

Auch bei seiner eigenen Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB hat das Arbeitsgericht sich im Rahmen billigen Ermessens gehalten. Das gilt nicht nur, soweit das Arbeitsgericht den Antrag der Klägerin überhaupt für begründet gehalten hat, sondern auch hinsichtlich der Zeitdauer des Sonderurlaubs. Das Arbeitsgericht hat zu Recht die von der Beklagten erwähnte theoretische Möglichkeit, daß noch andere Arbeitnehmerinnen Sonderurlaub beantragen könnten, nicht zugunsten der Beklagten berücksichtigt. Es ist zwar Gegenstand der Ermessensentscheidung nach § 315 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 BGB, wenn mehrere Arbeitnehmer gleichzeitig Sonderurlaub beantragen, wenn aber die betrieblichen Verhältnisse nur die Erteilung an einen erlauben. Dann muß der Arbeitgeber eine Auswahlentscheidung nach § 315 Abs. 1 BGB treffen.

Die Begründung der Beklagten, sie müsse Präzedenzfälle vermeiden, hat das Arbeitsgericht zu Recht nicht genügen lassen. Wollte die Beklagte einen „Präzedenzfall“ vermeiden, weil sie die Anwendung des § 50 Abs. 2 BAT in ihrem Betrieb grundsätzlich als eine zu starke Belastung empfand, ist sie auf ihre Tarifbindung zu verweisen.

Siehe auch Urteil des ArbG Saarbrücken v. 20.11.1987 in STREIT 3/88, 130 (2 Jahre Sonderurlaub).

Urteil

BAG, §§ 381 I 1, 1385 IV RVO,
32 SGB I, 8 SGB IV

Mehrere geringfügige Beschäftigungsverhältnisse

1. *Der Arbeitgeber einer geringfügig beschäftigten Arbeitnehmerin, der zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen wird, weil die Arbeitnehmerin eine weitere Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber aufgenommen hat, kann die auf ihn entfallenden Arbeitgeberanteile zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung nicht als Schaden von der Arbeitnehmerin ersetzt verlangen. Eine derartige Bestimmung im Arbeitsvertrag ist gem. § 32 SGB I nichtig.*

2. *Es gibt kein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, die Versicherungsfreiheit der Arbeitnehmerin aufrechtzuerhalten. Ein darauf gerichtetes Nebentätigkeitsverbot verstößt gegen die Berufsfreiheit der Arbeitnehmerin und ist deshalb nichtig.*

Urteil des BAG vom 18.11.1988 – 8 AZR 12/86 –

Aus dem Sachverhalt:

Die Beklagte ist bei der Klägerin als Gebäudereinigerin beschäftigt. Im „Arbeitsvertrag über eine geringfügige Beschäftigung“ (im folgenden AV) ist eine Arbeitszeit von 14 Stunden wöchentlich und ein Nettolohn von 389,75 monatlich vereinbart. In § 5 AV heißt es:

„Die Vertragsschließenden sind sich dahingehend einig, daß für dieses Arbeitsverhältnis Versicherungsfreiheit in allen Zweigen der Sozialversicherung besteht.“

Es wird eine weitere Nebenbeschäftigung ausgeübt:
Nein.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, die Aufnahme einer weiteren Nebenbeschäftigung unverzüglich anzuzeigen. Für den Fall der Verletzung der Anzeigepflicht entsteht ein Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer in voller Höhe der vom Sozialversicherungsträger nachgeforderten Beträge.“

Vom 1. Juni 1981 bis zum 31. März 1982 arbeitete die Beklagte außerdem bei einem anderen Arbeitgeber als Gebäudereinigerin. Sie zeigte dies der Klägerin nicht an. Auch die Tätigkeit bei dem anderen Arbeitgeber war eine „geringfügige Beschäftigung“. Nachdem die zuständige AOK die Doppelbeschäftigung der Beklagten festgestellt hatte, forderte sie die Klägerin auf, die Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung der Beklagten nachzuentrichten, die im Arbeitsverhältnis der Parteien auf die genannte Zeit entfielen.

Nach Zahlung an die AOK hat die Klägerin von der Beklagten verlangt, ihr diesen Betrag zu ersetzen. In einem Teilvergleich vor dem Arbeitsgericht hat die Beklagte sich verpflichtet, der Klägerin in Höhe der Arbeitnehmeranteile Ersatz zu leisten.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte müsse ihr außerdem aus dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes für die gezahlten Arbeitgeberanteile entstehen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage als unbegründet abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die Arbeitgeberanteile zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung zu ersetzen, die die Klägerin für die Zeit vom 1. Juni 1981 bis zum 31. März 1982 nachentrichtet hat. Dies haben die Vorinstanzen zu Recht entschieden.

