

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Problemaufriss	19
B. Gang der Untersuchung	22
C. Statistik	23
 Erster Teil: Arbeitsrechtlicher Nebentätigkeitsbegriff	25
A. Keine gesetzliche Definition im Privatrecht	25
B. Bisherige Definitionsansätze	27
I. Definitionsansätze in der Rechtsprechung	27
II. Definitionsansätze in der arbeitsrechtlichen Literatur	29
III. Zusammenfassung	39
C. Ohne Erwerbsabsicht ausgeübte Tätigkeiten	43
I. Nebentätigkeitsbegriff und Freizeitverhalten	44
II. Freizeitverhalten im Kontext der Nebentätigkeit	46
D. Schwächen des Nebentätigkeitsbegriffes	48
I. Das Verhältnis von Haupt- und Nebentätigkeit	48
1. Nebentätigkeit setzt Haupttätigkeit voraus	48
2. Untergeordnete Bedeutung der Nebentätigkeit im Vergleich zur Haupttätigkeit	49
II. Kriterien zur Einordnung als Nebentätigkeit	52
1. Einordnung einer Tätigkeit als Nebentätigkeit aufgrund der Arbeitgeberperspektive	52
2. Kriterien zur Einordnung einer Tätigkeit als Nebentätigkeit in anderen Rechtsgebieten	53
a) Kriterien zur Abgrenzung von Haupt- und Nebentätigkeit im Steuerrecht	54
aa) Zeitumfang	55
bb) Einnahmen	57
cc) Verhältnis nebenberuflicher Tätigkeit zum Hauptberuf	58
dd) Unwiderlegbare Vermutung des Nebenberufes	59

ee) Verkehrsanschauung	59
b) Kriterien zur Abgrenzung von Haupt- und Nebentätigkeit im Handelsrecht	60
aa) Zeitumfang	61
bb) Einnahmen	61
cc) Kumulation aus zeitlichem Umfang und Einnahmen	62
dd) Wesentlichkeitstheorie	63
3. Eigener Ansatz zur arbeitsrechtlichen Abgrenzung von Haupt- und Nebentätigkeit	64
a) Arbeitskraftaufwand	65
b) Zeitliche Reihenfolge	66
c) Außen erkennbar gewordener Wille	67
d) Qualität der Arbeit	68
e) Unwiderlegliche Vermutung	68
f) Verkehrsanschauung	69
g) Einnahmen	70
h) Zeitumfang	70
aa) Vergleich mit Vollzeitbeschäftigung	71
bb) Vergleich mehrerer Tätigkeiten	72
i) Kumulation mehrerer Kriterien	73
III. Zusammenfassung: Unüberwindbare Schwächen des Nebentätigkeitsbegriffes	74
E. Begriffsklärung verwandter Begriffe	75
I. Nebenbeschäftigung	76
II. Nebenberuf	77
III. Zweitarbeitsverhältnis oder Zweitberuf	77
IV. Doppelarbeitsverhältnis	78
V. Mehrfacharbeitsverhältnis im engeren Sinne	79
VI. Mehrfachbeschäftigung	80
VII. Mehrfacherwerbstätigkeit	81
VIII. Mehrfachtätigkeit	82
IX. Zusammenfassung	82

Zweiter Teil: Zulässigkeit von Mehrfachtätigkeit und Mehrfacherwerbstätigkeit	83
A. Zulässigkeit unentgeltlicher Tätigkeit neben einer Erwerbstätigkeit	83
I. Art. 2 Abs. 1 GG	83
II. Rücksichtnahmepflichten gem. §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	85
B. Zulässigkeit mehrfacher Erwerbstätigkeit	86
I. Nationales Recht	87
1. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG	89
2. Arbeitsvertragsimmanente Grenzen	91
a) Arbeitspflicht	91
b) Rücksichtnahmepflichten gem. §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	94
aa) Unberechtigte Interessen	96
bb) Konkurrentztätigkeit	97
(1) Rechtsgrundlage	99
(2) Umfang	103
(a) Untergeordnete Tätigkeiten	105
(b) Keine (pauschale) Abschwächung des Wettbewerbsverbots bei Teilzeitbeschäftigung	107
cc) Vertrauensschädigung	108
dd) Reputationsschädigung	109
ee) Erwerbstätigkeit während Arbeitsunfähigkeit	110
ff) „Gefährliche“ Erwerbstätigkeit	112
gg) Anzeige- und Auskunftspflicht	113
3. Gesetzliche Begrenzungen	115
a) ArbZG	116
aa) Keine analoge Anwendung von § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ArbZG auf Selbstständige	116
bb) Nichtigkeitsfolge für das zuletzt eingegangene Arbeitsverhältnis	117
(1) Nichtigkeit der Arbeitszeitabrede statt Vollnichtigkeit des Arbeitsvertrages	119

