetzung von Kompositionen als Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Darbietenden darzustellen. Es geht um die möglichst gelungene Darbietung von Musik, die die Menschen kennen - hier um sie zu erraten - und so hören möchten, wie sie sie kennen. Thema ist nicht die Gestaltung und die Person oder Persönlichkeit des Künstlers.

Dem Hinweis des Klägers darauf, er verfüge über eine besondere musikalische Qualifikation und habe auf Fuerteventura ohne Noten gespielt, hat das Landesarbeitsgericht zu Recht im hier vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung beigegeben. Denn die Frage der künstlerischen Tätigkeit entscheidet sich nicht nach Bewertungskriterien wie etwa „gut“ oder „schlecht“ (*vgl. nur Sachs/Bethge GG 2. Aufl. Art. 5 Rn. 187*).

Auch wenn der Kläger eigene Stücke spielt und gelegentlich improvisiert haben sollte, gilt nichts anderes. Zwar mögen für die Darbietung eigener Kompositionen, etwa wegen des engen Zusammenhangs mit der eigenen schöpferischen Tätigkeit, die im Komponieren liegt, andere Grundsätze gelten als für die Darbietung fremder Musikstücke. Jedoch kann das Spielen einiger weniger selbst komponierter Stücke sowie auch die gelegentliche eigene Gestaltung, wie sie im Improvisieren gesehen werden mag, der Tätigkeit des Klägers auf Fuerteventura, die sich in ihrem durch Ort und Anlaß bestimmten Gesamtgepräge als reproduzierend darstellt, nicht das Attribut „künstlerisch“ iSd. § 69 Abs. 1 Nr. 2 LBG NW verleihen.

cc) Die durch § 11 Abs. 1 BAT iVm. §§ 68, 69 LBG NW begründete Genehmigungspflicht von Nebentätigkeiten, die im wesentlichen in der Wiedergabe fremder Kompositionen bestehen, ist mit Art. 5 Abs. 3 GG vereinbar. Diese Verfassungsnorm gebietet es nicht, solche Nebentätigkeiten von einer vorherigen Genehmigung freizustellen (*vgl. auch BVerwG 9. November 1989 - 7 C 81.88 - BVerwGE 84, 71, wonach es die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG nicht erfordert, Straßenkunst von der Einholung einer Sondernutzungserlaubnis freizustellen*).

Die Verpflichtung zur Einholung einer vorherigen Genehmigung soll den Arbeitgeber in die Lage versetzen, zu prüfen, ob durch die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigt werden (*BAG 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - aaO*). Die Vor-



schriften über die Genehmigungspflicht von Nebentätigkeiten dienen damit der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes, der ordnungsgemäßen Erfüllung der den Beamten und Angestellten obliegenden Amtspflichten und damit auch dem Vertrauen der Öffentlichkeit in die Leistungen der öffentlichen Verwaltung (v. Roetteken/Rothländer *Hessisches Bedienstetenrecht Stand Februar 2001 § 79 HBG Rn. 21*). Damit sind nicht nur für Beamte nach Art. 33 Abs. 5 GG mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte betroffen (Baumgärtel/Fieberg in *GKÖD Bd. IV Stand November 2000 T § 11 Rn. 3*; VGH Baden-Württemberg 28. November 1995 - PL 15 S 2169/94 - ZBR 1996, 345 = PersV 1997, 267). Vielmehr sind Bestand und Funktionsfähigkeit der verschiedenen Verwaltungsbereiche durch ihr Benennung im Grundgesetz - etwa die Polizei in Art. 87 a Abs. 1 Satz 1 GG - als solche anerkannt (vgl. dazu von Münch in von Münch/Kunig GG 5. Aufl. Vorb. Art. 1 - 19 Rn. 57). Dieser Wert rechtfertigt es, der Kunstfreiheit die maßvollen Beschränkungen, um die es hier geht, aufzuerlegen (vgl. BVerfG 3. November 1987 - 1 BvR 1257/84 - BVerfGE 77, 240).

d) Entgegen der Auffassung des Klägers entfällt die Anwendung des § 68 LBG NW auf das Arbeitsverhältnis nicht etwa deshalb, weil das beklagte Land den dort geregelten Genehmigungsvorbehalt über viele Jahre hinweg nicht ausgeübt hat. Dadurch ist keine Rechtsposition des Klägers entstanden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist für die Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes davon auszugehen, daß der Arbeitgeber im Zweifel nur die von ihm zu beachtenden gesetzlichen und tarifvertraglichen Normen vollziehen will. Ein Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes muß grundsätzlich davon ausgehen, daß ihm sein Arbeitgeber nur die Leistungen gewähren will, zu denen er rechtlich verpflichtet ist. Ohne besondere Anhaltspunkte darf der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes deshalb auch bei langjähriger Gewährung von Vergünstigungen, die den Rahmen rechtlicher Verpflichtungen des Arbeitgebers überschreiten, nicht darauf vertrauen, die Übung sei Vertragsinhalt geworden und werde unbefristet fortgesetzt. Er muß vielmehr damit rechnen, daß eine fehlerhafte Rechtsanwendung korrigiert wird (vgl. nur BAG 18. Januar 1996 - 6 AZR 314/95 - AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 25 = EzA BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 5, zu III 3 der Gründe). Darüber hinaus konnten der Kläger und die übrigen Beschäftigten des Polizeimusikkorps D. zum Zeitpunkt der hier in Rede stehenden Nebentätigkeit im Mai 1997 ohnehin nicht mehr darauf vertrauen, das beklagte Land werde auf Dauer Nebentätigkeiten ohne Anzeige und ohne Genehmigung dulden, denn seit dem Dienstantritt des neuen Per-



sonalvorgesetzten im Jahr 1996 war die frühere Handhabung aufgegeben worden. Seit diesem Zeitpunkt wurde für jede Musikveranstaltung eine Nebentätigkeitsgenehmigung verlangt.

