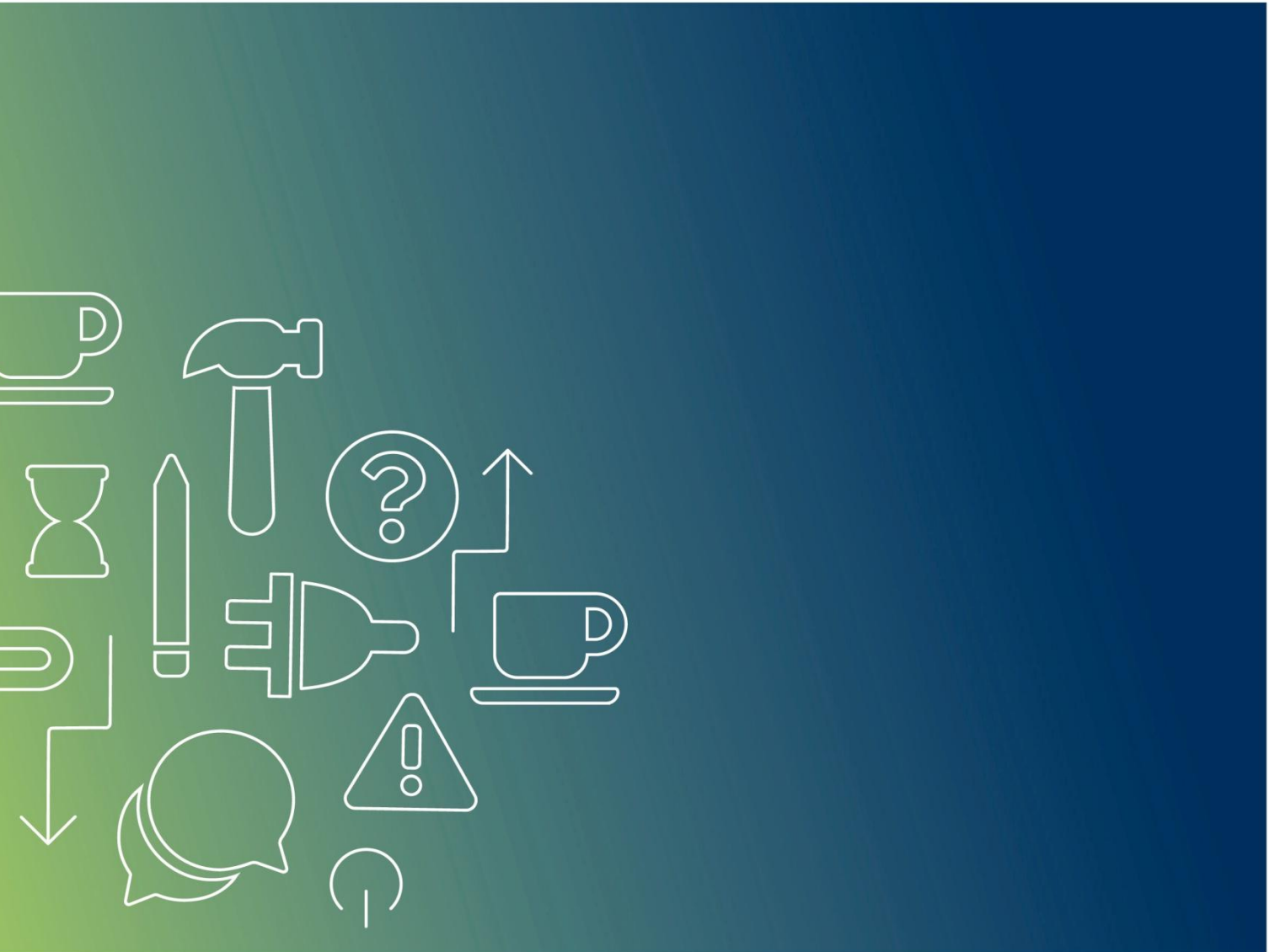


Hybride Formen von Solo-Selbstständigkeit



Juliane Großmann und Pauline Haak

Gefördert durch:

1. Auflage

Göttingen, Februar 2026

Bericht

» Hybride Formen von Solo-Selbstständigkeit «

Erarbeitet im Rahmen des Projektes »Haus der Selbstständigen« von:

Georg-August-Universität Göttingen / Institut für Arbeitsrecht / Lehrstuhl Prof. Dr. Olaf Deinert

Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Stand der Literatur: Januar 2026

Die Verantwortung für den Inhalt liegt bei den Autorinnen.

Ziel der Europäischen Union ist es, dass alle Menschen eine berufliche Perspektive erhalten. Der Europäische Sozialfonds Plus (ESF Plus) trägt zu einem sozialeren Europa bei und setzt die Europäische Säule sozialer Rechte in die Praxis um. Er investiert vor Ort in Maßnahmen, um Menschen bei der Bewältigung wirtschaftlicher und sozialer Herausforderungen zu unterstützen und ihre Beschäftigungschancen zu verbessern. Der ESF Plus unterstützt die Menschen durch Ausbildung und Qualifizierung und trägt zum Abbau von Benachteiligungen auf dem Arbeitsmarkt bei. Er fördert Gründer*innen und hilft kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) bei der Fachkräftesicherung. Mehr zum ESF Plus unter: www.esf.de.

Gliederung

Gliederung.....	5
Abkürzungsverzeichnis.....	6
A. Einführung.....	9
B. Arbeitsrechtliche Grundlagen	11
I. Rechtsstellung synchroner Erwerbshybridität.....	11
II. Rechtsstellung serieller Erwerbshybridität.....	15
III. Zwischenfazit: Erfassung ausgehend vom Arbeitsverhältnis	15
C. Arbeitsrechtliche Herausforderungen bei synchroner Erwerbshybridität.....	16
I. Ausgewählte arbeitsrechtliche Felder	17
II. Synchrone Erwerbshybridität als Teilzeitbeschäftigung	58
III. Adäquate Berücksichtigung bei der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger	68
IV. Zusammenfassung synchrone Erwerbshybridität	89
D. Arbeitsrechtliche Herausforderungen bei serieller Erwerbshybridität	91
I. Arbeitsrechtliche Rahmung serieller Erwerbshybridität	92
II. Adäquate Berücksichtigung bei der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger	116
III. Zusammenfassung serielle Erwerbshybridität.....	123
E. Zusammenfassung.....	124
Literaturverzeichnis.....	127

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
a.M.	am Main
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AuR	Arbeit und Recht
BAuA	Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin
BAG	Bundesarbeitsgericht
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BB	Betriebs-Berater
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
Beschl.	Beschluss
BGH	Bundesgerichtshof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BSG	Bundessozialgericht
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BT-Drucks.	Bundestag-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
DJT	Deutscher Juristentag
EstG	Einkommenssteuergesetz
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz

et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	folgende/fortfolgende
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GewO	Gewerbeordnung
Hs.	Halbsatz
Hrsg.	Herausgeber
i.Ü.	im Übrigen
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
IW	Institut der Deutschen Wirtschaft
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LPersVG	Landespersonalvertretungsgesetz/Landespersonalvertretungsgesetze
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
ÖAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite/Satz
SGB	Sozialgesetzbuch

sog.	sogenannte/r/s
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
TV-L	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
Urt.	Urteil
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgesellschaft
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
vgl.	vergleiche
WISO	Wirtschafts- und sozialpolitische Zeitschrift
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZTR	Zeitschrift für Tarifrrecht

A. Einführung

Seit dem Jahr 2012 geht der Anteil der Selbstständigen in Deutschland zurück, eine Entwicklung, deren Ursache in erster Linie in dem rückläufigen Anteil der Solo-Selbstständigen liegt, die im Jahr 2022 mit circa 1,8 Millionen etwa die Hälfte aller Selbstständigen ausmachten.¹ Gleichzeitig hat die hybride Selbstständigkeit an Bedeutung gewonnen, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass der Anteil der hybrid Selbstständigen an allen Selbstständigen in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen ist.² Hybride Erwerbstätigkeit kann synchron oder seriell erfolgen. Die *synchrone Erwerbshybridität* bezeichnet Mehrfachbeschäftigungen und Kombinationen abhängiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit im selben Zeitraum, die *serielle Erwerbshybridität* bezeichnet den aufeinanderfolgenden Wechsel von Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung.³ Solo-Selbstständigkeit geht besonders oft in Kombination mit abhängiger Beschäftigung einher und kann als eine Triebfeder der Erwerbshybridisierung betrachtet werden.⁴ Nach Berechnungen auf Basis des Taxpayer-Panels belief sich die Zahl der hybriden Selbstständigen in Deutschland zuletzt auf 2,9 Millionen.⁵ Allerdings teilen die Solo-Selbstständigkeit und die Erwerbshybridität, dass sie bislang nur lückenhaft erforscht und eindeutige Aussagen über beide Erwerbsformen kaum zu treffen

¹ Krause-Pilatus/Rinne, Selbstständige Erwerbstätigkeit in Deutschland (Aktualisierung 2024), BMAS Forschungsbericht 643, S. 18 - 2012 erreichte die Zahl der Solo-Selbstständigen einen Höchstpunkt von 2,46 Millionen Personen; Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 4.

² Kay/Suprinovic, WISO direkt 2019, 1 (1); Kay/Schneck/Suprinovic, in: Hybride Erwerbsformen, 2018, S. 15 (15); Deinert/Sutterer-Kipping, in: Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, 2020, S. 312 (328 ff.); vgl. auch Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, S. 273; der Anteil der hybrid Selbstständigen lag zuletzt bei 15,9 Prozent der befragten Selbstständigen: Pöhler et al., Untersuchung der sozialen Lage von Selbstständigen in Deutschland, S. 15, 24.

³ Deinert/Sutterer-Kipping, in: Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, 2020, S. 312 (327); Bührmann/Fachinger/Welskop-Deffaa, in: Hybride Erwerbsformen, 2018, S. 1 (3); Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 4; Jansen, Wachsende Graubereiche in der Beschäftigung, Working Paper Forschungsförderung Nr. 167, S. 10.

⁴ Pongratz/Bührmann, in: Hybride Erwerbsformen, 2018, S. 51 (54).

⁵ Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 16; unter Berufung auf die Hochrechnungen von Kay/Butkowski, Deutsche Rentenversicherung 2024, 20 (22).

sind.⁶ Die sozialwissenschaftliche Forschung des *Hauses der Selbstständigen* hat zuletzt aber wesentliche Push- und Pull-Faktoren für hybride Solo-Selbstständigkeit näher untersucht.⁷ So bieten insbesondere das Sozial- und Steuerrecht Anreize für (insbesondere synchron) erwerbshybride Tätigkeiten in Form einer hauptberuflich abhängigen Beschäftigung mit einer nebenberuflichen Solo-Selbstständigkeit.⁸ Auch auf arbeitsrechtliche Wirkmechanismen hybrider Erwerbskonstellationen wurde hingewiesen.⁹ Eindeutige Push- oder Pull-Faktoren für erwerbshybride Konstellationen im Zusammenhang mit Solo-Selbstständigkeit sind im Arbeitsrecht jedoch nicht auszumachen. Gleichwohl stellen sich Fragen zum Umgang mit Erwerbshybridität nicht nur im Sozial- und Steuerrecht, auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht bringt die Kombination von abhängiger Beschäftigung und Solo-Selbstständigkeit besondere Herausforderungen mit sich.¹⁰

Die Ergebnisse der sozialwissenschaftlichen Forschung des *Hauses der Selbstständigen* werden hier mit dem Ziel aufgegriffen, den arbeitsrechtlichen Rahmen hybrider Solo-Selbstständigkeit stärker zu konturieren und eine weitergehende Analyse derjenigen Friktionen anzufertigen, die sich im Zusammenhang mit hybrider Erwerbstätigkeit im Arbeitsrecht stellen. Dafür wird zunächst der Rechtsrahmen von synchroner und serieller Erwerbshybridität aus der Perspektive des Arbeitsrechts beleuchtet. Anschließend werden arbeitsrechtliche Herausforderungen erst von synchroner Erwerbshybridität und sodann von serieller Erwerbshybridität sowie die Möglichkeiten ihrer adäquaten Berücksichtigung im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung in beiden Zusammenhängen untersucht.

⁶ Langer/Mauch, Datenlücke Solo-Selbstständigkeit, S. 60 ff.; Bührmann/Fachinger/Welskop-Deffaa, in: Hybride Erwerbsformen, 2018, S. 1 (6); Kay/Suprinovic, WISO direkt 2019, 1 (3 f.).

⁷ Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit.

⁸ Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 45, 50 ff., 60.

⁹ Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 61.

¹⁰ Vgl. Deinert/Sutterer-Kipping, in: Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, 2020, S. 312 (331).

B. Arbeitsrechtliche Grundlagen

Bevor die wesentlichen arbeitsrechtlichen Herausforderungen der Erwerbshybridität ermittelt werden können, kommt es auf die Klärung an, wie hybride Erwerbsformen vom Arbeitsrecht überhaupt erfasst werden.

I. Rechtsstellung synchroner Erwerbshybridität

1. Begriff für die Untersuchung

Ausgehend von der soeben vorgestellten Definition synchroner Erwerbshybridität wird der Begriff für diese Untersuchung auf die gleichzeitige Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis gem. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB einerseits und als Solo-Selbstständiger andererseits verengt. Sofern im Folgenden zum Zweck der leichten Verständlichkeit die Begriffe *Selbstständigkeit* bzw. *hybride Selbstständigkeit* verwendet werden, ist darunter ausschließlich Solo-Selbstständigkeit bzw. hybride Solo-Selbstständigkeit zu verstehen.

Arbeitnehmer ist nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB und ständiger Rechtsprechung des BAG, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienst eines anderen zu weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.¹¹ Eine Person gilt nach allgemeiner Auffassung als solo-selbstständig, wenn jemand eine Tätigkeit als Selbstständiger ausübt und dabei keine Arbeitnehmer beschäftigt.¹² Selbstständig ist – in Abgrenzung zur Arbeitnehmereigenschaft – wer ohne an Weisungen gebunden und ohne in eine betriebliche Organisation eingegliedert zu sein, in persönlicher Unabhängigkeit arbeitet.¹³

¹¹ BAG, Urt. v. 30.11.2021 – 9 AZR 145/21, NZA 2022, 623 (626); BAG, Urt. v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 (555); BAG, Urt. v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17, NZA 2018, 448 (450); BAG, Urt. v. 21.7.2015 – 9 AZR 484/14, NZA-RR 2016, 344 (346).

¹² BAG, Beschl. v. 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beilage 2018, 8 (9); LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21.07.2016 – 14 BVL 5007/15 u.a., BeckRS 2016, 70880; *Großmann/Haak*, Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 3; *Deinert*, Soloselbstständige, Rn. 11; *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129 (129); *Asshoff/Walser*, NZA 2021, 1526 (1527).

¹³ *Großmann/Haak*, Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 2; *Gärtner*, Koalitionsfreiheit und Crowdwork, S. 96; *Mayr*, Arbeitsrechtlicher Schutz Soloselbstständiger, S. 93.

2. Arbeitsrechtliche Einordnung

Will man synchrone Erwerbshybridität arbeitsrechtlich erfassen, kann das grundsätzlich nur ausgehend von demjenigen Beschäftigungsverhältnis erfolgen, in dem die betreffende Person als Arbeitnehmer tätig ist. Denn zentrale Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts ist das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses gem. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB – der Arbeitnehmerstatus ist die Eintrittskarte in das Arbeitsrecht.¹⁴ In Selbstständigkeit ausgeübte Tätigkeiten werden dagegen grundsätzlich nicht vom Arbeitsrecht erfasst, es gilt der Grundsatz der Privatautonomie mit seinen allgemeinen Einschränkungen.¹⁵ Ausnahmen greifen vor allem für arbeitnehmerähnliche Personen und in Heimarbeit Beschäftigte, die in bestimmte arbeitsrechtliche Vorschriften einbezogen sind.¹⁶

Gleichwohl lässt sich hybride Selbstständigkeit arbeitsrechtlich als Nebentätigkeit qualifizieren.¹⁷ Für die Nebentätigkeit existiert allerdings keine gesetzliche Definition.¹⁸ Im Steuerrecht werden in § 3 Nr. 26 und 26a EStG Steuervergünstigungen nebenberuflicher Tätigkeiten geregelt, doch ist der Begriff auch dort nicht vorgegeben.¹⁹ Die arbeitsrechtlichen Gesetze erwähnen den Begriff der Nebentätigkeit oder ähnliche Begriffe gar nicht. Immerhin adressieren die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst (§ 3 Abs. 3 TVöD, § 3 Abs. 4 TV-L) die Nebentätigkeit von Arbeitnehmern, eine Definition findet sich

¹⁴ *Deinert/Sutterer-Kipping*, in: Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, 2020, S. 312 (331 f.); *Deinert*, Soloselbstständige, Rn. 1; *Maties*, in: FS Wank, 2014, S. 323 (325); *Mayr*, Arbeitsrechtlicher Schutz Soloselbstständiger, S. 90.

¹⁵ *Deinert/Sutterer-Kipping*, in: Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, 2020, S. 312 (347); *Deinert*, Soloselbstständige, Rn. 25.

¹⁶ *Deinert/Sutterer-Kipping*, in: Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, 2020, S. 312 (340 ff.); eine tabellarische Übersicht über die anwendbaren Vorschriften bei *Langer/Mauch*, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 57; zur Einordnung Solo-Selbstständiger als arbeitnehmerähnliche Personen oder in Heimarbeit Beschäftigte *Großmann/Haak*, Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 20 ff.

¹⁷ Dies gilt gleichermaßen für die hybride Selbstständigkeit mit und ohne Angestellte.

¹⁸ *Wank*, Nebentätigkeit, Rn. 1; *Oligmüller*, Nebentätigkeitsproblematik, S. 4; *Pauly*, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 25 f.

