

Aktenzeichen: 6 AZR 537/95
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 30. Mai 1996
- 6 AZR 537/95 -

I. Arbeitsgericht
Bochum

Urteil vom 11. Februar 1994
- 1 Ca 2353/93 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 22. Februar 1995
- 2 Sa 586/94 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein



Entscheidungsstichwort:

Abmahnung - Ausübung einer Nebentätigkeit ohne Genehmigung

Gesetz:

BGB § 611 Fürsorgepflicht, §§ 242, 1004; Landesbeamtengesetz
Nordrhein-Westfalen (LBG NW) § 68 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1;
BAT § 11

Leitsätze:

1. Teilzeitbeschäftigte Angestellte bedürfen nach § 11 BAT in Verbindung mit § 68 Abs. 1 Nr. 3 LBG NW auch dann einer Genehmigung für eine Nebentätigkeit, wenn die zeitliche Beanspruchung durch die Teilzeittätigkeit zusammen mit der zeitlichen Beanspruchung durch die Nebentätigkeit die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Angestellten nicht überschreitet.

2. Wird eine solche Nebentätigkeit ohne Genehmigung ausgeübt, kann die Erteilung einer Abmahnung wegen dieses Verhaltens berechtigt sein.



6 AZR 537/95

2 Sa 586/94 Hamm

Verkündet am
30. Mai 1996

Backes,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. März 1996 durch den Vizepräsidenten Dr. Peifer, die Richter Dr. Freitag und Dr. Armbrüster sowie die ehrenamtlichen Richter Soltau und Dr. Augat für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. Februar 1995 - 2 Sa 586/94 - aufgehoben.
2. Das Versäumnisurteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 7. Dezember 1994, durch das die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum vom 11. Februar 1994 - 1 Ca 2353/93 - zurückgewiesen wurde, wird aufrecht erhalten.
3. Die Klägerin trägt auch die weiteren Kosten der Berufung und der Revision.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

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

Die Klägerin ist seit dem 14. August 1980 bei der R -Uni-versität B des beklagten Landes als Verwaltungsangestellte mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19,25 Stunden beschäftigt. Ihre tägliche Arbeitszeit endet um 12.30 Uhr. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) Anwendung.

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks A Marktstraße in B . Aufgrund eines ihr eingeräumten Vorkaufsrechts erwarb sie im Jahre 1989 das Nachbargrundstück. Auf diesem befindet sich eine sog. Trinkhalle, die seit März 1989 von der Klägerin weiterbetrieben wird. Die Trinkhalle ist montags bis



sonntags von 15.00 bis 21.00 Uhr geöffnet. Donnerstag ist Ruhetag. Die Klägerin arbeitet selbst an zwei Tagen in der Woche von 15.00 Uhr bis 21.00 Uhr und erledigt die Buchführung, die ca. 1,5 Stunden im Monat beansprucht.

Die Klägerin beantragte beim beklagten Land eine Nebentätigkeitsgenehmigung zum Betrieb der Trinkhalle. Mit Schreiben vom 14. April 1989 wurde ihr eine Nebentätigkeitsgenehmigung befristet bis zum 30. März 1990 erteilt.

Mit Schreiben vom 28. Juli 1993 an das Dezernat für Personalangelegenheiten der Universität beantragte die Vorgesetzte der Klägerin, diese wegen unzureichender Arbeitsleistungen unter Rückgruppierung aus der VergGr. VI b BAT aus ihrem Arbeitsbereich in der Universitätskasse umzusetzen. Sie vertrat ferner die Auffassung, die von der Klägerin erbrachten Leistungen ließen die Ausübung einer Nebentätigkeit nicht mehr zu.

Zum Inhalt dieses Schreibens wurde die Klägerin am 19. August 1993 im Beisein eines Mitglieds des Personalrats angehört. In diesem Gespräch wurde ihr u.a. angekündigt, wegen Ausübung einer nicht genehmigten Nebentätigkeit werde nach vorheriger Zustimmung des Personalrats eine Abmahnung erteilt.

Mit Schreiben vom 23. August 1993 beantragte die Klägerin erneut eine Nebentätigkeitsgenehmigung zum Betrieb der Trinkhalle.