e) Der Kläger kann sich auch nicht mit Erfolg auf einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen. Er verweist darauf, daß an den übrigen Standorten von Polizeimusikkorps die Teilnahme an Musikveranstaltungen nur einmal im Jahr anzuzeigen ist und allgemein genehmigt wird. Darauf kommt es jedoch nicht an.

Nach der unbestrittenen Behauptung des Klägers wird über die Genehmigung nach § 6 Abs. 1 NtV und insbesondere über die Voraussetzungen ihrer Erteilung im Einzelfall oder allgemein nicht zentral für alle Polizeimusikkorps des beklagten Landes entschieden. Vielmehr trifft der für das jeweilige Musikkorps zuständige Dienstvorgesetzte die entsprechende Entscheidung. Seine Kompetenz ist ebenso wie die der für die übrigen Polizeimusikkorps jeweils zuständigen Vorgesetzten auf den eigenen Zuständigkeitsbereich beschränkt. Sie sind einerseits nicht in der Lage, die Praxis im Kompetenzbereich des jeweils anderen zu beeinflussen und andererseits wegen ihrer Bindung an Gesetz und Recht auch nicht verpflichtet, ihre eigene Praxis daran auszurichten. Daraus folgt, daß der Kläger keinen Anspruch darauf hat, mit den Beschäftigten in den anderen Polizeimusikkorps gleich behandelt zu werden bei Anwendung des § 6 NtV iVm. § 68 LBG NW.

3. Die Abmahnung ist schließlich nicht etwa deshalb aus der Personalakte zu entfernen, weil, wie der Kläger meint, ihm darin zu Unrecht die Ausübung der Nebentätigkeit und nicht die Tatsache, daß er zuvor keine Genehmigung beantragt hat, vorgeworfen wird.

Das beklagte Land hat in der Abmahnung vom 30. Mai 1997 zwar formuliert:

„Die Ausübung einer Nebentätigkeit ohne meine vorherige Genehmigung stellt eine Pflichtverletzung Ihrer sich aus § 8 iVm. § 11 BAT sowie Ihrem Arbeitsvertrag ergebenden Dienstpflichten dar.“

Damit ist aber die Pflichtverletzung des Klägers zutreffend beschrieben. Der Kläger durfte ohne Genehmigung die Tätigkeit nicht ausüben. Der weitergehende Vorwurf, er habe eine auch in der Sache nicht erlaubte, also nicht genehmigungsfähige Tätigkeit ausgeübt, den der Kläger der Abmahnung entnimmt, ist in ihr nicht enthalten.



4. Die Abmahnung kann nicht im Hinblick auf die Bedeutung des Pflichtverstoßes, der eine durchaus genehmigungsfähige Nebentätigkeit betraf, als unverhältnismäßig angesehen werden.

Ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Einholung einer vorherigen Genehmigung kann auch dann Gegenstand einer Abmahnung sein, wenn der Sache nach ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung für die Nebentätigkeit besteht. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran, selbst zu prüfen, ob Versagungsgründe vorliegen oder nicht und den Arbeitnehmer auf seine Verpflichtung hinzuweisen (*BAG 30. Mai 1996 - 6 AZR 537/95 - aaO*).

5. Der Entfernungsanspruch ist nicht deshalb begründet, weil das beklagte Land kein schutzwürdiges Interesse am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr hat.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitnehmer die Entfernung eines Schreibens aus der Personalakte auch verlangen, wenn es auf einer wahren Sachverhaltsdarstellung beruht. Voraussetzung ist, daß es für die weitere Beurteilung des Arbeitnehmers überflüssig geworden ist und ihn in seiner beruflichen Entwicklungsmöglichkeit fortwirkend beeinträchtigen kann (*BAG aaO*). Diese Voraussetzungen sind vorliegend jedoch nicht gegeben. Zwischen den Parteien steht gerade die Frage der Genehmigungspflicht der musikalischen Auftritte des Klägers in Streit. Der Kläger will entsprechende Tätigkeiten weiterhin ausüben und hat einen entsprechenden Feststellungsantrag gestellt. Deshalb ist ein Interesse des beklagten Landes anzuerkennen, auf die zukünftige Beachtung des Genehmigungsvorbehalts hinzuweisen. Dem steht auch nicht etwa das noch anhängige Verfahren entgegen, mit dem der Kläger allgemein festgestellt wissen will, daß seine musikalischen Nebentätigkeiten nicht genehmigungspflichtig sind. Das beklagte Land braucht sich nicht auf den Ausgang dieses Verfahrens verweisen zu lassen. Die Abmahnung ist nicht überflüssig geworden (*vgl. dazu BAG aaO*).



III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Peifer

Dr. Armbrüster

Gräfl

Augat

D. Knauß



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)