¹⁹ *Wank*, Nebentätigkeit, Rn. 1; instruktiv *Pauly*, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 54 ff.

gleichwohl auch hier nicht. Ebenso verwendet die Rechtsprechung den Begriff der Nebentätigkeit,²⁰ hat es bislang aber weitestgehend vermieden, die Nebentätigkeit ausdrücklich zu definieren.²¹ Schließlich wird auch in der arbeitsrechtlichen Wissenschaft der Begriff der Nebentätigkeit uneinheitlich verwendet.²² Einige Autoren gehen beispielsweise von einer Nebentätigkeit bei jeder Tätigkeit aus, die außerhalb eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt wird.²³ Andere nehmen eine Nebentätigkeit für solche Tätigkeiten an, die neben einem „Hauptarbeitsverhältnis“ in zeitlich untergeordneter Weise ausgeübt werden.²⁴ Weitestgehende Einigkeit besteht darin, dass es für das Vorliegen einer Nebentätigkeit unerheblich ist, ob die jeweilige Beschäftigung aufgrund eines Werk-, Dienst oder eines Arbeitsvertrags ausgeübt wird.²⁵

Weitere Tätigkeiten neben einem Arbeitsverhältnis sind grundsätzlich erlaubt und genießen den Schutz der Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG.²⁶ Das Grundrecht der Berufsfreiheit gibt dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, die er als für sich geeignet ansieht, als Beruf zu ergreifen und zu seiner Lebensgrundlage zu

²⁰ Vgl. nur BAG, Urt. v. 05.08.1968 – 3 AZR 128/67, AP HGB § 74 Nr. 24; BAG, Urt. v. 19.10.1983 – 5 AZR 195/81, NJW 1984, 1706.

²¹ *Pauly*, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 27.

²² *Braun*, AuR 2004, 47 (47); *Wank*, Nebentätigkeit, Rn. 2 ff.; Überblick über die vorgeschlagenen Definitionen bei *Pauly*, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 29 ff.

²³ *Braun*, DB 2003, 2282 (2282); *Braun*, AuR 2004, 47 (47); *Wertheimer/Krug*, BB 2000, 1462 (1462); *Wank*, Nebentätigkeit, Rn. 24.

²⁴ *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Becker*, § 54 Rn. 24; *Woerz/Klinkhammer*, ArbRAktuell 2012, 183 (183); *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Zwanziger*, § 120 Rn. 1; *Hunold*, NZA 1995, 558 (558); im Ergebnis wohl auch *ErfK-Greiner*, § 611a BGB Rn. 156; *SWK-ArbR-Schönhöft*, Nebentätigkeit Rn. 1; *Oligmüller*, Nebentätigkeitsproblematik, S. 19.

²⁵ *Schaub ArbR-HdB-Linck*, § 42 Rn. 1; *Braun*, DB 2003, 2282 (2282); *Braun*, AuR 2004, 47 (47); *Hunold*, NZA 1995, 558 (558); *Küttner Personalbuch-Röller*, Nebentätigkeit Rn. 1; *SWK-ArbR-Schönhöft*, Nebentätigkeit Rn. 1; *Wertheimer/Krug*, BB 2000, 1462 (1462); *Woerz/Klinkhammer*, ArbRAktuell 2012, 183 (183); *Oligmüller*, Nebentätigkeitsproblematik, S. 19; a.A. *Wank*, Nebentätigkeit, Rn. 22, wonach Nebentätigkeit nur bei Vorliegen von einem oder mehreren zusätzlichen Arbeitsverhältnissen vorliegt; *Pauly*, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 40.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 17.12.1958 – 1 BvL 10/56, BVerfGE 9, 39; BVerfG, Beschl. v. 15.02.1967 – 1 BvR 569/62, 1 BvR 589/62, BVerfGE 21, 173 (179); BVerfG, Beschl. v. 20.04.2004 – 1 BvR 838/01 u.A., BVerfGE 110, 304 (321); BAG, Urt. v. 25.05.1970 – 3 AZR 384/69, NJW, 1941 (1942); BAG, Urt. v. 24.03.2010 – 10 AZR 66/09, NZA 2010, 693 (695); BGH, Beschl. v. 03.03.1986 – AnwZ (B) 1/86, NJW 1986, 2499 (2500); *ErfK-Greiner*, § 611a BGB Rn. 829; *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Zwanziger*, § 120 Rn. 1.

machen – das umfasst auch einen Zweitberuf und damit die Freiheit, eine Nebentätigkeit zu wählen.²⁷

Auch die EU-Transparenzrichtlinie sieht in ihrem Art. 9 Abs. 1 vor, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein anderes Arbeitsverhältnis nicht verbieten und ihn aufgrund einer weiteren Beschäftigung nicht benachteiligen darf.²⁸ Die Richtlinie ist zwar grundsätzlich bei der Auslegung des deutschen Rechts zu berücksichtigen,²⁹ in der vorliegenden Konstellation aber nicht einschlägig, weil sie ausweislich ihres achten Erwägungsgrunds keine selbstständigen Erwerbstätigkeiten neben einem bestehenden Arbeitsverhältnis erfasst, sondern sich nur auf die Mehrfachbeschäftigung als Arbeitnehmer bezieht.³⁰

Abhängig davon, welche Relevanz man dem Verhältnis der verschiedenen Erwerbstätigkeiten beimisst, handelt es sich bei hybrider Selbstständigkeit entweder stets oder in bestimmten Fällen um eine Nebentätigkeit.³¹ Die Entscheidung, welcher Definition der Vorrang zu geben ist, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, weil die parallele Ausübung von verschiedenen Erwerbstätigkeiten, wie gesehen, grundsätzlich erlaubt ist.

Daneben führt die parallele Ausübung einer Selbstständigkeit und einer Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis in aller Regel dazu, dass der in persönlich abhängiger Beschäftigung erbrachte Part als Teilzeitarbeit verrichtet wird. Die Teilzeitbeschäftigung wird durch das TzBfG eingerahmt.³²

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 15.02.1967 – 1 BvR 569/62, 1 BvR 589/62, BVerfGE 21, 173 (179); Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Becker, § 54 Rn. 24; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 86.

²⁸ Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, Abl. L 186, S. 117; erläuternd zum Schutzzumfang Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 131 f.

²⁹ Buschmann, AuR 2023, 150 (153); Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Zwanziger, § 120 Rn. 1.

³⁰ Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, Abl. L 186, S. 106; Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 131; Maul-Sartori, NZA 2019, 1161 (1163).

³¹ Vgl. Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 39 ff.

³² Dazu unter C.II.

II. Rechtsstellung serieller Erwerbshybridität

1. Begriff

Entsprechend der bei der synchronen Erwerbshybridität vorgenommenen Eingrenzung, wird der Begriff der seriellen Erwerbshybridität für die Untersuchung auf den aufeinander folgenden Wechsel von abhängiger Beschäftigung und Solo-Selbstständigkeit verengt. Auch hier gilt, dass unter den Begriffen *Selbstständigkeit* bzw. *hybride Selbstständigkeit* ausschließlich Solo-Selbstständigkeit bzw. hybride Solo-Selbstständigkeit zu verstehen sind.

2. Arbeitsrechtliche Einordnung

Für eine Einordnung der seriellen Erwerbshybridität ist abermals der Umstand beachtlich, dass das Arbeitsrecht grundsätzlich nur in solchen Rechtsverhältnissen gilt, die unter den Tatbestand des § 611a Abs. 1 S. 1 BGB subsumierbar sind. Gibt eine Person ihr Arbeitsverhältnis auf, um sich einer selbstständigen Tätigkeit zu widmen, fällt sie aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts heraus. Wird daran anschließend wieder eine Beschäftigung als Arbeitnehmer aufgenommen, greifen die Bestimmungen des Arbeitsrechts erneut. Im Zusammenhang mit dem Wechsel aus dem Geltungsbereich des Arbeitsrechts heraus und in das Arbeitsrecht hinein existieren zwar arbeitsrechtliche Regelungen, die beachtlich sein können.³³ Soweit ersichtlich, gibt es im Arbeitsrecht aber keine Begrifflichkeit, die den aufeinanderfolgenden Wechsel von Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung an sich erfasst.

III. Zwischenfazit: Erfassung ausgehend vom Arbeitsverhältnis

Festzuhalten ist, dass hybride Erwerbsformen in der geltenden arbeitsrechtlichen Systematik keine eigene Berücksichtigung finden, vielmehr ist das Arbeitsrecht im Grundsatz von der klaren Trennung zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit geprägt.³⁴ Die rechtliche Einordnung erfolgt dabei für jedes Rechtsverhältnis gesondert. Sowohl für die synchrone als auch für die serielle

³³ Dazu noch unter D.

³⁴ Bückner, in: Hybride Erwerbsformen, 2018, S. 267 (270).

Erwerbshybridität folgt daraus, dass das Arbeitsrecht grundsätzlich immer nur den Teil bzw. Abschnitt des Erwerbslebens erfasst, dem ein Arbeitsverhältnis zugrunde liegt. Dagegen wird der Part, der in Selbstständigkeit ausgeübt wird, grundsätzlich nicht vom Arbeitsrecht erfasst. Eine selbstständige Tätigkeit, die neben einem Arbeitsverhältnis oder im Wechsel mit ihm erfolgt, adressiert das Arbeitsrecht allenfalls reflexiv, wenn sie sich auf das Arbeitsverhältnis auswirkt. Die folgende Untersuchung nimmt ihren Ausgangspunkt dementsprechend grundsätzlich bei der Erwerbstätigkeit, die im Arbeitsverhältnis ausgeübt wird und bei der sich unter Umständen besondere Problemlagen aufgrund der Kombination mit der solo-selbstständigen Tätigkeit ergeben.

C. Arbeitsrechtliche Herausforderungen bei synchroner Erwerbshybridität

Auch wenn das Arbeitsrecht grundsätzlich nur den Teil der Erwerbstätigkeit adressiert, dem ein Arbeitsverhältnis zugrunde liegt, kann es bei synchroner Erwerbshybridität zu Wechselwirkungen zwischen der abhängigen Beschäftigung und der selbstständigen Tätigkeit kommen, die wiederum Konfliktpotential bergen können. So kann das Arbeitsrecht durch gesetzliche Vorgaben oder über die arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflichten auf den selbstständigen Part der Erwerbstätigkeit ausstrahlen. Die Interessenkollision, die sich aus der parallelen Ausübung von selbstständiger und abhängiger Beschäftigung ergeben kann, findet ihren Niederschlag außerdem in den sog. Konkurrenzverboten. Einschränkungen können sich darüber hinaus nicht nur aus individualvertraglichen Vereinbarungen ergeben, auch das kollektive Arbeitsrecht kann hybride Erwerbskonstellationen herausfordern. Handelt es sich bei der abhängigen Beschäftigung zugleich um eine Teilzeitbeschäftigung, was vielfach der Fall sein dürfte, adressiert das Arbeitsrecht schließlich Diskriminierungsrisiken, die im Zusammenhang mit der Erwerbshybridität entstehen können. Gerade diese Friktionen, die sich aus der Kombination von abhängiger Beschäftigung und Solo-Selbstständigkeit ergeben können, sollen im Folgenden beleuchtet und eingeordnet werden. Untersucht wird anschließend,

inwiefern die spezifischen Problemlagen hybrider Erwerbstätigkeit in adäquater Weise im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung berücksichtigt werden können. Stets im Hinterkopf zu behalten ist dabei, dass es bisher kaum empirische Grundlagen zu den spezifischen Interessen von Solo-Selbstständigen im Hinblick auf Erwerbshybridität gibt. Das soll allerdings nicht daran hindern, grundsätzliche Überlegungen zu den arbeitsrechtlichen Herausforderungen synchroner Erwerbshybridität anzustellen.

I. Ausgewählte arbeitsrechtliche Felder

1. Arbeitnehmerschutzrechtliche Vorgaben

Das parallele Ausüben von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit bedeutet für den Beschäftigten zunächst einmal per se eine Doppelbelastung. Neben einem erhöhten Koordinationsaufwand kann die Erwerbshybridität mit einer hohen Arbeits- und Zeitbelastung einhergehen und damit schlimmstenfalls sogar gesundheitliche Risiken bergen. So hat auch eine Befragung der BAuA gezeigt, dass die Überforderung durch das Arbeitspensum eine der größten Herausforderungen für hybrid Erwerbstätige ist.³⁵ Geht es um den Schutz der Gesundheit bzw. die Gewährung von Erholung, drängen sich vor allem Arbeitszeit und Urlaub sowie krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als zu betrachtende arbeitsrechtliche Bereiche auf. Bei erwerbstätigen Müttern gerät außerdem das Mutterschutzrecht ins Blickfeld.

a. Arbeitszeit

In puncto Arbeitszeit birgt die synchrone Erwerbshybridität in mehrerlei Hinsicht Konfliktpotential. Neben dem rein tatsächlichen Problem der Kompatibilität der beiden Beschäftigungen, kann die Summe der Arbeitszeit in beiden Tätigkeiten die Arbeitszeit von Vollzeit abhängig Beschäftigten übersteigen und damit an arbeitszeitrechtliche Grenzen heranreichen. So ergab eine Analyse des IW aus dem Jahr 2021, dass hybrid Beschäftigte durchschnittlich 44,6 Stunden pro

³⁵ Kottwitz/Otto/Hünefeld, Belastungsfaktoren, Ressourcen und Beanspruchungen bei Soloselbstständigen und Mehrfachbeschäftigten, S. 35 f.; Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 58.

Woche arbeiteten, während die durchschnittliche Wochenarbeitszeit von Einfachbeschäftigten bei 37,8 Stunden lag.³⁶ Auch die bereits genannte Befragung der BAuA hat ergeben, dass die Gesamtwochenarbeitszeit von Mehrfachbeschäftigten im Mittel höher ist als die von Personen mit nur einer Beschäftigung, wenngleich dabei nicht speziell hybride Konstellationen in den Blick genommen wurden.³⁷ Denkbar ist außerdem, dass die selbstständige Tätigkeit am Wochenende oder im Vorhinein bzw. Anschluss an die abhängige Beschäftigung ausgeübt wird, sodass nur begrenzt Ruhezeiten in Anspruch genommen werden.

Das Arbeitsrecht begegnet Herausforderungen im Zusammenhang mit der Arbeitszeit durch das ArbZG. Dessen Zweck besteht darin, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeitszeitgestaltung zu gewährleisten und die Tage der Arbeitsruhe zu schützen, § 1 Nr. 1 und Nr. 2 ArbZG. Vor diesem Hintergrund bestimmt § 3 ArbZG, dass die werktägliche Arbeitszeit von Arbeitnehmern acht Stunden nicht überschreiten und nur ausnahmsweise auf zehn Stunden verlängert werden darf.³⁸ Werden mehrere Tätigkeiten nebeneinander ausgeübt, wird § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ArbZG relevant, wonach die Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern zusammenzurechnen sind. Überschreitet ihre Summe die zulässige Höchstarbeitszeit des § 3 ArbZG, ist das später eingegangene Arbeitsverhältnis gem. § 134 BGB nichtig.³⁹ § 4 ArbZG regelt darüber hinaus, dass bei mehr als sechs Stunden Arbeitszeit eine Ruhepause von mindestens 30 Minuten, bei mehr als neun Stunden von mindestens 45 Minuten einzuhalten ist.

³⁶ Monsef/Schäfer/Schmidt, IW-Trends 2021, 45 (53); Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 58.

³⁷ Kottwitz/Otto/Hünefeld, Belastungsfaktoren, Ressourcen und Beanspruchungen bei Soloselbstständigen und Mehrfachbeschäftigten, S. 34.

³⁸ Der Koalitionsvertrag 2025 sieht vor, diese tägliche Höchstarbeitszeit durch eine wöchentliche von 48 Stunden zu ersetzen, CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 18. Für hybrid Beschäftigte würde das zwar eine Flexibilisierung bedeuten, im Grundsatz stellen sich bei einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit aber die gleichen Fragen.

³⁹ HK-ArbSchG-Reim/Paschke, § 2 ArbZG Rn. 86; Baeck/Deutsch/Winzer, § 2 ArbZG Rn. 19; Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1463).

Gem. § 5 Abs. 1 ArbZG muss nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit außerdem eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden eingehalten werden. § 9 ArbZG enthält schließlich ein grundsätzliches Beschäftigungsverbot für Sonn- und Feiertage.

Im Kontext synchroner Erwerbshybridität werfen diese Vorgaben die Frage auf, ob eine Verletzung der arbeitszeitrechtlichen Vorschriften durch Überschreitung der zulässigen Höchstarbeitszeit oder Missachtung der Ruhezeiten auch dann droht, wenn sich die Überschreitung bzw. Missachtung erst aus der Kombination von abhängiger und selbstständiger Beschäftigung ergibt. Der Blick in § 3 ArbZG macht jedoch deutlich, dass sich die dort geregelte Höchstarbeitszeit nur auf *Arbeitnehmer*, das heißt nur auf das Arbeitsverhältnis bezieht. Und auch bei der Zusammenrechnung der Arbeitszeiten nach § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ArbZG finden Arbeitszeiten aus einem selbstständigen Rechtsverhältnis keine Berücksichtigung. Die Regelung kommt nur zum Tragen, wenn es um die Arbeitszeiten bei *mehreren Arbeitgebern* geht. Das setzt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut das parallele Bestehen von mindestens zwei Arbeitsverhältnissen voraus. Der selbstständige Part der Erwerbstätigkeit wird mithin nicht erfasst.⁴⁰ Nichts anderes gilt für die gesetzlich geregelten Pausen- und Ruhezeiten: Eine selbstständige Tätigkeit ist keine Arbeit im Sinne des ArbZG und damit grundsätzlich vor oder nach der abhängigen Beschäftigung zulässig.⁴¹ Genauso wenig gilt das Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen für die selbstständige Tätigkeit.⁴²

Für die betreffende erwerbshybride Konstellation bedeutet das, dass die Nichtbeachtung der durch das Arbeitszeitrecht gesetzten Grenzen durch die parallele Ausübung von abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit aus

⁴⁰ Baeck/Deutsch/Winzer, § 2 ArbZG Rn. 15 f.; HK-ArbSchG-Reim/Paschke, § 2 ArbZG Rn. 84; HK-ArbZeitR-Spengler, § 2 ArbZG Rn. 28; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 142; Hunold, NZA 1995, 558 (558); Oligmüller, Nebentätigkeitsproblematik, S. 39; Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 116.