(2) Befürwortung des Prioritätsprinzips	120
(a) Keine Adressierung vermeintlicher „Nebentätigkeit“	120
(b) Ablehnung des Präventionsprinzips	121
(c) Kein Wahlrecht des Arbeitnehmers	122
b) § 8 BUrlG	122
aa) Erwerbstätigkeit	123
bb) Urlaubszweck	124
cc) Rechtsfolge	126
c) Weitere spezialgesetzliche Beschränkungen	127
d) § 28o SGB IV	128
4. Zusammenfassung: Nationales Recht	129
II. Auswirkungen durch Art. 9 der Richtlinie (EU) 2019/1152 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union	130
1. Mehrfachbeschäftigung i.S.d. Art. 9 AB-RL	130
2. Schutzzumfang	131
3. Anpassungsbedarf durch Art. 9 Abs. 1 AB-RL	133
a) Keine inhaltliche Erweiterung des national bereits gewährten Schutzes mehrfacher Beschäftigung	133
b) Notwendigkeit einer hinreichend bestimmten und klaren Umsetzungsvorschrift	134
c) Nicht ausreichend bestimmte, klare und transparente Umsetzungsvorschrift	138
4. Anpassungsbedarf durch Art. 9 Abs. 2 AB-RL	142
a) §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	143
aa) Einordnung anerkannter Fallgruppen berechtigten Interesses unter die Gründe i.S.d. Art. 9 Abs. 2 AB-RL	143
(1) Konkurrenztaetigkeit	143
(2) Vertrauensschädigung	144
(3) Reputationsschädigung	144
(4) Erwerbstätigkeit während Arbeitsunfähigkeit	145
(5) „Gefährliche“ Erwerbstätigkeit	145
bb) Notwendigkeit einer hinreichend bestimmten und klaren Umsetzungsvorschrift	145
cc) Fehlende Bestimmtheit und Klarheit	146

b) Arbeitszeitbegrenzungen	147
c) § 8 BUrlG	147
5. Richtlinienwirkungen bei Nicht- oder Falschumsetzung	149
6. Zusammenfassung: Umsetzungsdefizit in Deutschland hinsichtlich Art. 9 Abs. 1, 2 AB-RL	150
III. Art. 15 Abs. 1 GRCh	151
1. Schutz selbstständiger Erwerbstätigkeit	152
2. Schutz mehrfacher beruflicher Erwerbstätigkeit	153
3. Europäische Union und Mitgliedstaaten als Grundrechtsverpflichtete	154
a) Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips	154
b) Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union	155
4. Private als Grundrechtsverpflichtete	158
a) Überblick über die Rechtsprechung des EuGH zur Horizontalwirkung von Bestimmungen der GRCh	160
aa) Keine Horizontalwirkung von Art. 27 GRCh	161
bb) Horizontalwirkung von Art. 21 Abs. 1 und Art. 47 GRCh	163
(1) Egenberger-Entscheidung	163
(2) IR-Entscheidung	165
(3) Cresco-Entscheidung	165
cc) Horizontalwirkung von Art. 31 Abs. 2 GRCh	166
(1) Ausgangspunkt Max-Planck-Gesellschaft	166
(2) Ausgangspunkt Bauer	167
(3) Gemeinsame Begründung der Horizontalwirkung von Art. 31 Abs. 2 GRCh	168
(4) Rechtsfolgen	169
(5) Neuere Entwicklungen	170
dd) Zwischenergebnis	171
b) Die Horizontalwirkung des Art. 15 Abs. 1 GRCh	172
aa) Ausgangssituation	173
bb) Allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts	175
cc) Zwingender Charakter	177
dd) Subjektives Recht	178