I.

Der Klageanspruch läßt sich nicht darauf stützen, daß die Beklagte es unterlassen hat, der Klägerin die Tätigkeit bei dem anderen Arbeitgeber anzuzeigen.

Die Beklagte war verpflichtet, der Klägerin die Aufnahme einer „weiteren Nebenbeschäftigung“ unverzüglich anzuzeigen und ihr bei Verletzung dieser Pflicht Schadensersatz zu leisten. Die Beklagte hat diese Anzeigepflicht verletzt. Entgegen dem Wortlaut der Vertragsbestimmung kann die Klägerin jedoch nicht verlangen, daß die Beklagte ihr die nachentrichteten Arbeitgeberanteile der Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung als Schaden ersetzt. Einen anderen ihr durch die Verletzung der Anzeigepflicht entstandenen Schaden hat die Klägerin nicht dargetan.

1. Nach § 5 AV war die Beklagte zur Anzeige der weiteren Beschäftigung bei dem anderen Arbeitgeber verpflichtet. Zu einer solchen Anzeige ist ein Arbeitnehmer auch dann verpflichtet, wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart ist (§ 242 BGB). Der Arbeitgeber hat ein Interesse daran, unverzüglich von der Aufnahme einer weiteren geringfügigen

Beschäftigung seines Arbeitnehmers zu erfahren, weil er in diesem Fall verpflichtet sein kann, die Meldung nach §§ 317, 1400 RVO zu erstatten und die Beiträge zu entrichten (§§ 393, 394, 1396, 1399 Abs. 2 RVO). Diese Pflichten entstehen für den Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer versicherungspflichtig geworden ist. Durch die Aufnahme einer weiteren Beschäftigung kann die Pflicht des Arbeitnehmers zur Mitgliedschaft in der Sozialversicherung entstanden sein.

Nach §§ 168, 1228 Abs. 1 Nr. 4 RVO ist von der Kranken- und Rentenversicherung befreit, wer eine geringfügige Beschäftigung ausübt. Der Begriff „geringfügige Beschäftigung“ ist in § 8 SGB IV bestimmt. Er setzt voraus, daß die Beschäftigung regelmäßig weniger als 15 Stunden in der Woche ausgeübt wird und das Arbeitsentgelt regelmäßig einen bestimmten Betrag im Monat nicht übersteigt. Nach § 8 Abs. 2 SGB IV sind mehrere geringfügige Beschäftigungen im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV zusammenzurechnen, auch wenn sie bei verschiedenen Arbeitgebern ausgeübt werden. Der Arbeitgeber muß somit über die Aufnahme der weiteren Beschäftigung unterrichtet werden, damit er prüfen kann, ob nach diesen Bestimmungen die Versicherungsfreiheit entfallen ist.

2. Die Beklagte war auch verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, der der Klägerin durch die Verletzung der Anzeigepflicht entstand. Dieser bestand aber nicht in den Arbeitgeberanteilen der Sozialversicherungsbeiträge, die die Klägerin nachentrichten mußte.

Die Beklagte war zunächst versicherungsfrei. Die Aufnahme der weiteren geringfügigen Beschäftigung hatte zur Folge, daß die Versicherungsfreiheit der Beklagten in der Kranken- und Rentenversicherung während der Zeit vom 1. Juni 1981 bis 31. März 1982 entfiel. Der Aufwand, der der Klägerin durch die Nachentrichtung der Arbeitgeberanteile der Beiträge entstand, stellt jedoch nicht den Schaden dar, für den die Beklagte einzustehen hat. Diese Beiträge hätte die Klägerin kraft Gesetzes zu tragen. Sie hätte sie auch tragen müssen, wenn die Beklagte die weitere Beschäftigung rechtzeitig angezeigt hätte. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn die Klägerin das Arbeitsverhältnis wegen der Aufnahme der weiteren Beschäftigung hätte kündigen können. Dies war aber nicht möglich, da die Beklagte dadurch ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nicht verletzt hat (vgl. unten II).

3. Die Klägerin kann von der Beklagten auch nicht deshalb Ersatz in Höhe der nachentrichteten Arbeitgeberanteile verlangen, weil die Parteien dies in § 5 AV als Folge der Verletzung der Anzeigepflicht vereinbart haben. Insoweit ist diese Vertragsbestimmung nichtig.