⁴¹ NK-GA-Wichert, § 5 ArbZG Rn. 5.

⁴² HK-ArbSchG-Rozek, § 9 ArbZG Rn. 9; ErfK-Roloff, § 9 ArbZG Rn. 3.

rechtlicher Perspektive grundsätzlich unproblematisch ist und arbeitsrechtliche Konsequenzen nicht zu befürchten sind. Eine Ausnahme gilt allenfalls, wenn sich die selbstständige Tätigkeit, die beispielsweise in der Ruhezeit der abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird, insofern auf das Arbeitsverhältnis auswirkt, als sie zu einer ständigen Erschöpfung führt und den Arbeitnehmer deshalb daran hindert, seinen Arbeitspflichten zu genügen. In einem solchen Fall kann dem Arbeitgeber unter Umständen ein Anspruch auf Unterlassung der selbstständigen Tätigkeit zustehen.⁴³ Bei einer Kollision mit den arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitszeiten gilt das erst recht.⁴⁴ Zugleich folgt aus § 618 Abs. 1 BGB, der auch für arbeitnehmerähnliche und andere Selbstständige gilt,⁴⁵ aber auch insofern ein gewisser Mindestschutz, als der Arbeitgeber bzw. Auftraggeber verpflichtet ist, den Beschäftigten vor gesundheitsgefährdenden Überanstrengungen wegen Gestaltung der Arbeitszeit zu schützen.⁴⁶ Geht es um potenzielle Gesundheitsgefährdungen durch Arbeitszeitgestaltung, ist zudem die allgemeine Gewährleistungspflicht des § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG zu beachten.⁴⁷ Die Durchsetzung dieser Pflicht erfolgt in erster Linie im Wege der Ordnungsverfügung der Arbeitsschutzaufsicht nach § 22 Abs. 3 Nr. 1 ArbSchG.⁴⁸

Etwas anderes gilt außerdem bei jugendlichen Arbeitnehmern, deren zulässige Höchstarbeitszeit sich nach § 8 JArbSchG richtet, wobei die Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern gem. § 4 Abs. 5 JArbSchG zusammenzurechnen sind. Denn in den persönlichen Anwendungsbereich des JArbSchG fallen nicht nur Arbeitnehmer, sondern gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 auch Heimarbeiter. Damit existiert, zumindest theoretisch, eine Konstellation, in der die synchrone Erwerbshybridität

⁴³ NK-GA-Wichert, § 5 ArbZG Rn. 31; ähnlich Schaub ArbR-HdB-Linck, § 42 Rn. 5; Braun, DB 2003, 2282 (2283); Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1463).

⁴⁴ BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 ABR 38/14, NZA 2016, 116 (118); BAG, Urt. v. 18.1.1996 – 6 AZR 314/95, NZA 1997, 41 (42); Buchner, RdA 2003, 177 (178).

⁴⁵ Deinert, Soloselbstständige, Rn. 70; HK-ArbSchG-Nebe, § 618 BGB Rn. 20.

⁴⁶ HK-ArbSchG-Nebe, § 618 BGB Rn. 33; ErfK-Roloff, § 618 BGB Rn. 11.

⁴⁷ Kollmer/Klindt/Schucht-Kohle, § 3 ArbSchG Rn. 18; Wiebauer, NZA 2016, 1430 (1435).

⁴⁸ Das ArbSchG gilt gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 ArbSchG auch für arbeitnehmerähnliche Personen, in Heimarbeit Beschäftigte ausgenommen. Dabei wird der Arbeitnehmerähnlichen-Begriff überwiegend arbeitsschutzrechtlich ausgelegt. Dazu noch unter I.1.d.aa.

vollständig vom Arbeitszeitrecht erfasst wird, nämlich wenn ein Jugendlicher gleichzeitig abhängig beschäftigt und selbstständig als Heimarbeiter tätig ist.

Im Grundsatz bleibt es aber dabei, dass das ArbZG bei synchroner Erwerbshybridität nur hinsichtlich des abhängigen Teils der Arbeit zur Anwendung kommt. Auf den ersten Blick mag das zwar nicht unbedingt einleuchten, weil vor allem bei der parallelen Ausübung von abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit eine übermäßige Beanspruchung durch zu hohe Arbeits- und zu wenig Ruhezeit nicht auszuschließen ist. Die mit synchroner Erwerbshybridität einhergehende Gesamtarbeitsbelastung kann insoweit geeignet sein, die Gesundheit und Erholung des Erwerbstätigen zu gefährden, weshalb jedenfalls der übergeordnete Zweck des ArbZG greift.⁴⁹ Unter Gesundheitsschutzaspekten kann man die fehlende arbeitszeitrechtliche Erfassung der betreffenden Konstellation daher durchaus bemängeln.⁵⁰ Damit ist aber zum einen die übergeordnete Frage nach dem personellen Anwendungsbereich des Arbeitsrechts angesprochen,⁵¹ zum anderen soll das ArbZG gerade nur vor den Gefahren einer solchen übermäßigen Belastung schützen, die sich aus weisungsabhängiger und fremdbestimmter Arbeit ergibt.⁵² Insofern kommt auch eine analoge Anwendung der genannten arbeitszeitrechtlichen Vorschriften, insbesondere des § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 ArbZG, auf die Rechtsverhältnisse Selbstständiger nicht in Betracht.⁵³

b. Urlaub

Da Selbstständige im Gegensatz zu Arbeitnehmern grundsätzlich keinen gesetzlichen Anspruch auf Erholungsurlaub haben, besteht auch in diesem Zusammenhang das Risiko, dass hybrid Beschäftigte insgesamt keine

⁴⁹ Vgl. *Wank*, Nebentätigkeit, Rn. 143 f.

⁵⁰ *Bücker*, in: *Hybride Erwerbsformen*, 2018, S. 267 (276).

⁵¹ Dazu zuletzt etwa *Rolfs*, in: *Verhandlungen des 74. DJT*, 2024, S. B7 ff.

⁵² *ErfK-Roloff*, § 1 ArbZG Rn. 1.

⁵³ *Baeck/Deutsch/Winzer*, § 2 ArbZG Rn. 17; *HK-ArbZeitR-Spengler*, § 2 ArbZG Rn. 28; ablehnend auch *Pauly*, *Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis*, S. 117.

ausreichende Erholungszeit haben. Auch dabei handelt es sich aber zunächst „nur“ um ein gesundheitliches Risiko, nicht etwa um ein rechtliches Problem. In bestimmten Fällen besteht jedoch auch in der Selbstständigkeit ein Anspruch auf Erholungsurlaub. Nach § 2 S. 2 Hs.1 BUrlG sind nämlich auch arbeitnehmerähnliche Personen in den Geltungsbereich des BUrlG einbezogen, der Urlaub von in Heimarbeit Beschäftigten richtet sich nach § 2 BUrlG (bzw. bei jugendlichen Heimarbeitern nach § 19 JArbSchG). Wenn also die Selbstständigkeit, die neben der abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird, als arbeitnehmerähnlich oder als Heimarbeit einzuordnen ist, steht dem hybrid Erwerbstätigen in beiden Rechtsverhältnissen Erholungsurlaub zu. Problematisch kann dann wiederum die Abstimmung der verfügbaren Urlaubstage sein.

Gelingt die Koordination der Urlaubsansprüche nicht oder besteht ein Urlaubsanspruch eben nur in der abhängigen Beschäftigung, ist es nicht unwahrscheinlich, dass die Selbstständigkeit auch während des Urlaubs im Arbeitsverhältnis ausgeübt wird. In jedem Fall wirft die Ausübung der Selbstständigkeit während des Erholungsurlaubs die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit dem Erholungszweck des Urlaubs auf. Eine erste Antwort darauf liefert § 8 BUrlG, der besagt, dass der Arbeitnehmer während des Urlaubs keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten darf.⁵⁴ Dabei dient die Vorschrift nicht nur der selbstbestimmten Erholung und damit dem Gesundheitsschutz des Beschäftigten, sondern soll zugleich zugunsten des Arbeitgebers gewährleisten, dass durch die ihn belastende Freistellung nicht die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers beeinträchtigt wird.⁵⁵

Anders als das ArbZG untersagt § 8 BUrlG jegliche *Erwerbstätigkeit* und erfasst damit auch jede selbstständige Tätigkeit, die während des Urlaubs im Arbeitsverhältnis ausgeübt wird, unabhängig davon, welche Art von

⁵⁴ Das gilt gem. § 19 Abs. 4 S.1 JArbSchG auch für Jugendliche.

⁵⁵ ErfK-Gallner, § 8 BUrlG Rn. 1; HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 1; HWK-Schinz, § 8 BUrlG Rn. 1.

Rechtsverhältnis ihr zu Grunde liegt.⁵⁶ Zu beachten ist aber, dass die Vorschrift auch in entgegengesetzter Richtung Anwendung finden kann. Handelt es sich bei dem hybrid Beschäftigten um eine arbeitnehmerähnliche Person oder einen in Heimarbeit Beschäftigten, ist genauso zu fragen, ob während des Urlaubs in der Selbstständigkeit der parallel dazu ausgeübten abhängigen Beschäftigung nachgegangen werden darf. In jedem Fall bestimmt § 8 BUrlG aber, dass eine Erwerbstätigkeit während des Urlaubs nur dann unzulässig ist, wenn sie dessen Erholungszweck widerspricht. Ob das der Fall ist, oder die Tätigkeit der geistigen und/oder körperlichen Erfrischung des Arbeitnehmers dient, ist jeweils anhand der objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, wobei es auf Art, Umfang, Dauer und Schwere der Erwerbstätigkeit ankommt.⁵⁷ Indiz für eine Gefährdung der Erholung kann dabei insbesondere die Gleichartigkeit von im Urlaub verrichteter Tätigkeit und sonst ausgeübter Beschäftigung sein.⁵⁸

Entscheidend dürfte im vorliegenden Kontext allerdings sein, dass die Ausübung einer Erwerbstätigkeit während des Urlaubs im Arbeitsverhältnis nach allgemeiner Meinung dann zulässig sein soll, wenn der Arbeitnehmer ihr auch sonst berechtigterweise neben dem Arbeitsverhältnis nachgeht. Das soll nicht nur andere Teilzeitarbeitsverhältnisse betreffen, sondern auch zulässigerweise ausgeübte selbstständige Nebentätigkeiten.⁵⁹ § 8 BUrlG erfasse nur solche Erwerbstätigkeiten, denen ein Arbeitnehmer anstelle der während des Urlaubs

⁵⁶ HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 2; HWK-Schinz, § 8 BUrlG Rn. 5; BKZ-Bayreuther, § 8 BUrlG Rn. 5; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 185; Aligbe, ArbRAktuell 2024, 425 (426); Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 123; vgl. auch BAG, Urt. v. 25.2.1988 – 8 AZR 596/85, NJW 1988, 2757 (2757).

⁵⁷ ErfK-Gallner, § 8 BUrlG Rn. 2; HWK-Schinz, § 8 BUrlG Rn. 7; HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 5; BKZ-Bayreuther, § 8 BUrlG Rn. 6; Aligbe, ArbRAktuell 2024, 425 (426); Hunold, NZA-RR 2002, 505 (510 f.).

⁵⁸ HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 5; auf einen Zusammenhang mit der Hauptbeschäftigung abstellend Wank, Nebentätigkeit, Rn. 199 ff.

⁵⁹ HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 3; HWK-Schinz, § 8 BUrlG Rn. 3; ErfK-Gallner, § 8 BUrlG Rn. 2; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 205 f.; Aligbe, ArbRAktuell 2024, 425 (427); Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1464); Woerz/Klinkhammer, ArbRAktuell 2012, 183 (184); Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 124; zurückhaltend NFK-Neumann, § 8 BUrlG Rn. 6.

nicht erbrachten Arbeitsleistung nachgeht.⁶⁰ Darüber hinaus sei es in der Praxis oftmals gar nicht möglich, die Urlaubszeiten aller ausgeübten Beschäftigungen aufeinander abzustimmen.⁶¹ Bedenkt man, dass der Zweck des § 8 BUrlG, wie gezeigt, nicht nur in der Wiederherstellung der Arbeitskraft zugunsten des Arbeitgebers, sondern eben auch in der Erholung des Arbeitnehmers liegt, kann das zumindest hinterfragt werden. Zu beachten ist jedoch auch, dass das Recht des Arbeitnehmers, seine Freizeit selbstbestimmt zu gestalten, nur insoweit von § 8 BUrlG eingeschränkt werden soll, wie der Urlaubszweck gefährdet wäre.⁶² Die Grenze ist daher dort zu ziehen, wo der Beschäftigte den Urlaub dazu nutzt, seine Arbeitszeit in der anderen Beschäftigung zu erhöhen und seine eigene Arbeitskraft maximal auszuschöpfen.⁶³

Wird die selbstständige (bzw. bei Arbeitnehmerähnlichkeit auch die abhängige) Tätigkeit unzulässigerweise während des Urlaubs der anderen Erwerbstätigkeit ausgeübt, kann die in dem Verstoß gegen § 8 BUrlG liegende Pflichtverletzung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen, zumindest, sofern zuvor eine Abmahnung erfolgt ist.⁶⁴ In Betracht kommt zudem ein Anspruch des Arbeitgebers auf Unterlassung der betreffenden Erwerbstätigkeit, wenn diese unmittelbar bevorsteht oder noch andauert, das Gleiche gilt für Auftraggeber von arbeitnehmerähnlichen Personen.⁶⁵ Keine Auswirkungen hat die zweckwidrige Erwerbstätigkeit dagegen auf den Urlaubsanspruch.⁶⁶ Genauso wenig wird der

⁶⁰ HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 3; BKZ-Bayreuther, § 8 BUrlG Rn. 8; Aligbe, ArbRAktuell 2024, 425 (427).

⁶¹ HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 3; Aligbe, ArbRAktuell 2024, 425 (427); Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1464); Wank, Nebentätigkeit, Rn. 205 f.; Woerz/Klinkhammer, ArbRAktuell 2012, 183 (184).

⁶² HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 1.

⁶³ Aligbe, ArbRAktuell 2024, 425 (427); HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 3; BKZ-Bayreuther, § 8 BUrlG Rn. 8; Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 124.

⁶⁴ HWK-Schinz, § 8 BUrlG Rn. 16; HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 11; Aligbe, ArbRAktuell 2024, 425 (427).

⁶⁵ HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 9; HWK-Schinz, § 8 BUrlG Rn. 15; ErfK-Gallner, § 8 BUrlG Rn. 4; Aligbe, ArbRAktuell 2024, 425 (427).

⁶⁶ HWK-Schinz, § 8 BUrlG Rn. 11; ErfK-Gallner, § 8 BUrlG Rn. 4; HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 7; BKZ-Bayreuther, § 8 BUrlG Rn. 16; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 220 ff.

Anspruch auf Zahlung des Urlaubsentgelts, anders als es das BAG früher annahm,⁶⁷ berührt.⁶⁸

c. Arbeitsunfähigkeit

Geht es um die Vereinbarkeit synchroner Erwerbshybridität mit der Erholung des Beschäftigten, rückt außerdem der Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ins Blickfeld. Ist der hybrid Beschäftigte krankheitsbedingt arbeitsunfähig, so ist er im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses wegen § 275 Abs. 1 BGB nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Gleichwohl entfällt sein Anspruch auf die Gegenleistung nicht gem. § 326 Abs. 1 BGB, sondern § 3 Abs. 1 EFZG sieht für Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung vor.⁶⁹ Dessen Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Für den selbstständigen Part der Erwerbstätigkeit ist eine solche Entgeltfortzahlung grundsätzlich nicht vorgesehen. Lediglich die in Heimarbeit Beschäftigten haben im Krankheitsfall gem. § 10 EFZG einen Anspruch auf wirtschaftliche Sicherung.

aa. Fortführung der Selbstständigkeit während der Arbeitsunfähigkeit

Das kann dazu führen, dass ein hybrid Beschäftigter während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im Arbeitsverhältnis weiter seiner Selbstständigkeit nachgeht, etwa weil er der Auffassung ist, dass die Krankheit der selbstständigen Arbeit nicht im Weg steht oder andere, beispielsweise finanzielle Gründe es erfordern. Klärungsbedürftig ist in diesem Fall, inwieweit die Ausübung der Selbstständigkeit während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zulässig ist und welche Auswirkungen es hat, wenn die Selbstständigkeit unzulässigerweise während der Krankheit weitergeführt wird.

⁶⁷ Noch für das Entfallen des Anspruchs auf Zahlung von Urlaubsentgelt bzw. Rückzahlung des gewährten Urlaubsentgelts BAG, Urt. v. 19.7.1973 – 5 AZR 73/73, NJW 1973, 1995 (1995).

⁶⁸ BAG, Urt. v. 25.2.1988 – 8 AZR 596/85, NJW 1988, 2757 (2758); HWK-Schinz, § 8 BUrlG Rn. 3; ErfK-Gallner, § 8 BUrlG Rn. 4; HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 7; BKZ-Bayreuther, § 8 BUrlG Rn. 17; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 220 ff.

⁶⁹ ErfK-Reinhard, § 3 EFZG Rn. 3.

Es ist nur auf den ersten Blick widersprüchlich, dass der Beschäftigte während einer Arbeitsunfähigkeit einer anderen Erwerbstätigkeit nachgeht.⁷⁰ Blickt man auf die Definition der Arbeitsunfähigkeit, zeigt sich, dass deren Bezugspunkt immer nur die konkrete vertraglich geschuldete Arbeitsleistung ist.⁷¹ Insofern ist es dem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verwehrt, während der Arbeitsunfähigkeit im Hinblick auf die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung einer anderen Tätigkeit nachzugehen.⁷² Gleichwohl kann auch außerdienstliches Verhalten während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit Auswirkungen auf die Leistungspflicht im Arbeitsverhältnis haben. Der Arbeitnehmer unterliegt daher im Rahmen des Arbeitsverhältnisses einer Nebenpflicht zu gesundheits- und heilungsförderndem Verhalten. Er hat sich so zu verhalten, dass er möglichst bald wieder gesund wird und alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte.⁷³ Eine andere Tätigkeit während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit ist deshalb nur solange zulässig, wie sie keine übermäßige Beeinträchtigung der vertraglich geschuldeten Leistung aus dem Arbeitsverhältnis bewirkt.⁷⁴ Die Grenze des Zulässigen ist überschritten, wenn die Tätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit den Genesungsprozess beeinträchtigt oder verzögert.⁷⁵ Indiz für eine solche Gefährdung der Genesung kann insbesondere die Vergleichbarkeit der beiden Tätigkeiten sein, insbesondere hinsichtlich der mit ihr verbundenen (körperlichen) Belastung.⁷⁶ Als

⁷⁰ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 122.