ee) Keine Konkretisierung durch Unionsrecht oder nationales Recht notwendig	179
ff) Kein Grundsatz i.S.d. GRCh	180
(1) Wortlaut	181
(2) Erläuterungen zur Charta der Grundrechte	181
(3) Systematik	181
gg) Hinreichende Bestimmtheit des Art. 15 Abs. 1 GRCh hinsichtlich mehrfacher Erwerbstätigkeit	182
hh) Zusammenhang zur Richtlinienbestimmung	183
c) Kritik an der Horizontalwirkung von Chartagrundrechten im Sinne der Rechtsprechung des EuGH	184
d) Ablehnung einer alternativen Begründung unmittelbarer Drittwirkung von Art. 15 Abs. 1 GRCh aufgrund unmittelbarer Drittwirkungen der Grundfreiheiten	187
5. Konkurrenzsituation zwischen GRCh und GG	189
6. Ergebnis: Schutz mehrfacher Erwerbstätigkeit durch Art. 15 Abs. 1 GRCh auch in horizontaler Wirkung unter Privaten	190
IV. Art. 8 Abs. 1 EMRK	191
1. Schutz mehrerer beruflicher Tätigkeiten	192
2. „Positive“ und „negative“ Verpflichtung des Staates anhand der Rechtsprechung des EGMR	193
a) Negative Verpflichtung des Staates	193
b) Positive Verpflichtung des Staates	194
3. Relativierung der Auswirkungen der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR in Deutschland anhand der Rechtsprechung des BVerfG	195
a) Wirkung der Bestimmungen der EMRK in Deutschland	196
b) Rechtswirkung der Urteile des EGMR	196
4. Auswirkungen auf Art. 7 GRCh und Art. 15 Abs. 1 GRCh	198
5. Ergebnis: Schutz mehrfacher beruflicher Tätigkeit auch durch Auswirkungen auf die GRCh	201

Dritter Teil: Vertragliche Regelungen	203
A. Vertragliche Regelungen unentgeltlicher bzw. ohne Erwerbsabsicht ausgeübter Mehrfachstätigkeiten	203
I. Allgemeine Geschäftsbedingungen	203
1. Grundlagen	204
a) Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle	204
b) Überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB	205
c) Auslegung	206
d) Inhaltskontrolle nach § 307 BGB	208
aa) § 307 Abs. 3 S. 1 BGB	209
bb) § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	211
(1) Gesetzliche Regelung	212
(2) Wesentliche Grundgedanken	214
(3) Abweichen von wesentlichen Grundgedanken	215
(4) Unvereinbarkeit mit den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung	215
cc) § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	217
e) Rechtsfolge unwirksamer Klauseln nach § 306 BGB	219
2. Überprüfung einzelner Klauseln	220
a) Sportausübung des Normalarbeitnehmers	221
aa) Klauselbeispiele	222
bb) Rücksichtnahmepflicht aus §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	222
cc) Überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB	223
dd) Auslegung	223
ee) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	224
(1) Fehlgeleitete Einordnung von Sportarten als gefährlich und nicht gefährlich	225
(2) Sportartenunabhängige Betrachtung	227
ff) Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	230
b) Sportausübung von Darstellern in den Medien am Beispiel des Schauspielers	230
aa) Klauselbeispiel	231
bb) Rücksichtnahmepflicht aus §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	231

