

Az.: 2 VR MVG 12/07

entschieden am: 17.07.2007

## B e s c h l u s s

In dem Schiedsverfahren

mit den Beteiligten

1. Leitung

Antragsteller,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte S

sowie

2. Mitarbeitervertretung

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwalt B

hat die 2. Kammer der Schiedsstelle des Diakonischen Werkes der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers e.V. durch Herrn Dreher als Vorsitzenden, Frau Bärenfänger und Herrn Kütthe-Zur-Lienen als Beisitzer in der mündlichen Verhandlung am 17.07.2007 folgendes

### **beschlossen:**

Der Antrag wird zurückgewiesen.

### Gründe:

I.

Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob der Mitarbeitervertretung (Antragsgegnerin) ein Grund zur Seite stand, um die Zustimmung zur Versagung der Nebentätigkeit einer Mitarbeiterin zu verweigern.

Die Mitarbeiterin H ist aufgrund eines Dienstvertrages, wegen dessen Einzelheiten auf Anlage B 1 zum Schriftsatz vom 25.04.2007 (Bl. 15 f. d.A.) verwiesen wird, bei dem Antragsteller als Küchenhilfe beschäftigt. Die wöchentliche Arbeitszeit ist mit „20 Stunden laut Dienstplan“ angegeben. Das monatliche Bruttoentgelt beträgt bei dieser Arbeitszeit 846,00 €. Frau H ist einem Kind zum Unterhalt verpflichtet. Ihre mehrfach geäußerten Bitten, ihre regelmäßige Arbeitszeit zu erhöhen, blieben ohne Erfolg.

Mit Schreiben vom 07.11.2006, wegen dessen Einzelheiten auf Anlage K 1 zur Antragschrift (Bl. 7 d.A.) verwiesen wird, beantragte Frau H, der Antragsgegner möge einer dienstags und donnerstags von 8 – 13 Uhr auszuübenden Nebentätigkeit zustimmen und sie während dieser Zeiten nicht für den Dienst einzuteilen. Der Antragsteller lehnte dies unter Hinweis auf zu stark eingeschränkte Einsatzmöglichkeiten ab und erbat mit Schreiben vom 22.01.2007 (Anlage K 3 zur Antragschrift – Bl. 9 d.A.) für diese Ablehnung erfolglos die Zustimmung der Mitarbeitervertretung. In diesem Schreiben legte der Antragsteller dar, Frau H werde bereits als Springerin eingesetzt, um ihrem Wunsch nach bezahlter Mehrarbeit gerecht werden zu können.

Der Antragsteller macht geltend, die Mitarbeitervertretung habe ihre Zustimmung zur Ablehnung des Antrags der Mitarbeiterin zu Unrecht verweigert. Bei Zustimmung zur Nebentätigkeit wäre ein flexibler Arbeitseinsatz der Mitarbeiterin nicht mehr möglich; daher bestehe ein berechtigtes Interesse daran, eine Nebentätigkeit mit derart starren Arbeitszeiten nicht zu genehmigen. Einer flexibleren Regelung werde sie sich dagegen nicht verschließen, so dass auch das Recht der freien Arbeitsplatzwahl nicht verletzt sei.

Der Antragsteller beantragt,

festzustellen, dass für die Mitarbeitervertretung kein Grund zur Verweigerung der Versagung einer Nebentätigkeit von Frau H vorgelegen hat und die nicht erteilte Zustimmung der Mitarbeitervertretung als ersetzt gilt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie trägt vor, abgesehen von moralischen Bedenken, die angesichts der Unterhaltspflicht und des geringen Einkommens der Mitarbeiterin bestünden, verstoße die Verweigerung auch gegen Rechtsvorschriften. Die Mitarbeiterin habe einen Rechtsanspruch auf die beantragte Genehmigung, weil die dienstlichen Interessen des Antragstellers gewahrt blieben. Bei Einrichtungen dieser Größenordnung sei eine Dienstplanung erforderlich; diese mache es möglich, einzelne Teilzeitbeschäftigte zu bestimmten Zeiten vom Einsatz auszunehmen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie die Niederschrift der Anhörung vom 17.07.2007 verwiesen.