⁷¹ BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 5 AZR 167/16, NZA 2017, 240 (241); BAG, Urt. v. 23.1.2008 – 5 AZR 393/07, NZA 2008, 595 (596); BAG, Urt. v. 25.6.1981 – 6 AZR 940/78, NJW 1982, 712 (713); MüKoBGB-Müller-Glöge, § 3 EZFG Rn. 6; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 122.

⁷² BAG, Urt. v. 13.11.1979 – 6 AZR 934/77, NJW 1980, 1917 (1917).

⁷³ BAG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (638); BAG, Urt. v. 26.8.1993 – 2 AZR 154/93, NZA 1994, 63 (66); BAG, Urt. v. 13.11.1979 – 6 AZR 934/77, NJW 1980, 1917 (1917); Linck/Preis-Vossen/Wullenkord, § 1 KSchG Rn. 388; Hunold, NZA-RR 2002, 505 (507); Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 110; gegen eine Pflicht zu gesundheitsförderndem Verhalten Schäfer, NZA 1992, 529 (530 f.).

⁷⁴ BAG, Urt. v. 26.8.1993 – 2 AZR 154/93, NZA 1994, 63 (66); BAG, Urt. v. 13.11.1979 – 6 AZR 934/77, NJW 1980, 1917 (1917); Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1462).

⁷⁵ Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Trümner, § 39 Rn. 302; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 126; Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1462); Braun, DB 2003, 2282 (2284); Braun, AuR 2004, 47 (48); Woerz/Klinkhammer, ArbRAktuell 2012, 183 (184).

⁷⁶ Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1463); Woerz/Klinkhammer, ArbRAktuell 2012, 183 (184); Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 111.

Leitlinie kann insoweit gelten, dass der Arbeitnehmer während der Arbeitsunfähigkeit von jeder anderen Tätigkeit absehen sollte, die auch der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis nicht von ihm verlangen könnte.⁷⁷ Nimmt der Beschäftigte darauf keine Rücksicht und geht während der Arbeitsunfähigkeit unzulässigerweise einer anderen Erwerbstätigkeit nach, hat das in erster Linie zur Folge, dass sein Anspruch auf Entgeltfortzahlung entfällt.⁷⁸ Unter Umständen kann ihm außerdem eine außerordentliche Kündigung drohen, wenn er bei bescheinigter Arbeitsunfähigkeit den Heilungserfolg durch gesundheitswidriges Verhalten gefährdet, weil er damit nicht nur die Pflicht zu gesundheitsförderndem Verhalten verletzt, sondern auch das Vertrauen des Arbeitgebers in seine Redlichkeit zerstört.⁷⁹ Festzuhalten ist aber, dass es sich hierbei immer um selbstständige Tätigkeiten handelt, die der Gesundheit nicht zuträglich sind und daher auch aus medizinischer Sicht zu unterlassen sind.

bb. Durch die Selbstständigkeit verursachte Arbeitsunfähigkeit

Eine andere Frage ist, wie es sich auf die Entgeltfortzahlung im Arbeitsverhältnis auswirkt, wenn der hybrid Erwerbstätige bei der Ausübung seiner neben dem Arbeitsverhältnis praktizierten Selbstständigkeit einen (Arbeits-)Unfall oder eine Krankheit erleidet und arbeitsunfähig wird, sodass er an der Erbringung seiner Arbeitsleistung im Arbeitsverhältnis gehindert ist.⁸⁰ Kann der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht nicht erfüllen, weil er sich im Rahmen seiner Selbstständigkeit beispielsweise verletzt hat, kann das beim Arbeitgeber zunächst auf Unmut stoßen, weil dieser nicht nur auf die Arbeitskraft seines Arbeitnehmers verzichten muss, sondern darüber hinaus auch noch Leistungen für einen „fremden Arbeitsunfall“ erbringen muss.⁸¹

⁷⁷ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 128.

⁷⁸ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 438.

⁷⁹ BAG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (639); BAG, Urt. v. 26.8.1993 – 2 AZR 154/93, NZA 1994, 63 (66); BAG, Urt. v. 13.11.1979 – 6 AZR 934/77, NJW 1980, 1917 (1917); Linck/Preis-Vossen/Wullenkord, § 1 KSchG Rn. 321; Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1463); Woerz/Klinkhammer, ArbRAktuell 2012, 183 (184).

⁸⁰ Vgl. Boecken, NZA 2001, 233 (233).

⁸¹ Boecken, NZA 2001, 233 (233).

Die primäre Zwecksetzung des Entgeltfortzahlungsrechts liegt jedoch in der existenziellen Absicherung des Arbeitnehmers bei Verwirklichung des Krankheitsrisikos. Der Arbeitnehmer soll materiell so gestellt werden, wie er ohne den Eintritt der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit stünde.⁸² Insofern steht die Anerkennung der Entgeltfortzahlung auch dann nicht im Widerspruch zum Zweck des Entgeltfortzahlungsrechts, wenn die Arbeitsunfähigkeit ihren Ursprung in einer anderen Tätigkeit als der vertraglich geschuldeten hat. Im Gegenteil, auch dann erfolgt sie gerade in seinem Sinne.⁸³ Dass die Erkrankung auf eine selbstständige Nebentätigkeit zuzuführen ist, hat mithin keine Auswirkungen auf das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit.⁸⁴

Denkbar ist aber, dass bei einer durch die Selbstständigkeit verursachten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ein Verschulden des Arbeitnehmers vorliegt, das den Anspruch aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ausschließt.⁸⁵ Ein Verschulden i.S.d. § 3 Abs. 1. S. 1 EFZG ist jedoch nur bei einem besonders groben Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten anzunehmen.⁸⁶ Das bloße Ausüben einer Nebentätigkeit an sich ist nicht geeignet, ein die Entgeltfortzahlung ausschließendes Verschulden zu begründen, und zwar unabhängig davon, ob die Tätigkeit genehmigt ist oder nicht.⁸⁷ Etwas anderes kann gelten, wenn durch die Ausübung der Nebentätigkeit gegen die Bestimmungen des ArbZG verstoßen wurde und die Überlastung kausal für die Arbeitsunfähigkeit geworden ist, was

⁸² *Boecken*, NZA 2001, 233 (234); vgl. auch BAG, Urt. v. 22.8.1984 – 5 AZR 539/81, NJW 1986, 2904 (2905); zu den Regelungszwecken der Entgeltfortzahlung MHdB ArbR-*Greiner*, § 79 Rn. 5 ff.

⁸³ *Boecken*, NZA 2001, 233 (234).

⁸⁴ *Schmitt-Schmitt*, § 3 EFZG Rn. 57.

⁸⁵ *Boecken*, NZA 2001, 233 (234).

⁸⁶ BAG, Urt. v. 26.10.2016 – 5 AZR 167/16, NZA 2017, 240 (244); BAG, Urt. v. 18.3.2015 – 10 AZR 99/14, NZA 2015, 801 (802); BAG, Urt. v. 19.10.1983 – 5 AZR 195/81, NJW 1984, 1706 (1707); BAG, Urt. v. 21.4.1982 – 5 AZR 1019/79, NJW 1983, 2900 (2900); *ErfK-Reinhard*, § 3 EFZG Rn. 23; *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Trümner*, § 39 Rn. 63; *Boecken*, NZA 2001, 233 (234).

⁸⁷ BAG, Urt. v. 19.10.1983 – 5 AZR 195/81, NJW 1984, 1706 (1707); BAG, Urt. v. 21.4.1982 – 5 AZR 1019/79, NJW 1983, 2900 (2900); *ErfK-Reinhard*, § 3 EFZG Rn. 31; *MüKoBGB-Müller-Glöge*, § 3 EFZG Rn. 46; *Feichtinger/Malkmus-Feichtinger*, § 3 EFZG Rn. 124; *Schaub ArbR-HdB-Linck*, § 98 Rn. 38; *Boecken*, NZA 2001, 233 (234 f.).

allerdings schwer beweisbar sein dürfte.⁸⁸ Im Fall synchroner Erwerbshybridität kommt ein Verstoß gegen das ArbZG mangels Anwendbarkeit in der Regel allerdings nicht in Betracht.⁸⁹ Zu prüfen ist noch, ob es andere Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich der Arbeitnehmer mit der zusätzlichen Tätigkeit in einer Weise betätigt hat, die seine Kräfte übersteigt und der Unfall sowie die durch diesen verursachte Arbeitsunfähigkeit darauf beruht.⁹⁰ Ein die Entgeltfortzahlung ausschließendes Verschulden kann außerdem angenommen werden, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einen Verstoß gegen Arbeitsschutzvorschriften zurückzuführen ist, was bei Selbstständigkeit ebenfalls weniger relevant sein dürfte,⁹¹ oder, wenn es sich bei der zweiten Tätigkeit um eine besonders gefährliche Tätigkeit handelt.⁹²

In Ausnahmefällen kann die Geltendmachung des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung darüber hinaus als rechtsmissbräuchlich ausgeschlossen sein, wenn es sich nämlich bei der zweiten Tätigkeit um eine solche handelte, die dem Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag untersagt war und die der Arbeitgeber auch nicht hätte genehmigen müssen.⁹³ Grundsätzlich kann die vom Gesetzgeber im Rahmen des Entgeltfortzahlungsrechts abschließend vorgenommene Risikoverteilung aber nicht durch eine Berufung auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs umgangen werden.⁹⁴

⁸⁸ ErfK-Reinhard, § 3 EFZG Rn. 31; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 3 EFZG Rn. 46; Feichtinger/Malkmus-Feichtinger, § 3 EFZG Rn. 125; Schaub ArbR-HdB-Linck, § 98 Rn. 38; Boecken, NZA 2001, 233 (235); vgl. BAG, Urt. v. 21.4.1982 – 5 AZR 1019/79, NJW 1983, 2900 (2900 f.).

⁸⁹ Dazu bereits unter I.1.a.

⁹⁰ Boecken, NZA 2001, 233 (235); vgl. BAG, Urt. v. 19.10.1983 – 5 AZR 195/81, NJW 1984, 1706 (1707).

⁹¹ Denn auch das Arbeitsschutzrecht ist grundsätzlich an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geknüpft, vgl. § 2 Abs. 2 ArbSchG.

⁹² Boecken, NZA 2001, 233 (235); Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Trümner, § 39 Rn. 70; Feichtinger/Malkmus-Feichtinger, § 3 EFZG Rn. 124.

⁹³ Boecken, NZA 2001, 233 (236); bei Verstoß gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten Schmitt-Schmitt, § 3 EFZG Rn. 195.

⁹⁴ Boecken, NZA 2001, 233 (235 f.); BAG, Urt. v. 21.4.1982 – 5 AZR 1019/79, NJW 1983, 2900 (2901); BAG, Urt. v. 19.10.1983 – 5 AZR 195/81, NJW 1984, 1706 (1707).

Ist der Selbstständige gesetzlich unfall- oder krankenversichert, kann ihm bei Arbeitsunfähigkeit außerdem einen Anspruch auf Kranken- (§§ 44 ff. SGB V) oder Verletztengeld (§§ 45 ff. SGB VII) gegen die Versicherung zustehen.⁹⁵ Hinsichtlich des Krankengelds gilt, dass ein hauptberuflich Selbstständiger, der freiwillig krankenversichert ist, bei Arbeitsunfähigkeit in einer seiner Tätigkeiten krankengeldrechtlich insgesamt als arbeitsunfähig angesehen wird. Allerdings bestimmt § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, dass der Anspruch auf Krankengeld ruht, soweit und solange beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen bezogen wird.⁹⁶ Da Arbeitseinkommen den nach dem Einkommensteuerrecht ermittelten Gewinn aus einer selbstständigen Tätigkeit meint (§ 15 SGB IV), kommt die Regelung auch bei Selbstständigkeit zum Tragen. Werden mehrere Tätigkeiten ausgeübt, bezieht sie sich aber immer nur auf das Versicherungsverhältnis, das den Anspruch begründet.⁹⁷ Im Unfallversicherungsrecht sieht § 52 Nr. 1 SGB VII vor, dass gleichzeitig erzielter beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen auf das Verletztengeld angerechnet wird, allerdings betrifft auch diese Anrechnung nur das Einkommen, das der Versicherte aus derjenigen Tätigkeit erzielt, in der er arbeitsunfähig ist.⁹⁸ Etwas anders kann sich allenfalls aus der Satzung des Unfallversicherungsträgers ergeben.⁹⁹

d. Mutterschutz und Elternzeit

Verschärft werden können die Herausforderungen hybrider Erwerbstätigkeit, sobald der Umstand der Mutterschaft hinzukommt. Während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und während der Stillzeit gilt für den Teil der Erwerbstätigkeit, der in abhängiger Beschäftigung ausgeübt wird, das MuSchG. Das bedeutet in erster Linie, dass eine schwangere Frau im Zeitraum

⁹⁵ Hinsichtlich des Verhältnisses von Versicherungs- und Krankengeld bestimmt § 11 Abs. 5 SGB V, dass Leistungen des Krankversicherungsträgers ausgeschlossen sind, wenn sie als Folge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung zu erbringen sind.

⁹⁶ BeckOGK-Schifferdecker, § 44 SGB V Rn. 125 (Stand: 15.08.2025).

⁹⁷ Vgl. BeckOGK-Schifferdecker, § 44 SGB V Rn. 122 (Stand: 15.08.2025).

⁹⁸ BSG, Urt. v. 25.3.2025 – B 2 U 2/23 R, NZS 2025, 667 (669).

⁹⁹ LPK-Köllner, § 45 SGB VII Rn. 2.

der letzten sechs Wochen vor der Entbindung bis zum Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung nicht beschäftigt werden darf, mithin einem Beschäftigungsverbot unterliegt, § 3 Abs. 1 und 2 MuSchG. Verboten sind neben der Mehr- und Nachtarbeit (§§ 4 f. MuSchG)¹⁰⁰ sowie der Sonn- und Feiertagsarbeit (§ 6 MuSchG) zudem bestimmte Tätigkeiten (§§ 11 f. MuSchG). § 16 MuSchG enthält außerdem individuelle Beschäftigungsverbote. Zur Sicherung des Einkommens während des Beschäftigungsverbots stehen der Frau verschiedene Leistungen zu. Für die Zeit der Schutzfristen des § 3 MuSchG richten sich diese nach den §§ 19, 20 MuSchG. § 19 Abs. 1 MuSchG stellt klar, dass eine Frau, die Mitglied in einer gesetzlichen Krankenkasse ist, einen Anspruch auf Zahlung von Mutterschaftsgeld gegen die Krankenversicherung hat, Anspruchsgrundlage ist § 24i Abs. 1 SGB V.¹⁰¹ Für Frauen, die nicht gesetzlich krankenversichert sind, enthält § 19 Abs. 2 MuSchG einen Anspruch auf Zahlung von Mutterschaftsgeld zulasten des Bundes, der allerdings der Höhe nach auf 210 Euro begrenzt ist.¹⁰² Darüber hinaus steht der Frau gem. § 20 Abs. 1 MuSchG ein Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld gegen ihren Arbeitgeber zu. Für die Zeit eines Beschäftigungsverbots außerhalb der in § 3 MuSchG vorgesehenen Schutzfristen besteht gem. § 18 MuSchG ein Anspruch auf Mutterschutzlohn gegen den Arbeitgeber.

aa. Mutterschutz Selbstständiger

Für selbstständige Frauen ist ein Beschäftigungsverbot vor und nach der Entbindung dagegen grundsätzlich nicht vorgesehen. Eine Ausnahme gilt gem. § 1 Abs. 2 Nr. 6 MuSchG zum einen für Frauen, die in Heimarbeit beschäftigt sind und ihnen Gleichgestellte i.S.d § 1 Abs. 1 und 2 HAG, soweit sie am Stück mitarbeiten. Im Zuge der Reform des Mutterschutzrechts im Jahr 2017¹⁰³ wurden

¹⁰⁰ Gem. § 4 Abs. 1 S. 5 MuSchG sind auch hier die Arbeitszeiten mehrerer Beschäftigungen zusammenzurechnen. Anders als beim ArbZG ist die Vorschrift auch dann einschlägig, wenn eine der Beschäftigungen arbeitnehmerähnlich ist, vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG.

¹⁰¹ HK-MuSchG-Pepping, § 19 MuSchG Rn. 9; Brose/Weth/Volk-Herrmann, § 19 MuSchG Rn. 3; BeckOK ArbR-Dahm, § 19 MuSchG Rn. 2 (Stand: 01.12.2025).

¹⁰² Kritisch hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Regelung Brose/Weth/Volk-Herrmann, § 19 MuSchG Rn. 6.