Die Nichtigkeit der Vereinbarung ergibt sich aus § 32 SGB I. Diese Bestimmung verbietet privatrechtliche Vereinbarungen, die zum Nachteil des

Sozialleistungsberechtigten von Vorschriften des Sozialgesetzbuches abweichen. Die vereinbarte Schadenspauschale soll bewirken, daß die Beklagte bei Übernahme einer weiteren geringfügigen Beschäftigung für den Nachentrichtungszeitraum, um den es im vorliegenden Rechtsstreit geht, die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung übernehmen muß. Dies verstößt gegen § 381 Abs. 1 Satz 1 und § 1385t Abs. 4 Buchst. a RVO.

Unter das Verbot des § 32 SGB I fallen Vereinbarungen zwischen einem versicherungspflichtigen Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber über den Beitrag zur Sozialversicherung, soweit sie zum Nachteil des Arbeitnehmers von den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften abweichen (vgl. Hauck/Haines, SGB I, K § 32 Rz 3). Die Schadenspauschalierung in § 5 AV stellt eine solche für die Beklagte nachteilige Vereinbarung dar. Ohne sie müßte die Beklagte die nachzufordernden Versicherungsbeiträge nicht tragen, da es sich um Arbeitgeberanteile handelt.

II.

Die Beklagte hat sich nicht dadurch, daß sie die weitere geringfügige Beschäftigung bei dem anderen Arbeitgeber aufgenommen hat, einer zum Schadenersatz verpflichtenden Vertragsverletzung schuldig gemacht.

1. Es kann dahinstehen, ob § 5 AV ein Nebentätigkeitsverbot enthielt. Ein solches könnte nicht nur in der Bestimmung über den pauschalierten Schadenersatz gesehen werden (§ 5 letzter Satz AV). Auch § 5 Satz 1 AV, in dem die Parteien erklärt haben, sie seien darüber einig, daß für das Arbeitsverhältnis Versicherungsfreiheit in allen Zweigen der Sozialversicherung besteht, könnte ein Nebentätigkeitsverbot enthalten haben. Für die Beklagte könnte sich hieraus die Verpflichtung ergeben haben, sich so zu verhalten, daß die Versicherungsfreiheit nicht entfällt. Die Frage braucht aber nicht abschließend beantwortet zu werden. Das Nebentätigkeitsverbot verstieße gegen Art. 12 GG und wäre daher unwirksam (§ 134 BGB).

2. Ein vertragliches Nebentätigkeitsverbot ist wirksam, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an ihm hat (vgl. BAG Urteil vom 26. August 1976 – 2 AZR 377/75 – AP Nr. 68 zu § 626 BGB); ein solches ist in der Regel gegeben, wenn die Nebentätigkeit mit der geschuldeten Arbeitsleistung zeitlich zusammenfallen würde, oder wenn das Arbeitsverhältnis sonst durch die Nebentätigkeit beeinträchtigt würde, zum Beispiel durch Wettbewerb des Arbeitnehmers; ein umfassendes Verbot der Nebentätigkeit ist im Hinblick auf das Grundrecht des Arbeitnehmers aus Art. 12 GG dahin auszulegen, daß solche Nebentätigkeiten erlaubt sind, bei denen eine Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers nicht zu erwarten ist (vgl. BAG Urteil

vom 3. Dezember 1970 – 2 AZR 110/70 – AP Nr. 60 zu § 626 BGB). Durch die Beschäftigung der Beklagten bei dem anderen Arbeitgeber wurden die berechtigten Interessen der Klägerin nicht verletzt. Das Interesse an der Aufrechterhaltung der Versicherungsfreiheit des Arbeitnehmers stellt kein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers dar. Dieser kann nicht verlangen, daß der Arbeitnehmer auf eine weitere geringfügige Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber verzichtet, wenn diese mit der geschuldeten Arbeitsleistung zeitlich nicht zusammentrifft und auch sonst mit den Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht unvereinbar ist.