## II.

Der Antrag ist nicht begründet. Der Mitarbeitervertretung stand ein Grund zur Seite, die Zustimmung zu der vom Antragsteller beabsichtigten Maßnahme zu verweigern.

1. Die Versagung der Genehmigung einer Nebentätigkeit unterliegt gem. § 42 Nr. 10 MVG-K dem Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung.
2. Die Mitarbeitervertretung hat ihre Zustimmung zu Recht verweigert. Das vom Antragsteller beabsichtigte Verbot der beantragten Nebentätigkeit verstieße gegen die Rechte der Mitarbeiterin.

- a) Die Ausübung einer entgeltlichen Nebentätigkeit ist grundsätzlich zulässig. Der Arbeitnehmer kann sich auf seine Grundrechte gem. Artikel 12 Abs. 1 bzw. Artikel 2 Abs. 1 GG berufen (BAG, 18.01.1996 – DB 1996, 2182 - ). Der Arbeitgeber kann nur dann die Unterlassung einer Nebentätigkeit verlangen, wenn er ein berechtigtes Interesse darlegen kann. Dies setzt in aller Regel voraus, dass die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers durch die Nebentätigkeit beeinträchtigt werden kann (BAG, 06.09.1990 – AP BGB § 615 Nr. 47; BAG 18.01.1996 – AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 25).
- b) Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die Mitarbeiterin H verlangen könnte, dass der Antragsteller der beantragten Nebentätigkeit zustimmt. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beim Antragsteller beträgt lediglich 20 Stunden. Es liegt auf der Hand, dass die Mitarbeiterin mit dem hieraus erzielten Entgelt von 846,00 € brutto monatlich allein nicht für sich und ihr unterhaltsberechtigtes Kind sorgen kann. Sie ist daher auf eine weitere Tätigkeit angewiesen. Die Argumentation des Antragstellers läuft aber darauf hinaus, dass der Mitarbeiterin jede Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses untersagt ist: Er macht geltend, lediglich eine solche Nebentätigkeit komme in Betracht, die zeitlich so flexibel sei, dass eine wie auch immer geartete Einteilung der Mitarbeiterin zum Dienst bei ihm nicht gefährdet sei. Dies läuft darauf hinaus, dass nur Nebentätigkeiten ausgeführt werden können, bei denen die Mitarbeiterin ihre Arbeitszeit vollständig frei gestalten kann. Dann aber wird es sich in aller Regel nicht um ein Arbeitsverhältnis handeln, dessen Wesen gerade darin liegt, dass eine solche freie Gestaltung der Arbeitszeit nicht möglich ist. Die Mitarbeiterin auf eine lediglich freiberufliche Tätigkeit zu verweisen, verstieße aber gegen Treu und Glauben. Im Lichte von Artikel 12 Abs. 1 GG kann einer Mitarbeiterin, die lediglich 846,00 € brutto monatlich erlöst und die einem Kind zum Unterhalt verpflichtet ist, nicht jede weitere Erwerbstätigkeit in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis verwehrt werden.

Auch die tatsächliche Handhabung des Dienstvertrages führt zu keinem anderen Ergebnis. Die im Termin zur Anhörung vorgelegten Stundenaufstellungen haben nicht ergeben, dass Frau H im wesentlichen Umfang über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden hinaus gearbeitet und hierfür zusätzliches Entgelt erhalten hätte; soweit eine Mehrarbeit überhaupt vorkam, wurde sie im wesentlichen durch Freizeit ausgeglichen. An der wirtschaftlichen Situation der Mitarbeiterin ändert sich mithin nichts.

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

gez. Dreher  
Vorsitzender der Schiedsstelle