¹⁰³ Bgbl. 2017 I Nr. 30, S. 1228.

zum anderen auch alle anderen Frauen, die als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, in den Anwendungsbereich des MuSchG einbezogen, § 1 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG.¹⁰⁴ Hintergrund der Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs war in erster Linie die Umsetzung der Danosa-Entscheidung des EuGH¹⁰⁵, in der dieser betonte, dass der besondere Kündigungsschutz einer Schwangeren unabhängig von der formalen Qualifizierung ihres Beschäftigungsverhältnisses bestehe.¹⁰⁶ Die Pflichten des MuSchG sollen gegenüber arbeitnehmerähnlichen Frauen allerdings nur insoweit gelten, als sie in den Einflussbereich des Auftraggebers fallen.¹⁰⁷ Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass § 1 Abs. 2 Nr. 7 MuSchG nicht wie etwa § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, der die arbeitnehmerähnlichen Personen dem Arbeitsschutzrecht unterstellt, auf den Arbeitnehmerähnlichen-Begriff des § 5 Abs. 1 ArbGG verweist.¹⁰⁸ Da überwiegend auch für das Arbeitsschutzrecht von einem eigenständigen, arbeitsschutzrechtlichen Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit ausgegangen wird, der die wirtschaftliche Abhängigkeit im tarifrechtlichen Sinne außer Betracht lässt und stattdessen auf einen hinreichenden Organisationsbezug abstellt,¹⁰⁹ liegt es nahe, dass auch der Begriff des MuSchG einkommensunabhängig auszulegen ist. Einbezogen wären dann auch sonstige Selbstständige, die nicht wirtschaftlich abhängig sind, aber im organisatorischen Verantwortungsbereich des Arbeitgebers Tätigkeiten ausüben, die sonst von abhängig Beschäftigten ausgeübt werden könnten und unter Umständen geleistet werden, die einer Tätigkeit aufgrund eines

¹⁰⁴ Die Ausweitung auf arbeitnehmerähnliche Personen als systemfremd kritisierend *Schiefer/Baumann*, DB 2017, 2929 (2929); ebenfalls kritisch hinsichtlich der generellen Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in das MuSchG *BDA*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zur Neuordnung des Mutterschutzrechts, S. 2 f., abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/439344/406bb9b6014ab294cd5648eb5eabdd4/18-13-87f_BDA.pdf.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143 (*Dita Danosa/LKB Lizzings SIA*).

¹⁰⁶ BT-Drucks. 18/8963, S. 51; kritisch hinsichtlich dieser Begründung und stattdessen den Gleichklang mit dem ArbSchG betonend HK-MuSchG-Pepping, § 1 MuSchG Rn. 63.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 18/8963, S. 51; Brose/Weth/Volk-Gutensohn, § 1 MuSchG Rn. 64; *Schiefer/Baumann*, DB 2017, 2929 (2929).

¹⁰⁸ HK-MuSchG-Pepping, § 1 MuSchG Rn. 64; anders allerdings die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/8963, S. 51.

¹⁰⁹ Dazu m.w.N. *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, S. 89 ff.

Beschäftigungsverhältnisses ähnlich sind.¹¹⁰ In jedem Fall tritt bei in Heimarbeit Beschäftigten und arbeitnehmerähnlichen Personen an die Stelle des Beschäftigungsverbots das Verbot der Ausgabe von Heimarbeit bzw. die Befreiung von der vertraglich vereinbarten Leistungspflicht.¹¹¹

Im Gegensatz zu Arbeitnehmern und Heimarbeitern (§ 13 Abs. 2 SGB IV) haben Arbeitnehmerähnliche allerdings keinen Anspruch auf die Leistungen nach §§ 18, 19 Abs. 2 und 20 MuSchG, diese richten sich vielmehr nach der von der Selbstständigen gewählten sozialen Absicherung. Und auch außerhalb der Arbeitnehmerähnlichkeit obliegen Art und Umfang der sozialen Absicherung der Entscheidung der selbstständig tätigen Person.¹¹² Nur Selbstständigen, die freiwillig in der gesetzlichen Krankenkasse versichert sind und die bei Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Krankengeld haben, steht ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld gem. § 24i SGB V zu.¹¹³ Die Höhe des Mutterschaftsgeldes bemisst sich in ihrem Fall gem. § 24i Abs. 2 S. 5 SGB V („andere Mitglieder“) nach der Höhe des Krankengelds.¹¹⁴ Privat versicherte Selbstständige haben für die Zeit der mutterschutzrechtlichen Schutzfristen seit dem 05.04.2017¹¹⁵ allenfalls einen Anspruch auf Zahlung von Krankentagegeld, sofern sie denn eine private Krankentagegeldversicherung abgeschlossen haben, § 192 Abs. 5 S. 2 VVG. Der Anspruch besteht aber nur, soweit der Versicherte tatsächlich nicht oder nur teilweise beruflich tätig wird und daher einen Verdienstausschlag erleidet.¹¹⁶ Nach § 192 Abs. 5 S. 2 Hs. 2 VVG ist er zudem ausgeschlossen, soweit der Frau ein anderweitiger angemessener Ersatz für den Verdienstausschlag zusteht.

¹¹⁰ HK-MuSchG-Pepping, § 1 MuSchG Rn. 64 f.

¹¹¹ Brose/Weth/Volk-Weth/Weth, § 3 MuSchG Rn. 29; HK-MuSchG-Pepping, Vorb §§ 3-16 MuSchG Rn. 15.

¹¹² Vgl. BT-Drucks. 18/8963, S. 51.

¹¹³ BT-Drucks. 18/8963, S. 51; BAG, Urt. v. 23.5.2018 – 5 AZR 263/17, NZA 2019, 39 (42).

¹¹⁴ ErfK-Rolls, § 24i SGB V Rn. 15; HK-MuSchG-Pepping, § 19 MuSchG Rn. 48; Becker/Kingreen-Joussen, § 24i SGB V Rn. 5.

¹¹⁵ Bgbl. 2017 I Nr. 19, S. 789.

¹¹⁶ HK-MuSchG-Pepping, § 19 MuSchG Rn. 8; Pröller/Martin/Armbrüster-Voit, § 192 VVG Rn. 180; BT-Drucks. 18/11205, S. 82.

Eine Schwangerschaft in der Selbstständigkeit stellt insofern in vielen Fällen in erster Linie ein erhebliches wirtschaftliches Risiko dar, das bei einer Weiterarbeit aus finanziellen Gründen, und zwar nicht nur bei gesundheitsgefährdenden Arbeitsbedingungen, zugleich mit gesundheitlichen Risiken für Mutter und Kind einhergehen kann.¹¹⁷ Dementsprechend gaben bei einer Befragung Selbstständiger im Auftrag des BMFSFJ im Jahr 2024 65 Prozent der selbstständigen Mütter an, dass sie ihre Berufstätigkeit nach der Geburt nur „für eine ganz kurze Zeit“ unterbrochen haben. Vor allem für solo-selbstständige Frauen stellte die Mutterschaft eine enorme finanzielle Herausforderung dar, weil die Arbeitsunterbrechung zugleich eine Betriebsunterbrechung bedeutete. Die Mehrheit von ihnen war auf die finanzielle Unterstützung durch ihren Partner oder auf Rücklagen angewiesen.¹¹⁸ Vor diesem Hintergrund verlangt auch das Unionsrecht bereits seit 2010 eine Änderung des Mutterschutzes zu Gunsten selbstständiger Frauen. Art. 8 Abs. 1 der EU-RL 2010/41/EU fordert von den Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass selbständig erwerbstätige Frauen ausreichende Mutterschaftsleistungen erhalten können, die eine Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft während mindestens 14 Wochen ermöglichen.¹¹⁹ Ob der nationale Gesetzgeber diese Vorgaben inzwischen angemessen umgesetzt hat, ist fraglich. Zwar können mit der Einfügung von § 192 Abs. 5 S 2 VVG nun auch privat versicherte selbstständige Frauen losgelöst von finanziellen Gründen entscheiden, ob sie ihre Berufstätigkeit vor und nach der Entbindung unterbrechen wollen, womit die Absicherungsmöglichkeiten von privat und gesetzlich Versicherten angeglichen

¹¹⁷ Vgl. *Bündnis Mutterschutz für Selbstständige*, Gemeinsame Erklärung, abrufbar unter: <https://mutterschutz-fuer-selbststaendige.de/gemeinsame-erklaerung/> (zuletzt geprüft am: 28.02.2026).

¹¹⁸ *Institut für Demoskopie Allensbach*, Mutterschutz für Selbstständige, S. 8 ff.

¹¹⁹ Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates; umfassend zum Problem der Mutterschaftsleistungen für Selbstständige vor dem Hintergrund der RL 2010/41/EU *Knigge*, ZESAR 2013, 24.

wurden.¹²⁰ Gleichwohl beschloss der Petitionsausschuss des Deutschen Bundestags im Rahmen der Petition „Gleiche Rechte im Mutterschutz für selbstständige Schwangere“¹²¹ zuletzt, dass der derzeitigen Rechtslage abzuhelpen sei.¹²² Auch der Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung sieht die Einführung eines Mutterschutzes für Selbstständige analog zu den Mutterschutzfristen für Beschäftigte vor.¹²³

bb. Tätigkeit während des Beschäftigungsverbots

Ansichts dieser Rechtslage stellt sich im Kontext synchroner Erwerbshybridität, parallel zur krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, die Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn die Selbstständigkeit während des Beschäftigungsverbots des § 3 Abs. 1 oder 2 MuSchG fortgeführt wird. Adressat des in § 3 Abs. 1 MuSchG normierten Beschäftigungsverbots ist jedoch allein der Arbeitgeber des konkreten Arbeitsverhältnisses, sodass sich schon daraus ergibt, dass eine selbstständige Tätigkeit während des Beschäftigungsverbots nicht untersagt ist.¹²⁴ Unabhängig davon handelt es sich bei dem Beschäftigungsverbot während der vorgeburtlichen Schutzfrist um ein sog. relatives Beschäftigungsverbot, weil sich die Frau vor der Entbindung gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 MuSchG widerruflich zur Weiterarbeit bereiterklären kann.¹²⁵ Ist die Schutzfrist schon im Rahmen der abhängigen Beschäftigung dispositiv, kann die Schwangere erst recht zu Gunsten einer selbstständigen Tätigkeit auf den Schutz vor der Entbindung verzichten. Dagegen handelt es sich bei dem Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 2 MuSchG zwar um ein totales Beschäftigungsverbot. Anders als die Schutzfrist vor der Entbindung ist die

¹²⁰ HK-MuSchG-Pepping, § 19 MuSchG Rn. 8; Brose/Weth/Volk-Gutensohn, § 1 MuSchG Rn. 63; BT-Drucks. 18/11205, S. 82 f.; keine Umsetzungstätigkeiten feststellend BeckOK ArbR-Dahm, § 1 MuSchG Rn. 18 (Stand: 01.12.2025).

¹²¹ Petition 133680, Mutterschutzgesetz - Gleiche Rechte im Mutterschutz für selbstständige Schwangere.

¹²² Begründung Petition 133680.

¹²³ CDU/CSU/SPD, Verantwortung für Deutschland – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 102.

¹²⁴ ErfK-Schlachter/Ulber, § 3 MuSchG Rn. 9; BeckOK ArbR-Dahm, § 3 MuSchG Rn. 9 (Stand: 01.12.2025).

¹²⁵ HK-MuSchG-Pepping, § 3 MuSchG Rn. 4.

nachgeburtliche Schutzfrist zwingend und steht nicht zur Disposition.¹²⁶ Das ändert jedoch nichts daran, dass sich auch dieses Beschäftigungsverbot ausschließlich an den konkreten Arbeitgeber richtet und einer selbstständigen Tätigkeit mithin grundsätzlich nicht im Weg steht.

Fraglich ist schließlich, inwieweit die Fortführung der Selbstständigkeit während des Beschäftigungsverbots Auswirkungen auf den Leistungsbezug haben kann. Wie § 49 Abs. 1 SGB V beim Krankengeld bestimmt § 24i Abs. 4 SGB V vor dem Hintergrund der Lohnersatzfunktion des Mutterschaftsgelds¹²⁷, dass der Anspruch auf Mutterschaftsgeld ruht, soweit und solange die Versicherte beitragspflichtiges Arbeitsentgelt, Arbeitseinkommen oder Urlaubsabgeltung erhält. Auch diese Regelung bezieht sich jedoch nur auf das den Anspruch begründende Versicherungsverhältnis, sodass Auswirkungen nicht zu erwarten sind.¹²⁸ § 24i Abs. 4 SGB V soll lediglich sicherstellen, dass keine höheren Einkünfte als vor den Schutzfristen erzielt werden.¹²⁹ Auswirkungen auf den im Rahmen der abhängigen Beschäftigung (und der Heimarbeit) bestehenden Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld dürften ebenfalls nicht zu erwarten sein, weil es sich anders als beim Mutterschaftsgeld nicht um eine Sozialleistung i.S.d. §§ 11, 21 Abs. 1 Nr. 3 SGB I,¹³⁰ sondern um einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf teilweise Fortzahlung des Arbeitsentgelts handelt.¹³¹ Nichts anderes gilt für den Anspruch nach § 18 MuSchG als privatrechtlichen Lohnersatzanspruch.¹³²

cc. Tätigkeit während der Elternzeit

Eng verknüpft mit der Problematik der Fortführung der Selbstständigkeit während des Beschäftigungsverbots ist schließlich die Frage nach ihrer Weiterführung

¹²⁶ Brose/Weth/Volk-Weth/Weth, § 3 MuSchG Rn. 40; HK-MuSchG-Pepping, § 3 MuSchG Rn. 51.

¹²⁷ Becker/Kingreen-Joussen, § 24i SGB V Rn. 1.

¹²⁸ Vgl. BeckOGK-Schifferdecker, § 44 SGB V Rn. 122 (Stand: 15.08.2025).

¹²⁹ LPK-SGB V-Knigge, § 24i SGB V Rn. 33.

¹³⁰ Brose/Weth/Volk-Herrmann, § 19 MuSchG Rn. 3.

¹³¹ BAG, 24.2.1999 – 10 AZR 258/98, NZA 1999, 772 (772); BAG, Urt. v. 25.2.2004 – 5 AZR 160/03, NZA 2004, 537 (539).

¹³² Brose/Weth/Volk-Volk, § 18 MuSchG Rn. 6.

während der Elternzeit. Anspruch auf Elternzeit haben nach § 15 Abs. 1 BEEG grundsätzlich nur Arbeitnehmer. Selbstständige können, mit Ausnahme von den in Heimarbeit Beschäftigten und den ihnen Gleichgestellten (§ 20 Abs. 2 BEEG), keine Elternzeit verlangen. Wird die Selbstständigkeit während der Elternzeit fortgeführt, ist deshalb § 15 Abs. 4 BEEG zu beachten. Nach dessen S. 1 darf der Arbeitnehmer während der Elternzeit nicht mehr als 32 Wochenstunden im Durchschnitt des Monats erwerbstätig sein. Somit darf der Arbeitnehmer grundsätzlich auch während der Elternzeit einer weiteren Erwerbstätigkeit nachgehen, wobei schon der Wortlaut der Vorschrift zeigt, dass es sich dabei sowohl um eine abhängige Beschäftigung als auch um eine Selbstständigkeit handeln kann.¹³³ Als klare Grenze gibt § 15 Abs. 4 S. 1 BEEG jedoch vor, dass diese Erwerbstätigkeit 32 Stunden in der Woche nicht überschreiten darf. Die Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit bedarf nach § 15 Abs. 4 S. 3 BEEG außerdem der Zustimmung des Arbeitgebers, die gem. § 15 Abs. 4 S. 4 BEEG allerdings nur aus dringenden betrieblichen Gründen, etwa bei der Verletzung von Wettbewerbsinteressen,¹³⁴ verweigert werden darf. Holt der Arbeitnehmer die Zustimmung nicht ein, hat das zwar keine Auswirkungen auf den Elterngeld- und den Vergütungsanspruch gegen den Vertragspartner. Der Arbeitnehmer begeht jedoch eine Pflichtverletzung gegenüber seinem Hauptarbeitgeber, die neben Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche auch eine Abmahnung und Kündigung begründen kann.¹³⁵ Wird dagegen die 32-Wochenstunden-Grenze überschritten, wirkt sich das auf den Anspruch auf Elterngeld aus (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 6 BEEG).¹³⁶

e. Zwischenfazit

Insgesamt werden in den Bereichen Arbeitszeit, Urlaub, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Mutterschutz dadurch, dass die verschiedenen Schutzvorschriften in der Regel nur den in abhängiger Beschäftigung ausgeübten

¹³³ ErfK-Gallner, § 15 BEEG Rn. 10.

¹³⁴ Brose/Weth/Volk-Schneider, § 15 BEEG Rn. 44. Dazu auch noch unter I.2.b.

¹³⁵ ErfK-Gallner, § 15 BEEG Rn. 21; Brose/Weth/Volk-Schneider, § 15 BEEG Rn. 46.

¹³⁶ Brose/Weth/Volk-Schneider, § 15 BEEG Rn. 41.

Teil der Gesamtarbeitsbelastung von hybrid Erwerbstätigen erfassen, Schutzlücken erkennbar. Ein Verstoß gegen arbeitsschutzrechtliche Vorschriften aufgrund von Umständen, die sich aus der Kombination von abhängiger und selbstständiger Beschäftigung ergeben, kommt jedoch nur in Ausnahmefällen in Betracht, etwa bei Gleichartigkeit der beiden Tätigkeiten. Dieser Befund darf aber keinesfalls darüber hinwegtäuschen, dass die fehlende Regulierung der Risiken, die sich aus synchroner Erwerbshybridität ergeben können, zu einer Überlastung des Beschäftigten führen kann, was unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes zumindest bedenklich ist.

2. Gegenseitige Rücksichtnahmepflichten

Geht der Arbeitnehmer neben seiner abhängigen Beschäftigung einer weiteren Tätigkeit nach, können sich Beschränkungen aber nicht nur aus Vorgaben des Arbeitnehmerschutzrechts ergeben, sondern auch aus Pflichten, die dem Arbeitsvertrag entspringen.

a. Allgemeine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflichten

So ist der Arbeitnehmer im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers verpflichtet, § 241 Abs. 2 BGB.¹³⁷ Der Arbeitnehmer hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie es von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann. Das gilt nicht nur während, sondern auch außerhalb der Arbeitszeit.¹³⁸ Bei hybrider Erwerbstätigkeit kann die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht, von

¹³⁷ BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 ABR 38/14, NZA 2016, 116 (118); BAG, Urt. v. 10.9.2009 – 2 AZR 257/08, NZA 2010, 220 (221 f.); BAG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (638); HK-ArbR-Kreuder/Matthiessen-Kreuder, § 611a BGB Rn. 471; MüKoBGB-Spinner, § 611a BGB Rn. 994.