Die Aussparung der geringfügigen Beschäftigung aus der Versicherungspflicht stellt sich als Rahmenbedingung dar, die sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer zugute kommt. Die Möglichkeit, versicherungsfreie Arbeitsverhältnisse zu begründen, wirkt sich einerseits entlastend auf die Kalkulation des Arbeitgebers aus und bewirkt andererseits, daß Arbeitnehmer, deren Lebensgrundlage anderweit gesichert ist, sich dadurch von Sozialversicherungsabgaben freihalten können, daß sie nur einen Teil ihrer Arbeitskraft einsetzen. Der Handlungsspielraum, den die gesetzliche Regelung eröffnet, steht beiden Partnern des Arbeitsvertrags zu. Beide üben ihr Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) aus, wenn sie sich für ein Arbeitsverhältnis entscheiden, das eine geringfügige Beschäftigung zum Gegenstand hat. Die Regelung verschafft dem Arbeitgeber aber keinen Anspruch gegen den Arbeitnehmer, zur Vermeidung der Sozialversiche-

rungspflicht auf eine weitere bezahlte Tätigkeit zu verzichten. Der Zweck der Versicherungsfreiheit stützt diese Auslegung nicht, die auf eine Erweiterung des Grundrechts der Berufsfreiheit des Arbeitgebers und eine Einschränkung des entsprechenden Grundrechts des Arbeitnehmers gerichtet ist.

Der gesetzlichen Regelung über die Versicherungsfreiheit bei geringfügiger Beschäftigung liegt der Gedanke zugrunde, daß der beabsichtigte soziale Schutzzweck es nicht gebietet, solche Tätigkeiten in die Versicherungspflicht einzubeziehen. Diese ist auch deshalb nicht auf die geringfügigen Beschäftigungen ausgedehnt worden, weil dies einen unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand mit sich bringen würde. Um die Versicherungspflicht dennoch möglichst umfassend zu gestalten, wurden aber gegenüber dem bis zum 30. Juni 1977 geltenden Recht die maßgebliche Entgeltsgrenze und die maßgebliche Dauer der Beschäftigung herabgesetzt und die Regelung des § 8 Abs. 2 SGB IV eingeführt, nach der mehrere geringfügige Beschäftigungen zusammenzurechnen sind (vgl. Hauck/Haines, SGB IV 1, K § 8 Rz 1).

Als gesetzliche Ausnahme von einem an sich erwünschten umfassenden sozialen Schutz schließt die Regelung über die Versicherungsfreiheit es somit aus, allein aus ihrer Existenz zu folgern, es werde ein Interesse des Arbeitgebers geschützt, den Arbeitnehmer an der ursprünglichen Entscheidung nur für eine geringfügige Beschäftigung festzuhalten. Zwar begünstigt die Neuregelung das tatsächliche Nebeneinander mehrerer geringfügiger Beschäftigungen eines Arbeitnehmers. Sie enthält aber keine Bestimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer eine weitere geringfügige Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber annehmen darf, ohne seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu verletzen. Bezüglich dieser arbeitsrechtlichen Frage verbleibt es somit bei den dargelegten Grundsätzen über die Zulässigkeit einer Nebentätigkeit. Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, daß der Arbeitnehmer kein weiteres gleichartiges Arbeitsverhältnis zu einem Dritten eingeht, besteht nur, wenn die sonst von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für ein Nebentätigkeitsverbot vorliegen, wenn die Nebentätigkeit also die Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis beeinträchtigen würde. Tatsachen, aus denen sich dies im vorliegenden Fall ergibt, hat die Klägerin nicht vorgetragen.

Diese Auslegung verletzt nicht das Grundgesetz der Klägerin aus Art 12 GG. Die Klägerin ist ebenso wenig wie die Beklagte gehindert, die Handlungsmöglichkeiten auszunutzen, die sich aus der gesetzlichen Regelung ergeben. Sie erkennt aber, daß der Umfang ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit nicht allein durch das Sozialrecht, sondern außerdem durch das Arbeitsrecht begrenzt wird, das der Klägerin keine Handhabe bietet, die

Beklagte an einer weiteren geringfügigen Beschäftigung zu hindern, die mit der der Klägerin geschuldeten Arbeitsleistung zeitlich und von der Art der Tätigkeit vereinbar ist. Die Klägerin kann daher bei ihren unternehmerischen Überlegungen von der Versicherungsfreiheit eines Arbeitnehmers nur solange ausgehen, wie dieser keine weitere Beschäftigung aufnimmt, die zum Wegfall der Versicherungsfreiheit führt. Die darin liegende Einschränkung der Berufsausübung der Arbeitgeber ist durch vernünftige Überlegungen des Gemeinwohls gedeckt (vgl. dazu BVerfGE 7, 377), nämlich durch das Bestreben, die Ausnahmen von der Versicherungspflicht im Interesse des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer in engen Grenzen zu halten.