Mit Schreiben vom 7. September 1993, das von der Klägerin am 13. September 1993 in Empfang genommen wurde, erteilte der Rektor der Universität der Klägerin folgende Abmahnung, die zu ihren Personalakten genommen wurde:

"Sehr geehrte Frau R ,

in der Anhörung vom 19.08.1993 hat sich herausgestellt, daß Sie eine Trinkhalle betreiben, ohne hierfür eine nach § 11 BAT erforderliche Nebentätigkeitsgenehmigung zu besitzen.

Da Sie damit gegen Ihre arbeitsrechtlichen Pflichten verstoßen haben, erteile ich Ihnen hiermit eine Abmahnung.

Ferner weise ich Sie darauf hin, daß Sie mit einer Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses rechnen müssen, wenn Sie die Trinkhalle weiterhin ohne Genehmigung betreiben."

Auf den Antrag der Klägerin vom 23. August 1993 wurde ihr am 2. November 1993 eine Nebentätigkeitsgenehmigung zum Betrieb einer Trinkhalle im Umfang von maximal 8 Stunden wöchentlich befristet bis zum 31. Dezember 1994 erteilt.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Abmahnung sei aus ihrer Personalakte zu entfernen, da sie ungerechtfertigt sei. Das Betreiben der Trinkhalle sei für sie als teilzeitbeschäftigte Angestellte nicht genehmigungspflichtig, da die zeitliche Beanspruchung den Umfang der regelmäßigen tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit nicht überschreite. Sie habe maximal 12 Stunden wöchentlich in der Trinkhalle gearbeitet. Bei Unterstützung durch ihren Ehemann habe die effektive Arbeitszeit nicht mehr als 10 Stunden wöchentlich betragen. Auch nach der Auffassung einer Kommission der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) zur Ausübung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

von Nebentätigkeiten durch Teilzeitbeschäftigte, bei denen die Teilzeitarbeit nicht entsprechend den beamtenrechtlichen Vorschriften arbeitsmarkt- oder familienbezogen sei, seien Nebentätigkeiten bis zum Umfang der regelmäßigen tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit genehmigungsfrei. Diesen zeitlichen Umfang habe ihre Tätigkeit in der Trinkhalle nicht erreicht. Ihre Arbeitsleistungen seien von dieser Tätigkeit nicht beeinträchtigt worden. Im übrigen sei ihr nicht bewußt gewesen, daß die Nebentätigkeitsgenehmigung vom 14. April 1989 nur befristet bis zum 31. März 1990 erteilt worden sei. Eine solche Befristung sei auch unzulässig.

Die Klägerin hat beantragt,

das beklagte Land zu verurteilen, die ihr erteilte Abmahnung vom 7. September 1993 aus der Personalakte zu entfernen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es vertritt die Auffassung, die Abmahnung sei zu Recht erfolgt, da die Klägerin mit der Ausübung einer nach dem 31. März 1990 nicht mehr genehmigten Nebentätigkeit ihre arbeitsvertraglichen Pflichten objektiv verletzt habe. Auch bei Teilzeitbeschäftigten, bei denen die Teilzeitarbeit nicht arbeitsmarkt- oder familienbezogen sei, seien Nebentätigkeiten genehmigungspflichtig, die zusammen mit der Teilzeitbeschäftigung den zeitlichen Umfang der regelmäßigen tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit nicht überschritten. Dies folge daraus, daß auch bei derartigen Nebentätigkeiten dem Arbeitgeber die Prüfung vorbehalten bleiben solle, ob nicht die Nebentätigkeit unabhängig von der zeitlichen Beanspruchung des