¹³⁸ BAG, Urt. v. 10.9.2009 – 2 AZR 257/08, NZA 2010, 220 (222); BAG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (638); MüKoBGB-Spinner, § 611a BGB Rn. 994.

Wettbewerbsverboten abgesehen,¹³⁹ vor allem in ihrer Ausprägung als Verbot von Nebentätigkeiten relevant werden. Das darf gleichwohl nicht darüber hinwegtäuschen, dass die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht auch andersherum wirkt und den Arbeitgeber zur Rücksichtnahme auf weitere Tätigkeiten des Arbeitnehmers verpflichten kann.¹⁴⁰

Auch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung kann aus der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht eine Verpflichtung zur Unterlassung der Mehrfachstätigkeit folgen. Da Art. 12 Abs. 1 GG die Ausübung mehrerer Tätigkeiten grundsätzlich zulässt, muss der Arbeitnehmer aber nur solche Tätigkeiten unterlassen, die mit seiner Arbeitspflicht kollidieren. Von zeitlichen Konflikten abgesehen,¹⁴¹ ist das vor allem dann der Fall, wenn die vertragliche Arbeitsleistung unter der zusätzlichen Tätigkeit leidet.¹⁴² Das betrifft neben einer Verletzung der Pflicht zu gesundheitsförderndem Verhalten¹⁴³ vor allem solche Tätigkeiten, die körperlich derart beanspruchen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitspflicht aus dem Arbeitsverhältnis nicht mehr vertragsgemäß erfüllen kann.¹⁴⁴ Auch eine sonstige Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers kann der Mehrfachbeschäftigung im Wege stehen, etwa wenn sich diese negativ auf die Wahrnehmung des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit auswirkt, wie es das BAG beispielweise für die Nebentätigkeit eines Krankenpflegers als Leichenbestatter entscheiden hat.¹⁴⁵ Verletzt der Arbeitnehmer die vertragliche

¹³⁹ Dazu noch unter I.2.b.

¹⁴⁰ Vgl. HK-ArbR-Kreuder/Matthiessen-Kreuder, § 611a BGB Rn. 488.

¹⁴¹ Zu arbeitszeitlichen Friktion bereits unter I.1.a.

¹⁴² BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 ABR 38/14, NZA 2016, 116 (118); BAG, Urt. v. 18.1.1996 – 6 AZR 314/95, NZA 1997, 41 (42); MüKoBGB-Spinner, § 611a BGB Rn. 1016; Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Zwanziger, § 120 Rn. 2; DDW-Däubler, Anhang Rn. 348; nach Pauly erfüllt die Generalklausel des § 241 Abs. 2 BGB allerdings nicht die Anforderungen an eine hinreichend bestimmte und klare Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 der EU-Transparenzrichtlinie, Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 146 f.

¹⁴³ Dazu bereits unter I.1.c.aa.

¹⁴⁴ Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1462); Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Zwanziger, § 120 Rn. 2.

¹⁴⁵ BAG, Urt. v. 28.2.2002 – 6 AZR 357/01, AP AVR Caritasverband § 5 Nr. 1; BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NZA 2020, 952 (955); kritisch dazu DDW-Däubler, Anhang Rn. 349.

Rücksichtnahmepflicht in ihrer Ausprägung als Verbot von Nebentätigkeiten in schwerwiegender Weise, kann ihm eine außerordentliche Kündigung drohen.¹⁴⁶

Gegenstand der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht ist darüber hinaus die Verpflichtung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber eine zusätzliche Tätigkeit anzuzeigen.¹⁴⁷ Eine generelle Anzeigepflicht ist jedoch abzulehnen, ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung ist der Arbeitnehmer vielmehr nur zur Anzeige solcher Tätigkeiten verpflichtet, durch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden.¹⁴⁸ Das kann vor allem dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer durch die Aufnahme der zweiten Tätigkeit sozialversicherungspflichtig geworden ist, sodass der Arbeitgeber Sozialversicherungsbeiträge abführen muss. Ein klassisches Beispiel dafür ist das Bestehen zweier geringfügiger Beschäftigungen: Wegen des Zusammenrechnungsgrundsatzes nach § 8 Abs. 2 SGB IV muss der Arbeitgeber über eine weitere geringfügige Beschäftigung unterrichtet werden, um zu prüfen, ob die Sozialversicherungsfreiheit des Beschäftigten entfallen ist, vgl. § 28o Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 18 SGB IV.¹⁴⁹ Nach § 8 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 SGB IV gilt der Grundsatz, dass mehrere geringfügige Beschäftigungen zusammenzurechnen sind und bei Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze die mit der geringfügigen Beschäftigung verbundene Versicherungsfreiheit (vgl. § 7 Abs. 1 SGB V, § 5 Abs. 2 SGB VI, § 27 Abs. 2 SGB III) entfällt, auch bei Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit. Denkbar ist daher, dass auch die parallele Ausübung einer abhängigen und einer selbstständigen geringfügigen Beschäftigung eine Anzeigepflicht begründet. Da § 8 Abs. 3 SGB IV nur solche selbstständigen Tätigkeiten erfasst, die der Sozialversicherungspflicht

¹⁴⁶ BAG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, NZA-RR 2006, 636 (638 f.).

¹⁴⁷ BAG, Urt. v. 18.1.1996 – 6 AZR 314/95, NZA 1997, 41 (42); BAG, Urt. v. 18.11.1988 – 8 AZR 12/86, NZA, 389 (389); *Wank*, Nebentätigkeit, Rn. 129; *Hunold*, NZA-RR 2002, 505 (506).

¹⁴⁸ BAG, Urt. v. 18.1.1996 – 6 AZR 314/95, NZA 1997, 41 (42); *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Becker*, § 54 Rn. 26; *ErfK-Greiner*, § 611a BGB Rn. 833; *HK-ArbR-Kreuder/Matthiessen-Kreuder*, § 611a BGB Rn. 489; *Hunold*, NZA-RR 2002, 505 (506); *Woerz/Klinkhammer*, ArbRAktuell 2012, 183 (185); *Wertheimer/Krug*, BB 2000, 1462 (1464); *Pauly*, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 113 f.

¹⁴⁹ BAG, Urt. v. 27.4.1995 – 8 AZR 382/94, NZA 1995, 935 (935 f.); BAG, Urt. v. 18.11.1988 – 8 AZR 12/86, NZA, 389 (389); *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Becker*, § 54 Rn. 26.

unterliegen,¹⁵⁰ betreffe das allenfalls die in § 2 SGB VI sowie § 5 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 SGB V genannten Selbstständigen. Das Arbeitsförderungsrecht ist nach § 8 Abs. 3 S. 2 SGB IV von der Regelung ausgenommen. Letztlich ist eine Zusammenrechnung nach § 8 Abs. 3 SGB VI aber nur zwischen mehreren selbstständigen Tätigkeiten, nicht aber zwischen einer selbstständigen und einer abhängigen Beschäftigung vorzunehmen.¹⁵¹ Im Kontext hybrider Erwerbstätigkeit kann die Vorschrift somit allenfalls in Ausnahmefällen eine Anzeigepflicht begründen.

Gleichwohl kann auch eine hybride Erwerbstätigkeit für den Arbeitgeber sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen haben. Deutlich wird das bei der Gesetzlichen Krankenversicherung.¹⁵² Denn sobald eine selbstständige Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird, entfällt gem. § 5 Abs. 5 S. 1 SGB V die Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 oder 5 bis 12 SGB V und damit auch die Beitragspflicht des Arbeitgebers. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift gilt das auch dann, wenn gleichzeitig noch einer abhängigen Beschäftigung nachgegangen wird, die eigentlich versicherungspflichtig wäre.¹⁵³ Insofern besteht bei freiwilliger Weiterversicherung auch kein Anspruch auf Beitragszuschuss nach § 257 Abs. 1 S. 1 SGB V gegen den Arbeitgeber der abhängigen Beschäftigung und auch zur privaten Krankenversicherung erhält der Selbstständige keinen Zuschuss.¹⁵⁴ Hauptberuflich ist die Selbstständigkeit,

¹⁵⁰ ErfK-Rolfs, § 8 SGB IV Rn. 23; BeckOK SozR-Rittweger, § 8 SGB IV Rn. 33 (Stand: 01.12.2025).

¹⁵¹ ErfK-Rolfs, § 8 SGB IV Rn. 23; BeckOK SozR-Rittweger, § 8 SGB IV Rn. 33b (Stand: 01.12.2025).

¹⁵² Anders stellt sich die Situation dagegen bei der gesetzlichen Rentenversicherung dar, weil diese tätigkeitsbezogen ausgestaltet ist. Für eine Übersicht der Versicherungsstatus in der Gesetzlichen Rentenversicherung Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 49.

¹⁵³ BeckOK SozR-Ulmer, § 5 SGB V Rn. 89 (Stand: 01.12.2025); es ist sogar Ziel der Vorschrift zu vermeiden, dass ein nicht versicherungspflichtiger Selbstständiger durch die Aufnahme einer versicherungspflichtigen Nebenbeschäftigung den umfassenden Schutz der GKV erhält, BT-Drucks. 11/2237, S. 159; eine tabellarische Übersicht erwerbshybrider Konstellationen und deren Auswirkungen auf die gesetzliche Krankenversicherung bei Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 42.

¹⁵⁴ BSG, Urt. v. 10.3.1994 – 12 RK 12/93, BeckRS 1994, 30748227; LPK-SGB V-Moritz-Ritter, § 5 SGB V Rn. 80, 86.

wenn sie von der wirtschaftlichen Bedeutung und dem zeitlichen Aufwand her die übrigen Erwerbstätigkeiten zusammen deutlich übersteigt und den Mittelpunkt der Erwerbstätigkeit darstellt.¹⁵⁵ Spätestens wenn diese Situation eintritt, ist der Arbeitgeber über die weitere Tätigkeit zu informieren, vgl. § 280 Abs. 1 i.V.m. § 28a Abs 1 S. 1 Nr. 5 SGB IV. Nichts anderes gilt, wenn die abhängige Beschäftigung zur Haupttätigkeit wird und die Beitragspflicht des Arbeitgebers auflebt. Verletzt der Arbeitnehmer die Pflicht des § 280 SGB IV, handelt es sich um eine bußgeldbewährte Ordnungswidrigkeit, § 111 Abs. 1 Nr. 44 SGB IV. Bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit kann der Arbeitgeber zudem seinen Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags vorbehaltlos geltend machen, § 28g S. 4 SGB. Grundsätzlich kann der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber bei Verletzung der Anzeigepflicht auch zum Schadensersatz verpflichtet sein, die nachzuentrichtenden Arbeitgeberanteile der Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sind vom zu ersetzenden Schaden allerdings nicht erfasst.¹⁵⁶

b. Wettbewerbsverbot nach den §§ 60, 61 HGB

Eine weitere Nebenpflicht, die für den Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis folgt, besteht darin, Wettbewerb gegenüber dem Arbeitgeber zu unterlassen.¹⁵⁷ Ausdrücklich normiert ist diese Pflicht in § 60 Abs. 1 HGB für Handlungsgehilfen, also kaufmännische Angestellte: Ein Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung seines Arbeitgebers weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Handelszweig des Arbeitgebers für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Diese Pflicht folgt aus dem Gedanken, dass der Arbeitnehmer während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses die Interessen seines Arbeitgebers schützen

¹⁵⁵ BSG, Urt. v. 16.11.1995 – 4 RK 2/94, BeckRS 1995, 30758109; Becker/Kingreen-Just, § 5 SGB V Rn. 76; BeckOK SozR-Ulmer, § 5 SGB V Rn. 89 (Stand: 01.12.2025); LPK-SGB V-Moritz-Ritter, § 5 SGB V Rn. 81; BT-Drucks. 11/2237, S. 159.

¹⁵⁶ BAG, Urt. v. 18.11.1988 – 8 AZR 12/86, NZA, 389 (389); bei sittenwidriger Täuschung kommt auch ein Anspruch aus § 826 BGB in Betracht, BSG, Urt. v. 23.2.1988 – 12 RK 43/87, BeckRS 1988, 30725180.

¹⁵⁷ BAG, Urt. v. 24.03.2010 – 10 AZR 66/09, NZA 2010, 693 (694), Rn. 15; BAG, Urt. v. 25.11.2021 – 8 AZR 226/20, NZA, 655 (659), Rn. 38.

und fördern muss; dieser Pflicht käme er nicht nach, wenn er dem Arbeitgeber Konkurrenz machen würde.¹⁵⁸ Nach Rechtsprechung des BAG ist diese Pflicht auch ohne vertragliche Vereinbarung auf alle anderen Arten von Arbeitsverhältnissen übertragbar,¹⁵⁹ sodass Arbeitnehmern während der Geltung eines Arbeitsverhältnisses grundsätzlich jede Konkurrenztätigkeit zum Nachteil des Arbeitgebers untersagt ist.¹⁶⁰ Durch seine Allgemeinheit wird das Wettbewerbsverbot auch für hybrid Erwerbstätige relevant. Beachtlich ist, dass § 60 HGB nicht für Personen gilt, die aufgrund eines Dienstverhältnisses beschäftigt sind, wie etwa Arbeitnehmerähnliche oder freie Mitarbeiter.¹⁶¹ Das Wettbewerbsverbot ist insofern stets von dem Arbeitsverhältnis der betroffenen Person aus zu denken.

aa. Betrieb eines Handelsgewerbes

Die erste Alternative des § 60 Abs. 1 HGB untersagt dem Arbeitnehmer, im Marktbereich des Arbeitgebers ein Handelsgewerbe zu betreiben.

Dabei ist Handelsgewerbe gem. § 1 Abs. 2 HGB jeder Gewerbebetrieb, sofern er nach Art oder Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert.¹⁶² Ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb wird typischerweise durch eine kaufmännische Buchführung und Bilanzierung sowie eine kaufmännische Bezeichnung charakterisiert.¹⁶³ Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an, wann von dem Vorliegen eines Handelsgewerbes auszugehen ist, die Rechtsprechung misst dem Umsatz dabei große Bedeutung zu und hat teilweise auf eine Schwelle von einem Jahresumsatz von über 100.000 Euro oder einem Umsatz im

¹⁵⁸ Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Becker, § 54 Rn. 12.

¹⁵⁹ BAG, Urt. v. 24.04.1970 – 3 AZR 324/69, AP HGB § 60 Nr. 5; BAG, Urt. v. 16.08.1990 – 2 AZR 113/90, NZA, 141 (142); BAG, Urt. v. 28.01.2010 – 2 AZR 1008/08, NZA-RR, 461 (462), Rn. 22; Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Becker, § 54 Rn. 13; *Braun*, DB 2003, 2282 (2283); *Braun*, AuR 2004, 47 (48); zur dogmatischen Herleitung und Entwicklung der Rechtsprechung instruktiv *Pauly*, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 97 ff.

¹⁶⁰ BAG, Urt. v. 16.08.1990 – 2 AZR 113/90, NZA, 141 (142).

¹⁶¹ BAG, Urt. v. 21.01.1997 – 9 AZR 778/95, NZA, 1284 (1285); BeckOGK-*Ittmann*, § 60 HGB Rn. 11 (Stand: 01.01.2026).

¹⁶² HWK-*Diller*, § 60 HGB Rn. 14; Hopt-*Merkt*, § 1 HGB Rn. 22 f.

¹⁶³ Hopt-*Merkt*, § 1 HGB Rn. 23.

sechsstelligen Bereich abgestellt.¹⁶⁴ Weil die Wertungen des § 60 HGB für alle Arbeitnehmer greifen, gilt das Verbot des § 60 Abs. 1 Alt. 1 HGB auch für Freiberufler, also auch, wenn der freie Beruf nicht als Gewerbe angesehen wird.¹⁶⁵

§ 60 Abs. 1 HGB ist aufgrund des schon angesprochenen Schutzes der Nebentätigkeiten durch die Berufsfreiheit des Art. 12 GG, die dem Arbeitnehmer erlaubt, seine Arbeitskraft nach seinem eigenen Ermessen zu verwerten, restriktiv dahingehend auszulegen, dass der Betrieb eines Handelsgewerbes nur im Handelszweig des Arbeitgebers untersagt ist.¹⁶⁶ Schützenswert ist nur das Interesse des Arbeitgebers, nicht von einem Arbeitnehmer, der die eigenen Geschäftspraktiken kennt, geschädigt zu werden.¹⁶⁷ Außerdem sind bloße Hilfstätigkeiten ohne Wettbewerbsbezug regelmäßig nicht vom Wettbewerbsverbot erfasst.¹⁶⁸ Gegen Ende seiner Tätigkeit beim Arbeitgeber darf ein Arbeitnehmer zudem ein Handelsgewerbe vorbereiten, was wiederum auch mit Blick auf die serielle Erwerbshybridität von Bedeutung ist.¹⁶⁹ Erlaubt sind etwa der Abschluss vorbereitender Verträge, solange das noch keine werbende Tätigkeit umfasst, der Erwerb von Waren, das Mieten von Geschäftsräumen oder die generelle Einholung einschlägiger Informationen für das spätere Gewerbe.¹⁷⁰ In diesem Fall ist die Betätigung in der gleichen Branche und die Ausnutzung von

¹⁶⁴ OLG München, Urt. v. 19.01.2022 – 7 U 3250/20, NZG 2022, 604 (604), Rn. 15 f.; BeckOGK-Servatius, § 1 HGB Rn. 46 (Stand: 01.01.2026); HWK-Diller, § 60 HGB Rn. 13.

¹⁶⁵ BAG, Urt. v. 26.09.2007 – 10 AZR 511/06, NZA 2007, 1436; HWK-Diller, § 60 HGB Rn. 14.

¹⁶⁶ BAG, Urt. v. 07.09.1972 – 2 AZR 486/71, AP HGB § 60 Nr. 7; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 238; Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Becker, § 54 Rn. 14; BeckOK ArbR-Hagen, § 60 HGB Rn. 7 (Stand: 01.12.2025).

¹⁶⁷ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 238; NK-GA-Reinhard, § 60 HGB Rn. 12; BeckOK ArbR-Hagen, § 60 HGB Rn. 7 (Stand: 01.12.2025).