cc) Keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB	231
dd) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	232
c) Sportausübung des Berufssportlers am Beispiel des Lizenzfußballers	234
aa) Klauselbeispiele	234
bb) Rücksichtnahmepflicht aus §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	235
cc) Keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB	235
dd) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	236
d) Sportausübung des leitenden Angestellten	238
aa) Klauselbeispiel	239
bb) Rücksichtnahmepflicht aus §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	239
cc) Überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB	240
dd) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	240
e) Ehrenamt	242
aa) Klauselbeispiele	242
bb) Vertragsimmanente Pflichten	244
(1) Während der Arbeitszeit	244
(2) Außerhalb der Arbeitszeit	245
cc) Keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB	246
dd) Auslegung	247
ee) Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	247
(1) Während der Arbeitszeit	247
(2) Außerhalb der Arbeitszeit	248
f) Publikationen und Vorträge	250
aa) Klauselbeispiel	250
bb) Rücksichtnahmepflicht aus §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	251
cc) Keine überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB	253

dd) Auslegung	253
ee) Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	254
(1) Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung	254
(2) Unvereinbarkeit	255
II. Keine tarifvertragliche Regelungsmöglichkeit	258
1. Regelungsumfang	259
2. Konkurrierende Begrenzung der Regelungsbefugnis	260
3. Auslegungsbedürftigkeit des § 1 Abs. 1 TVG	263
4. Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen	264
5. Fehlende Regelungsbefugnis für das Verhalten des Arbeitnehmers außerhalb der Arbeitszeit	265
a) Grundsatz	265
b) Sonderfall Redakteure von Tageszeitungen	267
c) Sonderfall Redakteure von Zeitschriften	268
III. Keine Regelungsmöglichkeit in Betriebsvereinbarung	268
IV. Zusammenfassung zu vertraglichen Regelungen unentgeltlicher bzw. ohne Erwerbsabsicht ausgeübter Mehrfachtätigkeiten	273
B. Vertragliche Regelung mehrfacher Erwerbstätigkeit	274
I. Allgemeine Geschäftsbedingungen	275
1. Grundlegende Feststellungen	275
a) Von Rechtsvorschriften abweichende Regelung i.S.d. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB	276
b) Abweichen von wesentlichem Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	276
2. Deklaratorische Klauseln	277
3. Absolutes Verbot	278
a) Klauselbeispiele	278
b) Verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des BAG	279
c) Überzeugende Kritik an verfassungskonformer Auslegung	280
d) Auffassungen des LAG Berlin-Brandenburg und im Schrifttum	281

e)	Keine entsprechende Rücksichtnahmepflicht aus §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	282
f)	Überraschende Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB	283
g)	Auslegung	284
h)	Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	284
i)	Rechtsfolge	286
4.	Partielles Verbot am Beispiel der Lenkzeitkontrolle	287
a)	Klauselbeispiel	288
b)	Keine entsprechende Rücksichtnahmepflicht aus §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	288
c)	Auslegung	289
d)	Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	289
e)	Rechtsfolge	292
5.	Einfacher absoluter Einwilligungsvorbehalt	292
a)	Klauselbeispiele	294
b)	Absoluter Einwilligungsvorbehalt in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte	294
c)	Keine entsprechende Rücksichtnahmepflicht aus §§ 611a Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	297
d)	Auslegung	297
e)	Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	297
f)	Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	304
g)	Unwirksamkeit des Schriftformerfordernisses nach § 309 Nr. 13 Buchst. b BGB	305
h)	Rechtsfolge	305
6.	Absoluter Einwilligungsvorbehalt mit Anspruch auf Einwilligung	306
7.	Absoluter Einwilligungsvorbehalt mit Einwilligungsfiktion	307
8.	Partieller Einwilligungsvorbehalt	308
a)	Klauselbeispiele	308
b)	Rechtliche Bewertung	309
9.	Pauschale Anzeigepflicht	311
a)	Klauselbeispiele	311

b) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	312
c) Rechtsfolge	316
10. Auskunftspflicht	316
II. Tarifvertragliche Regelungsmöglichkeit	317
III. Regelungsmöglichkeit in Betriebsvereinbarung	320
IV. Zusammenfassung: Vertragliche Regelung mehrfacher Erwerbstätigkeit	322
Vierter Teil: Ergebnisse	325
Literaturverzeichnis	333