Angestellten entsprechend den beamtenrechtlichen Vorschriften aus anderen Gründen, die zur Beeinträchtigung dienstlicher Interessen führten, zu versagen sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit Versäumnisurteil vom 7. Dezember 1994 hat das Landesarbeitsgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Auf den Einspruch der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht das Versäumnisurteil aufgehoben und der Klage stattgegeben. Mit der Revision begehrt das beklagte Land, das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des berufsgerichtlichen Urteils und zur Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils vom 7. Dezember 1994, durch das die Berufung der Klägerin gegen das klageabweisende erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen wurde. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus ihrer Personalakte.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das beklagte Land sei verpflichtet, die Abmahnung aus der Personalakte der Klägerin zu entfernen. Der Vorwurf, eine Nebentätigkeit ohne Genehmigung ausgeübt zu haben, sei ungerechtfertigt. Die Klägerin habe für ihre Tätigkeit in der Trinkhalle keine Nebentätigkeitsgenehmigung benötigt. Dies folge aus der sinngemäßen Anwendung der für die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Beamten des Arbeitgebers jeweils geltenden Bestimmungen auf die Nebentätigkeit von teilzeitbeschäftigten Angestellten, wie sie von einer TdL-Kommission interpretiert worden seien.

Eine Teilzeittätigkeit von Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen sei nur aus arbeitsmarkt- bzw. familienbezogenen Gründen möglich. In den übrigen Fällen von Teilzeitarbeit seien die beamtenrechtlichen Vorschriften erst dann anzuwenden, wenn die Nebentätigkeit zusammen mit der Erstbeschäftigung die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit eines Vollbeschäftigten überschreite. Sei diese Voraussetzung, wie bei der Klägerin, deren Nebentätigkeit höchstens 12 Stunden wöchentlich betragen habe, nicht erfüllt, sei die Nebentätigkeit genehmigungsfrei.

II. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Das beklagte Land ist nicht verpflichtet, die Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen. Die Klägerin hat ihre arbeitsvertraglichen Pflichten dadurch verletzt, daß sie seit dem 1. April 1990 mit ihrer Tätigkeit in der Trinkhalle eine Nebentätigkeit ohne die erforderliche Genehmigung ausübte. Das beklagte Land war berechtigt, dieses Verhalten abzumahnern und die Abmahnung zur Personalakte der Klägerin zu nehmen.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG Urteil vom 27. November 1985 - 5 AZR 101/84 - AP Nr. 93 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; BAGE 50, 362 = AP Nr. 96 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Urteile vom 5. August 1992 - 5 AZR 531/91 - und vom 15. Juli 1992 - 7 AZR 466/91 - AP Nr. 8 und 9 zu § 611 BGB



Abmahnung; vom 14. September 1994 - 5 AZR 632/93 - AP Nr. 13 zu § 611 BGB Abmahnung, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) 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 der Arbeitgeber den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (Rüge- bzw. Dokumentationsfunktion; vgl. BAG Urteil vom 26. Januar 1995 - 2 AZR 649/94 - AP Nr. 34 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). 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 Pflichtverletzung an (Warnfunktion; vgl. BAG Urteil vom 10. November 1993 - 7 AZR 682/92 - AP Nr. 4 zu § 78 BetrVG 1972).

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. BAGE 63, 240 = AP Nr. 2 zu § 13 BAT), sie unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält (BAG Urteil vom 27. November 1985 - 5 AZR 101/84 - AP Nr. 93 zu § 611 BGB



Fürsorgepflicht), der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt wird (BAG Urteil vom 13. November 1991 - 5 AZR 74/91 - AP Nr. 7 zu § 611 BGB Abmahnung; Urteil vom 10. November 1993 - 7 AZR 682/92 - AP Nr. 4 zu § 78 BetrVG 1972; Urteil vom 31. August 1994 - 7 AZR 893/93 - AP Nr. 98 zu § 37 BetrVG 1972) oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr besteht (vgl. BAG Urteil vom 27. Januar 1988 - 5 AZR 604/86 - ZTR 1988, 309; Urteil vom 13. April 1988 - 5 AZR 537/86 - AP Nr. 100 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Urteil vom 8. Februar 1989 - 5 AZR 40/88 - ZTR 1989, 236; Urteil vom 14. Dezember 1994 - 5 AZR 137/94 - AP Nr. 15 zu § 611 BGB Abmahnung, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

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 seine arbeitsvertraglichen Pflichten rügt (BAG Urteile vom 7. September 1988 - 5 AZR 625/87 - AP Nr. 2 zu § 611 BGB Abmahnung und vom 10. Januar 1992 - 7 AZR 194/91 - AP Nr. 84 zu § 37 BetrVG 1972). Eine solche Rüge ist jedoch nicht nur ungerechtfertigt, wenn sie unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, sondern auch dann, wenn sie auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht.