¹⁶⁸ BAG, Urt. v. 24.03.2010 – 10 AZR 66/09, NZA 2010, 693 (694), Rn. 17; für Handelsvertreter s. auch BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, NJW, 608; NK-GA-Reinhard, § 60 HGB Rn. 12; Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 105 ff.

¹⁶⁹ BAG, Urt. v. 30.01.1963 – 2 AZR 319/62, NJW 1963, 1420; BAG, Urt. v. 26.06.2008 – 2 AZR 190/07, NZA 2008, 1415 (1416); BAG, Urt. v. 19.12.2018 – 10 AZR 233/18, NZA, 571 (575), Rn. 53; HK-ArbR-Schlegel, § 60 HGB Rn. 11; ErfK-Oetker, § 60 HGB Rn. 6.

¹⁷⁰ BAG, Urt. v. 30.01.1963 – 2 AZR 319/62, NJW 1963, 1420 (1420); HK-ArbR-Schlegel, § 60 HGB Rn. 11; ErfK-Oetker, § 60 HGB Rn. 6; vgl. auch BAG, Urt. v. 26.06.2008 – 2 AZR 190/07, NZA 2008, 1415 (1416).

Wissensständen, die beim Arbeitgeber erlangt wurden, also eingeschränkt möglich.

bb. Geschäftemachen

Zweitens ist dem Handlungsgehilfen gem. § 60 Abs. 1 HGB untersagt, im eigenen oder in fremdem Namen im Handlungszweig seines Prinzipals „Geschäfte“ zu machen. Nach der Rechtsprechung des BAG umfasst dies jede, wenn auch nur spekulative, auf Gewinn gerichtete Teilnahme am Geschäftsverkehr.¹⁷¹ Von dieser Alternative sind Tätigkeiten im eigenen wie im fremden Namen erfasst, also jedenfalls auch selbstständige Tätigkeiten, wie sie im Fall der hybriden Selbstständigkeit anfallen.¹⁷² Ein Geschäftemachen kann allerdings nicht angenommen werden, wenn jemand seinem Arbeitgeber als Anbieter oder Abnehmer gegenübertritt.¹⁷³ Tätigkeiten für ein Konkurrenzunternehmen ohne spekulativ-unternehmerische Komponente, wie etwa Schreib- oder Buchhaltungstätigkeiten, unterfallen ebenfalls nicht dem Konkurrenzverbot.¹⁷⁴ Entscheidend ist überdies auch für die zweite Alternative des § 60 Abs. 1 HGB, dass nur Geschäfte verboten sind, die „in den Handelszweig“ Arbeitgebers fallen und in denen der Arbeitnehmer sich als ein Wettbewerber seines Arbeitgebers betätigt.¹⁷⁵ Hinsichtlich der Konkurrenzsituation kann insofern auf das oben zum Betrieb eines Handelsgewerbes verwiesen werden.

cc. Ausschluss des Verbots

Willigt der Arbeitgeber darin ein, dass der Arbeitnehmer Konkurrenzgeschäfte oder ein konkurrierendes Handelsgewerbe betreibt, schließt dies die Geltung des § 60 Abs. 1 HGB aus.¹⁷⁶ Dabei kann der Arbeitgeber auch nur in bestimmte

¹⁷¹ BAG, Urt. v. 15.02.1962 – 5 AZR 79/61, NJW 1962, 1365 (1366); BAG, Urt. v. 17.10.2012 – 10 AZR 809/11, NZA 2013, 207 (208); NK-GA-Reinhard, § 60 HGB Rn. 17.

¹⁷² HWK-Diller, § 60 HGB Rn. 20.

¹⁷³ BAG, Urt. v. 03.05.1983 – 3 AZR 62/81, NJW 1984, 886; HK-ArbR-Schlegel, § 60 HGB Rn. 17.

¹⁷⁴ HWK-Diller, § 60 HGB Rn. 21.

¹⁷⁵ HK-ArbR-Schlegel, § 60 HGB Rn. 15 ff.

¹⁷⁶ BAG, Urt. v. 16.06.1976 – 3 AZR 73/75, NJW 1977, 646; Wank, Nebentätigkeit, Rn. 249 f.

Geschäfte einwilligen.¹⁷⁷ Die Einwilligung muss nicht ausdrücklich erfolgen, sondern kann auch schlüssig erteilt werden, wenn der Arbeitgeber das konkurrierende Verhalten des Arbeitnehmers kennt und nichts zur Beendigung dieses Verhaltens unternimmt.¹⁷⁸ Für den Fall, dass der Arbeitnehmer ein Handelsgewerbe schon vor Abschluss des Arbeitsvertrags mit einem neuen Arbeitgeber betreibt, schreibt § 60 Abs. 2 HGB vor, dass eine Einwilligung als erteilt gilt, wenn der Arbeitgeber bei Abschluss des Arbeitsvertrags von einem bestehenden konkurrierenden Handel weiß, vom Arbeitnehmer aber nicht ausdrücklich verlangt, diesen aufzugeben.¹⁷⁹ Die Einwilligung des Arbeitgebers schafft beim Arbeitnehmer einen Vertrauenstatbestand, weshalb sie – sofern nicht unter Vorbehalt erteilt – unwiderruflich ist.¹⁸⁰

dd. Rechtsfolgen bei Verstoß

Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot des § 60 HGB kann verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen. § 61 HGB regelt diese ausdrücklich für Arbeitnehmer im kaufmännischen Bereich, die Wertungen sind auch hier auf alle anderen Arbeitsverhältnisse übertragbar.¹⁸¹ Arbeitgeber, die kein Handelsgewerbe betreiben, können Ansprüche gem. § 61 Abs. 2 HGB analog geltend machen.¹⁸² Der Arbeitgeber hat gem. § 61 Abs. 1 HGB ein Wahlrecht zwischen Schadensersatz und Eintrittsrecht gegen den Arbeitnehmer.¹⁸³ Um zu entscheiden, welches Recht er geltend machen will, hat der Arbeitgeber außerdem einen Auskunftsanspruch über die vom Arbeitnehmer geführten Geschäfte.¹⁸⁴ Wesentliche Voraussetzung für die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs ist, dass der Arbeitnehmer erheblichen Anlass zu der

¹⁷⁷ ErfK-Oetker, § 60 HGB Rn. 9.

¹⁷⁸ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 250; ErfK-Oetker, § 60 HGB Rn. 9.

¹⁷⁹ HK-ArbR-Schlegel, § 60 HGB Rn. 19.

¹⁸⁰ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 254; HK-ArbR-Schlegel, § 60 HGB Rn. 22.

¹⁸¹ BAG, Urt. v. 26.09.2007 – 10 AZR 511/06, NZA 2007, 1436; BAG, Urt. v. 25.11.2021 – 8 AZR 226/20, NZA, 655 (659), Rn. 38; NK-GA-Reinhard, § 61 HGB Rn. 2; BeckOK ArbR-Hagen, § 61 HGB Rn. 1 (Stand: 01.12.2025).

¹⁸² BeckOK ArbR-Hagen, § 61 HGB Rn. 1 (Stand: 01.12.2025).

¹⁸³ HK-ArbR-Schlegel, § 61 HGB Rn. 2.

¹⁸⁴ BAG, Urt. v. 24.04.1970 – 3 AZR 324/69, AP HGB § 60 Nr. 5; BAG, Urt. v. 12.05.1972 – 3 AZR 401/71, AP HGB § 60 Nr. 6.

Vermutung gegeben hat, er habe gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen.¹⁸⁵ Verlangt der Arbeitgeber Schadensersatz, muss der Arbeitnehmer ihm den hypothetischen Gewinn ersetzen, denn der Arbeitgeber aus dem Geschäft erzielt hätte.¹⁸⁶ Entscheidet sich der Arbeitgeber für das Eintrittsrecht, kann er vom Arbeitnehmer verlangen, dass dieser ihm alles herausgibt, was er selbst aus dem getätigten Geschäft erlangt hat.¹⁸⁷ Ein Verstoß des Arbeitnehmers gegen das Wettbewerbsverbot ist darüber hinaus im Allgemeinen geeignet, nach vorheriger Abmahnung eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen, bei einem erheblichen Verstoß kann sogar eine außerordentliche Kündigung drohen.¹⁸⁸ Schließlich ist anerkannt, dass der Arbeitgeber mit einer vorbeugenden Unterlassungsklage von dem Arbeitnehmer verlangen kann, den Betrieb eines Handelsgewerbes oder einer konkurrierenden Geschäftstätigkeit zu unterlassen.¹⁸⁹

Das Wettbewerbsverbot der §§ 60 f. HGB endet mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nachvertraglich gelten die §§ 74 ff. HGB.¹⁹⁰

ee. Schlussfolgerungen für hybride Erwerbstätigkeit

Das Verbot des § 60 Abs. 1 HGB ist für Personen, die einer synchronen Erwerbshybridität nachgehen, besonders relevant, denn im Gegensatz zu den bisher dargestellten Einschränkungen (mit Ausnahme des § 8 BUrlG), wird hier ausdrücklich eine selbstständige Tätigkeit neben einem Arbeitsverhältnis adressiert.¹⁹¹ Wesentlich für hybrid Erwerbstätige ist, dass § 60 Abs. 1 HGB jede Tätigkeit verbietet, die geeignet ist, die Geschäftsinteressen des Arbeitgebers zu gefährden.¹⁹² Dabei muss aber in Abhängigkeit von der jeweiligen selbstständigen Tätigkeit des Arbeitnehmers entschieden werden, ob die

¹⁸⁵ BAG, Urt. v. 12.05.1972 – 3 AZR 401/71, AP HGB § 60 Nr. 6; HK-ArbR-Schlegel, § 61 HGB Rn. 3; BeckOK ArbR-Hagen, § 61 HGB Rn. 4 (Stand: 01.12.2025).

¹⁸⁶ BAG, Urt. v. 20.09.2006 – 10 AZR 439/05, NZA, 977 (979 f.), Rn. 36 ff.; BeckOK ArbR-Hagen, § 61 HGB Rn. 6 (Stand: 01.12.2025).

¹⁸⁷ ErfK-Oetker, § 61 HGB Rn. 5.

¹⁸⁸ BAG, Urt. v. 28.01.2010 – 2 AZR 1008/08, NZA-RR, 461 (463), Rn. 31 ff.; BAG, Urt. v. 29.6.2017 – 2 AZR 597/16, NZA, 1179; ErfK-Oetker, § 61 HGB Rn. 3.

¹⁸⁹ HK-ArbR-Schlegel, § 61 HGB Rn. 9; ErfK-Oetker, § 61 HGB Rn. 2.

¹⁹⁰ Dazu ausführlich im Rahmen der seriellen Erwerbshybridität unter D.

¹⁹¹ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 237.

¹⁹² NK-GA-Reinhard, § 60 HGB Rn. 14.

Tätigkeit den Arbeitgeber tatsächlich schädigt oder schädigen kann.¹⁹³ So handelt es sich etwa um ein verbotenes Geschäftemachen, wenn ein Verkäufer eines Autohauses sich als Verkäufer eines anderen Autohauses betätigt – nicht aber, wenn er für das andere Autohaus Autos repariert.¹⁹⁴ Ebenso ist es erlaubt, wenn eine Postzustellerin auch eine Tätigkeit als Zeitungszustellerin übernimmt, weil dadurch keine geschäftlichen Interessen bedroht sind.¹⁹⁵ Verboten ist dagegen die Entwicklung von Software für die Konkurrenz, eine Tätigkeit im technischen Einkauf für die Konkurrenz, die Anfragen bei Kunden zum Zweck eines späteren Geschäftsabschlusses, wenn der Arbeitnehmer einen Kollegen bei dessen konkurrierender Tätigkeit unterstützt oder wenn ein Arbeitnehmer bei Kunden des Arbeitgebers für eigene Zwecke wirbt.¹⁹⁶

Hinsichtlich der ersten Alternative des § 60 Abs. 1 HGB kommt es zudem auf die jeweiligen Umstände an, ob die selbstständige Tätigkeit überhaupt einen derartigen Umfang erreicht, dass von dem Betrieb eines Handelsgewerbes ausgegangen werden kann. Oftmals dürfte die Selbstständigkeit, aufgrund der bestehenden Push- und Pull-Faktoren, die sich aus anderen rechtlichen Zusammenhängen ergeben, neben dem Arbeitsverhältnis eine untergeordnete Rolle spielen, was unter Umständen als Indiz gegen ein Handelsgewerbe gewertet werden kann.

Jedenfalls wird die Vorschrift des § 60 Abs. 1 HGB nur dann für hybrid Erwerbstätige relevant, wenn sie sich in der gleichen Branche betätigen wollen, in der sie auch als Arbeitnehmer beschäftigt sind und bei denen sie Kenntnisse, die sie durch ihre Tätigkeit beim Arbeitgeber erlangt haben, nutzen oder nutzen können. Findet eine selbstständige Tätigkeit neben dem Angestelltenverhältnis

¹⁹³ Vgl. *Pauly*, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 104 f.

¹⁹⁴ *HWK-Diller*, § 60 HGB Rn. 21.

¹⁹⁵ BAG, Urt. v. 24.03.2010 – 10 AZR 66/09, NZA 2010, 693.

¹⁹⁶ LAG Hamm, Urt. v. 04.09.2014 – 8 Sa 90/14, BeckRS 2015, 73226; *HWK-Diller*, § 60 HGB Rn. 21; BeckOK ArbR-*Hagen*, § 60 HGB Rn. 15 (Stand: 01.12.2025); BAG, Urt. v. 16.01.1975 – 3 AZR 72/74, AP HGB § 60 Nr. 8; BAG, Urt. v. 21.11.1996 – 2 AZR 852/95A, BeckRS 1996, 30367835 unter II.1.a.; BAG, Urt. v. 24.04.1970 – 3 AZR 324/69, AP HGB § 60 Nr. 5; NK-GA-Reinhard, § 60 HGB Rn. 14.

hingegen in einem ganz anderen Berufszweig statt oder übt die betreffende Person in ihrer Selbstständigkeit eine völlig andere Tätigkeit bzw. eine Hilfstätigkeit aus, so ist die Ausübung einer Erwerbshybridität durch das Verbot des § 60 Abs. 1 HGB nicht gefährdet.

3. Individualvertragliche Einschränkungen

Hürden können sich bei synchroner Erwerbshybridität schließlich nicht nur aus dem Gesetzrecht und allgemeinen arbeitsvertraglichen Pflichten ergeben, sondern auch aus einer ausdrücklichen Regelung im Arbeitsvertrag. Denkbar sind dabei sowohl Klauseln, die eine weitere Erwerbstätigkeit gänzlich untersagen als auch Regelungen, die die Aufnahme der Tätigkeit von der Genehmigung des Arbeitgebers abhängig machen oder zumindest eine Anzeigepflicht enthalten.¹⁹⁷ Aufgrund der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Vertragsfreiheit sind arbeitsvertraglich vereinbarte Beschränkungen von Nebentätigkeiten zwar grundsätzlich zulässig,¹⁹⁸ dennoch setzt ihnen die Berufsfreiheit im Wege der mittelbaren Drittwirkung im Privatrecht enge Grenzen. Analog zu dem bereits zur arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht Gesagten¹⁹⁹ sind arbeitsvertragliche Nebentätigkeitsverbote daher nur wirksam, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Untersagung hat, was vor allem dann der Fall ist, wenn das Arbeitsverhältnis durch die Nebentätigkeit beeinträchtigt würde.²⁰⁰ Klauseln, die die Ausübung jeder weiteren Erwerbstätigkeit pauschal verbieten (absolute Verbote), sind gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.²⁰¹ Dagegen sind partielle Verbote, die sich

¹⁹⁷ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 360; Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1464).

¹⁹⁸ Braun, DB 2003, 2282 (2283); Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1464); Wank, Nebentätigkeit, Rn. 362.

¹⁹⁹ Dazu unter I.2.a.

²⁰⁰ BAG, Urt. v. 18.11.1988 – 8 AZR 12/86, NZA, 389 (390); HK-ArbR-Kreuder/Matthiessen-Kreuder, § 611a BGB Rn. 489; Braun, DB 2003, 2282 (2283); im Kontext eines tarifvertraglichen Nebentätigkeitsverbots BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NZA 2020, 952 (954).

²⁰¹ Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 BGB Rn. 234; DDW-Däubler, Anhang Rn. 352; MüKoBGB-Spinner, § 611a BGB Rn. 1025; ErfK-Greiner, § 611a BGB S. 833; Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Becker, § 54 Rn. 24; Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1464); Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 284 ff.; auf § 307 Abs. 1 BGB abstellend Woerz/Klinkhammer, ArbRAktuell 2012, 183 (185); ohne zwischen Abs. 1 und 2 zu differenzieren

nur auf bestimmte Tätigkeiten beziehen, wirksam, wenn sie die berechtigten Interessen des Arbeitgebers abbilden.²⁰² Unzulässig ist auch die generelle Pflicht, jegliche Nebentätigkeit anzuzeigen, vielmehr darf sich auch eine Anzeigepflicht nur auf solche Tätigkeiten beziehen, die die Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigen können.²⁰³ Weniger eindeutig ist dagegen die Zulässigkeit von Bestimmungen, die die Aufnahme einer weiteren Tätigkeit von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig machen. Das BAG hat absolute Einwilligungsvorbehalte mehrfach für wirksam befunden, weil sie hinsichtlich der grundrechtlichen Beeinträchtigung nicht mit einem Nebentätigkeitsverbot gleichzusetzen seien.²⁰⁴ Eine unbedingte Erlaubnispflicht stellt jedoch nicht nur einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit und Privatsphäre des Arbeitnehmers und damit eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar,²⁰⁵ regelmäßig verstoßen solche Klauseln auch gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.²⁰⁶ Die Vereinbarung eines partiellen Einwilligungsvorbehalts ist wiederum grundsätzlich zulässig.²⁰⁷ Als Leitlinie kann letztlich gelten, dass individualvertraglich in der Regel keine Nebentätigkeitsverbote vereinbart werden können, die über eine Konkretisierung der dargestellten gesetzlichen Einschränkungen oder der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht hinausgehen.²⁰⁸

LAG Berlin-Brandenburg, 13.7.2017 – 10 Sa 491/17, BeckRS 2017, 132289 (Rn. 33); dagegen noch für eine verfassungskonforme Auslegung BAG, Urt. v. 18.11.1988 – 8 AZR 12/86, NZA, 389 (390).