Daß die Pflicht zur nachträglichen Aufbringung der Arbeitgeberanteile der Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung die Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12 und Art. 14 GG nicht verletzt, hat das Bundessozialgericht bereits entschieden. Der Senat nimmt auf die Urteile des Bundessozialgerichts vom 10. September 1987 (12 RK 13/85, NZA 1988, 629) und vom 23. Februar 1988 (12 RK 43/87, DB 1988, 716) Bezug.

Urteil

ArbG Bielefeld, § 1 II 3 KSchG, Art. 6 GG

Arbeitszeit und Kinderbetreuung

Verändert eine Arbeitnehmerin die Lage ihrer Arbeitszeit, um Konflikte zwischen der Betreuung ihrer Kinder und ihren Arbeitspflichten zu beseitigen, ist die deshalb erfolgte Kündigung gem. § 1 II 3 KSchG sozialwidrig, wenn dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung unter den geänderten Bedingungen möglich ist.

Urteil des ArbG Bielefeld vom 12.10.1988 – 2 Ca 1062/88 – n.rk.

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin wendet sich mit der Klage gegen eine von der Beklagten erklärte Kündigung.

Die wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin betrug zunächst 40 Stunden. Nach der Geburt des ersten Kindes der Klägerin vereinbarten die Parteien auf Wunsch der Klägerin 1985 eine wöchentliche Arbeitszeit von 24 ½ Stunden, wobei die tägliche Arbeitszeit wie folgt verteilt wurde: montags/mittwochs von 12.00 Uhr bis 16.00 Uhr und dienstags/donnerstags von 7.00 Uhr bis 16.00 Uhr. Das Kind der Klägerin wurde damals von deren Mutter betreut.

Im Juli 1987 brachte die Klägerin ihr zweites Kind zur Welt und nahm bis zum 14.5.1988 Erziehungsurlaub in Anspruch. Etwa 5 Wochen vor Ablauf des Erziehungsurlaubs wandte die Klägerin sich an den Geschäftsführer der Beklagten mit der Bitte, die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit dahingehend zu ändern, daß sie nur vormittags beschäftigt würde. Eine entsprechende Neuverteilung der Arbeitszeit lehnte der Geschäftsführer der Beklagten ab.

Die Beklagte beschäftigt in der Nähproduktion 8 Arbeitnehmerinnen ausschließlich der Klägerin. Hiervon werden drei Arbeitnehmerinnen täglich von 7.00 Uhr bis 16.00 Uhr und weitere fünf Arbeitnehmerinnen täglich von 7.00 Uhr bis 12.45 Uhr beschäftigt.

Nach Ablauf des Erziehungsurlaubs nahm die Klägerin die Arbeit bei der Beklagten um 7.00 Uhr auf und arbeitete dort bis 12.15 Uhr. Auch in der Folgezeit arbeitete die Klägerin lediglich vormittags von 7.00 Uhr bis 12.15 Uhr. Die Beklagte kündigte der Klägerin nach zweimaliger Abmahnung. Die Beklagte führt für die Kündigung die eigenmächtige Verlegung der Arbeitszeit durch die Klägerin an.

Mit der Klage wendet die Klägerin sich gegen diese Kündigung. Sie könne nur noch von montags bis freitags vormittags bis 12.15 Uhr einer Beschäftigung nachgehen, weil sie nachmittags ihre Kinder betreuen müsse. Das ältere Kind müsse sie bis 12.30 Uhr vom Kindergarten abholen und das jüngere Kind könne von ihrer Mutter nur noch vormittags (bis 13.00 Uhr) betreut werden. Ihr Ehemann könne sich an der Kinderbetreuung werktags nicht beteiligen, weil er für ein Automatenaufstellerunternehmen im Außendienst tätig sei bei einer täglichen Arbeitszeit von 8.00 Uhr bis 18.00 Uhr (oder auch später).

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet. Die Kündigung ist nach § 1 Abs. 1 KSchG in Verbindung mit § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG sozial ungerechtfertigt. Dann, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsverweigerung aus persönlichen Gründen des Arbeitnehmers zum Anlaß einer außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung aus Gründen im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers macht, ist unabhängig vom Vorliegen einer Arbeitspflichtverletzung maßgeblich, ob die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten, den persönlichen Belangen des Arbeitnehmers gerecht werdenden Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat.

1. Der Beklagten ist die Weiterbeschäftigung der Klägerin zu den von dieser gewünschten geänderten Arbeitsbedingungen, nämlich ausschließlich vormittags von 7.00 Uhr bis 12.15 Uhr, möglich. Eine entsprechende Weiterbeschäftigung der Klägerin führt zu keinerlei relevanten betrieblichen Auswirkungen.