2. Die Klägerin hat objektiv gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen, indem sie seit dem 1. April 1990 eine Trinkhalle betrieb, ohne die dafür erforderliche Nebentätigkeitsgenehmigung zu besitzen.

a) Nach § 11 Satz 1 BAT sind für die Nebentätigkeit eines Angestellten die für die Beamten des Arbeitgebers jeweils geltenden Bestimmungen sinngemäß anzuwenden. Diese Verweisung auf die beamtenrechtlichen Bestimmungen (Gesetze, Rechtsverordnungen und Erlasse) ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats zulässig (BAG Urteil vom 7. Dezember 1989 - 6 AZR 241/88 - ZTR 1990, 379 m.w.N.).

Danach fanden für die Nebentätigkeit der Klägerin nach Ablauf der bis zum 31. März 1990 erteilten Nebentätigkeitsgenehmigung die für die Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen geltenden Bestimmungen sinngemäß Anwendung. Dies waren die §§ 67 bis 75 b LBG NW i.d.F.v. 7. März 1990 (GV NW S. 196) sowie die Vorschriften der Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten und Richter im Lande Nordrhein-Westfalen vom 21. September 1982 (GV NW S. 605, 689) i.d.F.v. 26. Mai 1988 (GV NW S. 214).

b) Nach § 68 Abs. 1 Nr. 3 LBG NW bedarf der Beamte der vorherigen Genehmigung zu einer gewerblichen Tätigkeit. Eine solche Tätigkeit übte die Klägerin aus, indem sie die Trinkhalle als selbstständiges Gewerbe betrieb. Deshalb bedurfte sie dazu grundsätzlich der Genehmigung durch das beklagte Land.



c) Nach § 11 BAT sind die beamtenrechtlichen Bestimmungen auf Angestellte jedoch nur "sinngemäß" anzuwenden. Aus dieser tariflichen Einschränkung folgert das Landesarbeitsgericht unter Heranziehung der in einer Niederschrift über die Sitzung der Kommission der TdL betreffend Nebentätigkeit von teilzeitbeschäftigten Angestellten vom 2. April 1990 (Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese, BAT, Stand Januar 1996, § 11 Anhang 2) niedergelegten Grundsätze, daß teilzeitbeschäftigte Angestellte, deren Teilzeitarbeit nicht arbeitsmarkt- bzw. familienbezogen sei, keiner Nebentätigkeitsgenehmigung bedürften, wenn zusammen mit der Haupttätigkeit die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit nicht überschritten wird.

Dieser Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen.

aa) Die tariflich vorgesehene "sinngemäße" Anwendung der beamtenrechtlichen Vorschriften bedeutet, daß diejenigen Vorschriften des Landesbeamtengesetzes bzw. der Nebentätigkeitsverordnung nicht angewendet werden können, denen beamtenspezifische Gründe zugrundeliegen (Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese, BAT, Stand Januar 1996, § 11 Erl. 1).

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 übertragbar. Dies gilt z.B. für die Vorschrift des § 68 Abs. 1 Nr. 2 LBG NW, die die vorherige Genehmigung der Übernahme eines Nebenamtes vorsieht und damit an



die allein beamtenrechtliche Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenamt anknüpft.

bb) Der Genehmigungsvorbehalt in § 68 Abs. 1 Nr. 3 LBG NW hinsichtlich der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit weist einen entsprechenden Bezug zum Beamtenstatus nicht auf. Er gilt deshalb auch für Angestellte. Davon sind Angestellte, die eine Teilzeittätigkeit ausüben, unabhängig von den Gründen, die zu der Teilzeittätigkeit geführt haben, nicht ausgenommen.

Zwar ist für Beamte eine Teilzeittätigkeit nur aus arbeitsmarktbezogenen (§ 78 b LBG NW) und familienbezogenen (§ 85 a LBG NW) Gründen vorgesehen. Daraus folgt jedoch entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht, teilzeitbeschäftigte Angestellte, bei denen diese Voraussetzungen nicht vorliegen, seien bei der Ausübung von Nebentätigkeiten, die nach § 68 Abs. 1 LBG NW genehmigungspflichtig sind, von dem Genehmigungserfordernis generell dann befreit, wenn die Teilzeittätigkeit zusammen mit der Nebentätigkeit die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit nicht überschreitet.

cc) Der Genehmigungsvorbehalt nach § 68 Abs. 1 LBG NW wird von der zeitlichen Inanspruchnahme durch die Nebentätigkeit nicht berührt. Diese hat allein Bedeutung für den Versagungsgrund nach § 68 Abs. 2 Nr. 1 LBG NW.

Diese Vorschrift hatte i.d.F.v. 7. März 1990 folgenden Wortlaut:



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



"(2) Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigen kann. Ein solcher Versagungsgrund liegt insbesondere vor, wenn die Nebentätigkeit

1. nach Art und Umfang die Arbeitskraft des Beamten so stark in Anspruch nimmt, daß die ordnungsgemäße Erfüllung seiner dienstlichen Pflichten behindert werden kann,

...

Die Voraussetzung des Satzes 2 Nr. 1 gilt in der Regel als erfüllt, wenn die zeitliche Beanspruchung durch eine oder mehrere Nebentätigkeiten in der Woche 1/4 der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit überschreitet."

Durch das Sechste Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 6. Juli 1993 (GV NW S. 468) ist die zeitliche Grenze auf 1/5 herabgesetzt worden.

Diese beamtenrechtliche Vorschrift geht von dem Regelfall einer Vollzeitbeschäftigung des Beamten aus. Ihre nach § 11 BAT gebotene sinnngemäße Anwendung auf Angestellte führt deshalb dazu, daß bei teilzeitbeschäftigten Angestellten der Versagungsgrund nach § 68 Abs. 2 Nr. 1 LBG NW in der Regel erst dann in Betracht kommt, wenn die zeitliche Beanspruchung durch die Nebentätigkeit zusammen mit der zeitlichen Beanspruchung durch die Teilzeittätigkeit die regelmäßige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit zu mehr als 1/4 bzw. 1/5 überschreitet. Daraus folgt aber keine Befreiung der Nebentätigkeit von dem Genehmigungsvorbehalt des § 68 Abs. 1 LBG NW, solange dieser zeitliche Umfang nicht erreicht ist.



dd) Eine solche Auslegung ist mit dem Sinn und Zweck des Genehmigungsvorbehalts bei Nebentätigkeiten nach § 68 Abs. 1 LBG NW nicht vereinbar.

Durch die Verpflichtung zur Einholung einer vorherigen Genehmigung soll der Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, zu prüfen, ob durch die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigt werden. Bei der Beeinträchtigung dienstlicher Interessen ist die zeitliche Beanspruchung nur einer von mehreren Faktoren. Die Beeinträchtigung dienstlicher Interessen kann sich auch aus einem Widerstreit mit dienstlichen Verpflichtungen (§ 68 Abs. 2 Nr. 2 LBG NW), der Beeinflussung der Unparteilichkeit und Unbefangenheit (§ 68 Abs. 2 Nr. 3 LBG NW) oder der wesentlichen Einschränkung der künftigen dienstlichen Verwendbarkeit (§ 68 Abs. 2 Nr. 4 LBG NW) ergeben.

Diese Versagungsgründe kommen bei teilzeitbeschäftigten Angestellten auch dann in Betracht, wenn die Nebentätigkeit zusammen mit der Teilzeitbeschäftigung den in § 68 Abs. 2 Nr. 1 LBG NW vorgesehenen zeitlichen Umfang nicht überschreitet. Ob durch die Nebentätigkeit dienstliche Interessen beeinträchtigt werden, ist nicht nur vom Umfang, sondern auch von der Art der Nebentätigkeit abhängig. Übt ein teilzeitbeschäftigter Angestellter eine Nebentätigkeit aus, die mit seinen dienstlichen Verpflichtungen nicht zu vereinbaren ist, so wird dem Arbeitgeber aufgrund des Genehmigungsvorbehalts die Möglichkeit eröffnet, diese Tätigkeit zu untersagen, auch wenn sie zu keiner zeitlichen Inanspruchnahme des Angestellten über die Grenze des § 68 Abs. 2 Nr. 1 LBG NW hinausführt (vgl. PK-BAT, Pieper, 2. Aufl. § 11 Rz 25).



ee) Der Genehmigungsvorbehalt ist nicht davon abhängig, auf welchen Gründen die Teilzeittätigkeit beruht.

Ob Angestellte eine Teilzeittätigkeit entsprechend den beamtenrechtlichen Vorschriften aus arbeitsmarktbezogenen oder familienbezogenen Gründen oder aus sonstigen Gründen ausüben, ist kein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Anwendung des Genehmigungsvorbehalts nach § 68 Abs. 1 LBG NW. Dem Arbeitgeber bleibt deshalb bei jeder Nebentätigkeit eines teilzeitbeschäftigten Angestellten, die die Voraussetzungen des § 68 Abs. 1 LBG NW erfüllt, die Prüfung vorbehalten, ob ein Versagungsgrund nach § 68 Abs. 2 LBG NW vorliegt.

d) Soweit das Landesarbeitsgericht seine anderweitige Auffassung auf die Niederschrift über die Sitzung der TdL-Kommission vom 2. April 1990 stützt, ergibt sich daraus keine andere Beurteilung.

Der Text zu III 1 dieser Niederschrift lautet (Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese, BAT, Stand Januar 1996, Anhang 2 zu § 11):

"1. Genehmigung von Nebenbeschäftigungen

- a) Teilzeitbeschäftigte Angestellte bedürfen für die Aufnahme weiterer Beschäftigungen – sofern sich nicht Versagungsgründe aus § 11 BAT in sinngemäßer Anwendung des § 65 Abs. 2 Satz 2 Nrn. 2 bis 6 BBG oder der entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften ergeben – keiner Genehmigung, wenn zusammen mit der Haupttätigkeit die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit nach § 15 Abs. 1



und 2 BAT und den Sonderregelungen hierzu nicht überschritten wird. Bei einer Beeinträchtigung der Arbeitsleistung im Hauptarbeitsverhältnis durch weitere Beschäftigungen bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, ggf. arbeitsrechtliche Konsequenzen zu ziehen.

- b) Wird durch die Aufnahme weiterer Beschäftigungen insgesamt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit i.S.v. § 15 Abs. 1 und 2 BAT und den Sonderregelungen hierzu überschritten, sind insoweit die Vorschriften der §§ 65, 66 BBG und der §§ 1 bis 3 und 5 BNV bzw. der entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften sinngemäß anzuwenden."

Der Inhalt dieser Niederschrift der TdL-Kommission hat keinen Tarifcharakter. Er rechtfertigt auch keine anderweitige Auslegung der tariflichen Bestimmung des § 11 BAT i.V.m. den beamtenrechtlichen Vorschriften.

Zwar bedürfen nach dem Wortlaut der Niederschrift teilzeitbeschäftigte Angestellte "keiner Genehmigung" einer weiteren Beschäftigung, wenn zusammen mit der Haupttätigkeit die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit nicht überschritten wird. Andererseits ging auch die TdL-Kommission - wie die Einschränkung hinsichtlich der Versagungsgründe aufgrund der beamtenrechtlichen Vorschriften ausweist - von einer Prüfung der Versagungsgründe durch den Arbeitgeber aus. Deshalb liegt es nahe, die Formulierung in der Niederschrift der TdL-Kommission dahingehend zu interpretieren, daß ein Anspruch auf eine Nebentätigkeitsgenehmigung stets dann bejaht werden sollte, wenn die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit nicht überschritten wird und sonstige Versagungsgründe nicht vorliegen.



e) Eine Genehmigungsfreiheit der Tätigkeit der Klägerin in der Trinkhalle ergibt sich auch nicht aus den übrigen beamtenrechtlichen Vorschriften.

Es handelt sich nicht um eine genehmigungsfreie Nebentätigkeit nach § 69 LBG NW i.V.m. § 9 NebentätigkeitsVO. Auch die Voraussetzungen für eine allgemeine Genehmigung von genehmigungspflichtigen Nebentätigkeiten nach § 7 NebentätigkeitsVO liegen nicht vor. Danach sind eine oder mehrere Nebentätigkeiten, die nach § 68 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 LBG genehmigungspflichtig sind, allgemein genehmigt, wenn sie insgesamt einen geringen Umfang haben, dienstliche Interessen nicht beeinträchtigen, außerhalb der Arbeitszeit ausgeübt werden und nicht oder mit weniger als insgesamt 100,-- DM monatlich vergütet werden.

Zwar hat das Landesarbeitsgericht insoweit keine Feststellungen getroffen. Da es sich aber um eine Ausnahmeregelung zur Genehmigungspflicht handelt, hätte die Klägerin darlegen müssen, ihre Tätigkeit in der Trinkhalle gelte als allgemein genehmigt im Sinne dieser Vorschrift, insbesondere sei die monatliche Verdienstgrenze nicht erreicht worden. Daran fehlt es vorliegend.

f) Die der Klägerin mit Schreiben vom 14. April 1989 erteilte Nebentätigkeitsgenehmigung galt auch nicht mehr für den Zeitraum nach dem 31. März 1990.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Befristung der Nebentätigkeitsgenehmigung sei unzulässig gewesen. Deshalb sei



davon auszugehen, sie sei über den 31. März 1990 hinaus wirksam gewesen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar sehen die beamtenrechtlichen Vorschriften im Lande Nordrhein-Westfalen nicht ausdrücklich die Erteilung einer befristeten Nebentätigkeitsgenehmigung vor. Dies rechtfertigt aber nicht den Schluß, eine Befristung sei stets unzulässig. Eine derartige Verbotsnorm müßte im Gesetz deutlich zum Ausdruck kommen (vgl. BAGE 31, 40 = AP Nr. 46 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag).

Im übrigen ist in § 6 Abs. 1 NebentätigkeitsVO eine Genehmigung auch für fortlaufende Nebentätigkeiten vorgesehen. Daraus ergibt sich ein Ermessensspielraum für den Dienstherrn, auf welchen Zeitraum er die Genehmigung bei einer fortlaufenden Nebentätigkeit erstrecken will, um danach erneut prüfen zu können, ob dienstliche Interessen durch die Nebentätigkeit nicht beeinträchtigt werden. Gegen den in der Nebentätigkeitsgenehmigung vom 14. April 1989 festgelegten Zeitraum von nahezu einem Jahr bis zum 31. März 1990 ergeben sich keine rechtlichen Bedenken.

g) Die Klägerin hat damit ab 1. April 1990 eine Nebentätigkeit ausgeübt, ohne die dafür erforderliche Genehmigung zu besitzen. Durch dieses Verhalten hat sie objektiv ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Die Abmahnung enthält damit weder unrichtige Tatsachenbehauptungen noch eine unzutreffende rechtliche Bewertung des Verhaltens der Klägerin. Anhaltspunkte dafür, sie sei formell nicht ordnungsgemäß zustandegekommen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Klägerin vor Erteilung der Abmahnung



und ihrer Aufnahme in die Personalakten angehört worden (vgl. BAGE 63, 240 = AP Nr. 2 zu § 13 BAT).

3. Das beklagte Land hat mit der Erteilung einer Abmahnung wegen der Ausübung der Nebentätigkeit ohne Genehmigung auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist bei Abmahnung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (BAG Urteile vom 13. November 1991 - 5 AZR 74/91 - AP Nr. 7 zu § 611 BGB Abmahnung; vom 10. November 1993 - 7 AZR 682/92 - AP Nr. 4 zu § 78 BetrVG 1972; vom 31. August 1994 - 7 AZR 893/93 - AP Nr. 98 zu § 37 BetrVG 1972; BAGE 71, 14 = AP Nr. 9 zu § 611 BGB Abmahnung; in der neueren Literatur: zustimmend Becker/Schaffner BB 1995, 2526, 2527; ablehnend: Walker NZA 1995, 601, 605). Darauf, ob das abgemahnte Fehlverhalten als Grundlage für eine Kündigung im Wiederholungsfalle ausreicht, kommt es nicht an (BAG Urteil vom 13. November 1991 - 5 AZR 74/91 - AP Nr. 7 zu § 611 BGB Abmahnung).

b) Anhaltspunkte dafür, die Abmahnung sei unverhältnismäßig im Vergleich zum beanstandeten Verhalten der Klägerin sind nicht gegeben. Die Klägerin hat über 3 1/2 Jahre eine Nebentätigkeit ohne die erforderliche Genehmigung ausgeübt. Diesen Verstoß gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten konnte das beklagte Land in Form einer schriftlichen Abmahnung rügen und diese zur Personalakte der Klägerin nehmen. Dies gilt auch im Hinblick darauf, daß die Klägerin unter den gegebenen Umständen einen Anspruch auf Erteilung der Nebentätigkeitsgenehmigung hatte. Das beklagte Land hat



ein berechtigtes Interesse daran, selbst zu prüfen, ob Versagungsgründe vorliegen oder nicht. Dies ist aber nur dann möglich, wenn eine Genehmigung der Nebentätigkeit beantragt wird.

Der Vorwurf, dies versäumt zu haben, verliert auch nicht dadurch an Gewicht, daß die Klägerin nach der Anhörung am 19. August 1993 sogleich eine erneute Nebentätigkeitsgenehmigung beantragt hat. Zwar hätte das beklagte Land unter diesen Umständen von der Erteilung einer schriftlichen Abmahnung und ihrer Aufnahme in die Personalakte absehen können. Dieser Gesichtspunkt begründet aber noch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das beklagte Land hätte damit nämlich zu erkennen gegeben, es nehme an der Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten hinsichtlich der Einholung einer Nebentätigkeitsgenehmigung keinen Anstoß. Dies trifft aber nicht zu. Deshalb ist es dem beklagten Land zuzubilligen, der Klägerin ihren Pflichtverstoß in der Vergangenheit durch die Abmahnung deutlich zu machen und sie für die Zukunft auf die Einhaltung der entsprechenden Vorschriften hinzuweisen. Unverhältnismäßige Nachteile entstehen der Klägerin dadurch nicht.

4. Der Entfernungsanspruch ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt begründet, daß das beklagte Land kein schutzwürdiges Interesse am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr hat.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitnehmer auch die Entfernung eines auf einer wahren Sachver-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

haltsdarstellung beruhenden Schreibens aus der Personalakte verlangen, wenn es für die weitere Beurteilung des Arbeitnehmers überflüssig geworden ist und ihn in seiner beruflichen Entwicklungsmöglichkeit fortwirkend beeinträchtigen kann (BAG Urteil vom 13. April 1988 - 5 AZR 537/86 - AP Nr. 100 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Zum Zeitpunkt der Erteilung der Abmahnung hatte die Klägerin bereits eine erneute Nebentätigkeitsgenehmigung beantragt. Daraus wurde deutlich, sie wolle die Nebentätigkeit auch weiterhin ausüben. Deshalb ist durchaus ein Interesse des beklagten Landes anzuerkennen, auf die zukünftige Beachtung des Genehmigungsvorbehalts hinzuweisen. Die Abmahnung ist damit nicht überflüssig geworden. Sie beeinträchtigt die Klägerin bei Einhaltung der Nebentätigkeitsvorschriften auch nicht fortwährend in ihrer beruflichen Entwicklung.

5. Ein tariflicher Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte nach Ablauf bestimmter Fristen besteht nicht. Ob ein Entfernungsanspruch nach Ablauf von drei Jahren in Anlehnung an die entsprechenden beamtenrechtlichen Vorschriften (§ 102 e Abs. 1 Nr. 2 LBG NW) begründet ist (vgl. Conze ZTR 1987, 175, 176) kann dahinstehen, da diese Frist noch nicht abgelaufen ist.



III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Peifer

Soltau

Dr. Freitag

Augat

Dr. Armbrüster



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)