²⁰² DDW-Däubler, Anhang Rn. 353; Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 BGB Rn. 235; Erfk-Greiner, § 611a BGB Rn. 833; Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 288.

²⁰³ DDW-Däubler, Anhang Rn. 354; Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 BGB Rn. 236; Erfk-Greiner, § 611a BGB Rn. 833; Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 311 ff.

²⁰⁴ BAG, Urt. v. 11.12.2001 – 9 AZR 464/00, NZA 2002, 965 (967); BAG, Urt. v. 21.09.1999 – 9 AZR 759/98, NZA, 723 (723); auch noch BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 ABR 38/14, NZA 2016, 116 (118); kritisch zu diesem Argument Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 298 f.

²⁰⁵ DDW-Däubler, Anhang Rn. 355; Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1465); Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 299 ff.

²⁰⁶ DDW-Däubler, Anhang Rn. 355; HK-ArbR-Kreuder/Matthiessen-Kreuder, § 611a BGB Rn. 489; ebenfalls für die Unwirksamkeit absoluter Erlaubnisvorbehalte Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 BGB Rn. 237; Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 304.

²⁰⁷ Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp, § 307 BGB Rn. 237; Woerz/Klinkhammer, ArbRAktuell 2012, 183 (185); Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 309.

²⁰⁸ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 375.

4. Synchrone Erwerbshybridität im kollektiven Arbeitsrecht

Nicht unerwähnt bleiben sollen schließlich mögliche Friktionen, die sich bei synchroner Erwerbshybridität im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts ergeben können.

a. Betriebliche Mitbestimmung

Klar ist, dass, außer bei Heimarbeit, der selbstständige Part der hybriden Erwerbstätigkeit von vorneherein dem Zugriff des Betriebsrats entzogen ist, sodass die betriebliche Mitbestimmung grundsätzlich nur den einen Teil der Arbeitsrealität hybrid Beschäftigter erfassen kann.²⁰⁹ Damit einher geht eine erschwerte soziale Einbindung von hybrid Beschäftigten in das Arbeitsumfeld, die die betriebliche Mitbestimmung jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht erschweren dürfte.²¹⁰ Eine andere Frage ist, inwieweit sich die Hybridität der Beschäftigten auch auf deren rechtliche Stellung auswirkt. Selbstredend ist dabei nur der Bereich der hybriden Erwerbstätigkeit angesprochen, in dem das BetrVG überhaupt zur Anwendung kommt, das heißt das Arbeits- bzw. Heimarbeitsverhältnis, § 5 Abs. 1 S. 1 und 2 BetrVG.

Hinsichtlich der Auswirkungen der hybriden Selbstständigkeit einer Person auf ihr Wahlrecht zum Betriebsrat gilt, dass jedenfalls die synchrone Erwerbshybridität weder der Wählbarkeit noch der Wahlberechtigung des Beschäftigten entgegensteht.²¹¹ Denn wahlberechtigt zum Betriebsrat sind gem. § 7 S. 1 BetrVG *alle* Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 BetrVG, die dem Betrieb angehören.²¹² Keine Voraussetzung ist, die in Heimarbeit Beschäftigten ausgenommen, dass Arbeitnehmer in der Hauptsache für den jeweiligen Betrieb arbeiten, auf den Umfang der Betriebszugehörigkeit kommt es nicht an.²¹³ Die

²⁰⁹ Zur Erfassung Soloselbstständiger durch das Betriebsverfassungsrecht *Großmann/Haak*, Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 32 ff.

²¹⁰ *Kottwitz/Otto/Hünefeld*, Belastungsfaktoren, Ressourcen und Beanspruchungen bei Soloselbstständigen und Mehrfachbeschäftigten, S. 36; *Langer/Mauch*, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 60.

²¹¹ Zur seriellen Erwerbshybridität unter I.1.c.

²¹² *ErfK-Koch*, § 7 BetrVG Rn. 1.

²¹³ *ErfK-Koch*, § 7 BetrVG Rn. 2; *DKW-Homburg*, § 7 BetrVG Rn. 11; *Richard-Thüsing*, § 7 BetrVG Rn. 7.

Wählbarkeit setzt zwar eine Betriebszugehörigkeit von sechs Monaten voraus, richtet sich gem. § 8 Abs. 1 BetrVG im Übrigen aber nach der Wahlberechtigung. Insofern spielt der Umfang der Beschäftigung auch in diesem Kontext keine Rolle.²¹⁴ Genauso ändert die hybride Selbstständigkeit einer Person nichts an ihrer Teilhabe an den betrieblichen Mitbestimmungsrechten. Durch den Betriebsrat repräsentiert werden sämtliche Arbeitnehmer i.S.d. BetrVG.²¹⁵ Dementsprechend erfassen auch die Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte alle Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 BetrVG.²¹⁶ Das gilt ebenfalls unabhängig vom Umfang der Beschäftigung bzw. dem Bestehen weiterer Tätigkeiten, sodass Arbeitnehmer, die zugleich selbstständig tätig sind, in gleicher Weise vom Betriebsrat vertreten werden und in die Mitbestimmung einbezogen sind wie klassische Vollzeit Arbeitnehmer.

Gleichwohl ist damit noch nicht gesagt, dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats der hybriden Erwerbstätigkeit nicht auch im Weg stehen können. So stellt sich die Frage, ob Arbeitgeber und Betriebsrat in Betriebsvereinbarungen Nebentätigkeitsverbote vereinbaren können.²¹⁷ Vereinzelt findet sich die Ansicht, Betriebsvereinbarungen könnten vor dem Hintergrund möglicher Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses über § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG²¹⁸ auch Nebentätigkeitsverbote zum Inhalt haben.²¹⁹ Inhaltlich würden für sie die gleichen Grenzen gelten wie für individualvertraglich vereinbarte Einschränkungen.²²⁰ Entscheidend ist jedoch die Reichweite der Regelungskompetenz der Betriebsparteien. Das BAG und weite Teile des Schrifttums gestehen den Betriebsparteien grundsätzlich eine umfassende Regelungskompetenz zu. Danach könnten Gegenstand einer

²¹⁴ DKW-Homburg, § 7 BetrVG Rn. 4.

²¹⁵ Richardi-Maschmann, § 5 BetrVG Rn. 4.

²¹⁶ Vgl. DKW-Klebe, § 87 BetrVG Rn. 51; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 4; Richardi-Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 14.

²¹⁷ Reinfeld, AuA 1994, 41 (42).

²¹⁸ Entsprechende Vorschrift im BPersVG ist § 80 Abs. 1 Nr. 18, die Tatbestände der Länder sind (nahezu) wortgleich.

²¹⁹ Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1466); H/W/G/N/R/H-Worzalla, § 77 BetrVG Rn. 69; wohl auch Reinfeld, AuA 1994, 41 (42).

²²⁰ Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1466).

Betriebsvereinbarung alle materiellen und formellen Arbeitsbedingungen sein. Wie Tarifverträge könnten Betriebsvereinbarungen Regelungen über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie über betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Fragen enthalten, solange nicht der Tarifvorrang aus § 77 Abs. 3 BetrVG oder der Tarif- oder Gesetzesvorbehalt aus § 87 Abs. 1 BetrVG greift.²²¹ Unabhängig davon entspricht es aber allgemeiner Auffassung, dass die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien ihre Grenze in den Individualrechten des einzelnen Arbeitnehmers findet.²²² Die Betriebsparteien verfügen insbesondere nicht über die Kompetenz zur Regelung der privaten, außerbetrieblichen Lebensgestaltung des Arbeitnehmers.²²³ Nebentätigkeiten, die in der arbeitsfreien Zeit ausgeübt werden, sind jedoch zunächst dem Privatbereich und damit der außerbetrieblichen Lebensführung zuzuordnen.²²⁴ Aus diesem Grund können sie in Betriebsvereinbarungen grundsätzlich nicht wirksam verboten werden.²²⁵ Etwas anderes kann allenfalls gelten, wenn die Tätigkeit zu einer ernsthaften und konkreten Beeinträchtigung der betrieblichen Belange führen kann, etwa durch eine Konkurrenztaetigkeit.²²⁶ Derweil können generelle Regelungen für Nebentätigkeiten wie Dokumentationspflichten über § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG getroffen werden.²²⁷

²²¹ BAG, Urt. v. 25.2.2015 – 5 AZR 481/13, NZA 2015, 943 (946); BAG, Urt. v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 (455); BAG, Beschl. v. 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816 (818); DKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 81; HWK-Gaul, § 77 BetrVG Rn. 32; ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 36; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 76 f.; Linsenmaier, RdA 2008, 1 (4); dagegen für eine begrenzte Regelungsbefugnis Richardi-Picker, § 77 BetrVG Rn. 78; Waltermann, RdA 2007, 257 (260 ff.).

²²² Fitting, § 77 BetrVG Rn. 106.

²²³ BAG, Urt. v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 (455); BAG, Beschl. v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166 (168); Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Deinert/Ulber, § 12 Rn. 33; ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 38; Richardi-Picker, § 77 BetrVG Rn. 114; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 107; HWK-Gaul, § 77 BetrVG Rn. 32; Linsenmaier, RdA 2008, 1 (6 f.); zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen GK-BetrVG-Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 375.

²²⁴ BAG, Urt. v. 13.5.2015 – 2 ABR 38/14, NZA 2016, 116 (121).

²²⁵ DKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 82; Richardi-Picker, § 77 BetrVG Rn. 114; GK-BetrVG-Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 379; Preis/Ulber, RdA 2013, 211 (216); vgl. für einen Grenzfall BAG, Beschl. v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166 (168).

²²⁶ Fitting, § 77 BetrVG Rn. 108; Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 321.

²²⁷ DKW-Klebe, § 87 BetrVG Rn. 63; Kort, 2009, S. 477 (490).

b. Tarifvertragsrecht

Zu guter Letzt können sich auch im tarifrechtlichen Kontext Herausforderungen für die synchrone Erwerbshybridität stellen. So können nicht nur Arbeitsverträge, sondern auch Tarifverträge Regelungen enthalten, die eine Nebentätigkeit entweder generell verbieten, oder einen Einwilligungsvorbehalt oder zumindest eine Anzeigepflicht vorsehen.²²⁸ Dabei handelt es sich grundsätzlich um Inhaltsnormen,²²⁹ die entweder den Arbeitnehmer vor Überlastung schützen oder dem Arbeitgeber die Arbeitskraft des Arbeitnehmers erhalten sollen.²³⁰ Anders als bei Betriebsvereinbarungen bestehen hinsichtlich der Zulässigkeit tarifvertraglicher Einschränkungen keine grundsätzlichen Bedenken, weil die Grenzen der Regelungskompetenz weniger eng sind.²³¹ Zwar unterliegt das nicht zu Erwerbszwecken ausgeübte Freizeitverhalten des Arbeitnehmers zunächst nicht der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, bei Kommerzialisierung seiner freien Zeit verlässt der Arbeitnehmer jedoch den reinen Individualbereich und die Regelungskompetenz ist eröffnet.²³² Dennoch setzt die Berufsfreiheit der Beschäftigten auch tarifvertraglichen Verboten Grenzen.²³³

Nicht abschließend geklärt ist allerdings, inwieweit die Tarifvertragsparteien an die Grundrechte gebunden sind. Lange Zeit im Vordergrund stand die Überlegung, dass die tarifliche Normsetzung durch den Koalitionsbeitritt der Mitglieder legitimiert und daher das Ergebnis kollektiv ausgeübter Privatautonomie sei. Eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien sei damit nicht zu vereinbaren, tarifvertragliche Regelungen seien vielmehr nur mittelbar anhand der Grundrechte zu überprüfen.²³⁴ In seiner

²²⁸ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 303; Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1464).

²²⁹ Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 2335.

²³⁰ Wiedemann-Jacobs, Einl. Rn. 473; Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 2333.

²³¹ Vgl. Wank, Nebentätigkeit, Rn. 356.

²³² Wank, Nebentätigkeit, Rn. 305 f.; Pauly, Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis, S. 317 f.

²³³ Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1465).

²³⁴ BAG, Urt. v. 24.5.2023 – 10 AZR 369/20 2024, 469 (498); BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 (738); BAG, Urt. v. 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 (1347); BAG, Urt. v. 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399 (1401); HWK-Henssler, Vor § 1 TVG

Entscheidung vom 11.12.2024 hat das BVerfG nunmehr die Schutzbedürftigkeit der Mitglieder der Tarifvertragsparteien vor der tariflichen Normsetzung betont und daraus eine unmittelbare Bindung der Tarifparteien „jedenfalls“ an Art. 3 Abs. 1 GG gefolgert. Das Gericht verwies darauf, dass die individuelle Freiheit der Koalitionsmitglieder durch die Kollektivierung der Arbeits- und Koalitionsbedingungen nicht nur erweitert, sondern auch gefährdet werden könne, weil das Risiko bestehe, dass einzelne Individualinteressen im Verhandlungsprozess nicht berücksichtigt würden. Zum Schutz vor diesen Freiheitsgefährdungen hätten die Tarifvertragsparteien bei der Tarifnormsetzung jedenfalls den allgemeinen Gleichheitssatz zu achten.²³⁵ Die Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz leitete das Gericht damit unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG ab.²³⁶ Auch wenn sich die Entscheidung nur auf Art. 3 Abs. 1 GG bezieht, dürfte die ihr zugrunde liegende Annahme aber wohl auch auf die übrigen Grundrechte übertragbar sein.²³⁷ Die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB außer Acht gelassen, hätte das grundsätzlich zur Folge, dass durch Tarifvertrag fortan weniger einschneidende Regelungen möglich wären als durch Individualvertrag. Faktisch dürfte sich die Rechtsprechung des BVerfG aber nicht wesentlich auf die bestehenden Grenzen für tarifliche Verbote von Nebentätigkeiten auswirken. Insofern bleibt es dabei, dass die Untersagung einer Mehrfachstätigkeit nur insoweit mit Art. 12 Abs. 1 GG zu vereinbaren ist, wie der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an ihr hat. Das Interesse des Arbeitnehmers an der Ausübung der zusätzlichen Tätigkeit und das Interesse des Arbeitgebers an ihrer Unterlassung sind in einen gerechten Ausgleich zu

Rn. 15; *Dieterich*, in: FS Schaub, 1998, S. 117 (121 ff.); *Jacobs*, RdA 2023, 9 (12 f.); dagegen ging die frühere Rechtsprechung vor dem Hintergrund der sog. Delegationstheorie von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung aus, BAG, 15.1.1955 – 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684 (686); so auch noch BAG, Urt. v. 27.1.2000 – 6 AZR 417/98, NZA-Beilage 2001, 41 (43); ebenfalls für eine unmittelbare Grundrechtsbindung *Löwisch*, SAE 2001, 295 (296 f.); *Söllner*, NZA 1996, 897 (901 f.).

²³⁵ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 (498 f.).

²³⁶ *Zwanziger* 2025, 234 (235).

²³⁷ *Ulber*, NZA 2025, 918 (922); zweifelnd *Spelge*, ZTR 2025, 227 (230).

bringen.²³⁸ Generelle Verbote sind daher nicht mit der Berufsfreiheit zu vereinbaren.²³⁹ Für die Verfassungskonformität eines partiellen Verbots kann dagegen sprechen, dass dessen Zweck darin besteht, den Arbeitnehmer vor übermäßiger Arbeitsbelastung zu schützen oder seine Arbeitskraft zu erhalten.²⁴⁰ Die Anforderungen sind allerdings umso höher, je geringer die Arbeitszeit des Arbeitnehmers ist.²⁴¹ Eine tarifliche Anzeigepflicht bedarf nach Ansicht des BAG ebenfalls einer Rechtfertigung, wobei sich diese wiederum aus der Berufsfreiheit des Arbeitgebers oder der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB ergeben kann.²⁴² Letztlich dürften auch tarifliche Regelungen wie individualvertragliche grundsätzlich so lange unbedenklich sein, wie sie gesetzlichen Vorgaben oder die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht konkretisieren.²⁴³ Tarifliche Einschränkungen können sich schließlich aus tarifvertraglichen Wettbewerbsverboten ergeben.²⁴⁴ Wird ein über den Umfang des § 60 HGB hinausgehendes Verbot vereinbart, kommt es unabhängig von der Rechtsgrundlage aber auch hier auf die Vereinbarkeit mit Art. 12 GG und damit darauf an, ob eine Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers vorliegt.²⁴⁵

Im Übrigen können tarifvertragliche Bestimmungen neben Regelungen, die die Ausübung einer zusätzlichen Tätigkeit ausdrücklich einschränken, auch insofern relevant werden, als die in ihr geregelten Rechte und Pflichten durch die selbstständige Tätigkeit mittelbar berührt werden. So enthalten in der Regel auch Tarifverträge Arbeitszeitregelungen, die eine bestimmte Höchstarbeitszeit

²³⁸ BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NZA 2020, 952 (954); vgl. auch BAG, Urt. v. 24.03.2010 – 10 AZR 66/09, NZA 2010, 693 (695); weitgehender Wiedemann-Jacobs, Einl. Rn. 475.

²³⁹ BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NZA 2020, 952 (954).

²⁴⁰ Wertheimer/Krug, BB 2000, 1462 (1465 f.); zur Einhaltung von Arbeitszeitvorschriften BAG, Urt. v. 26.06.2001 – 9 AZR 343/00, NZA, 98 (99 f.).

²⁴¹ Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 2333.

²⁴² Für die Anzeigepflicht eines Redakteurs BAG, Urt. v. 15.6.2021 – 9 AZR 413/19, NZA 2021, 1780 (1783).

²⁴³ Wank, Nebentätigkeit, Rn. 323.

²⁴⁴ Wiedemann-Jacobs, Einl. Rn. 478 ff.; ein von § 60 HGB abweichendes Wettbewerbsverbot kann auch in Betriebsvereinbarungen geregelt werden, BeckOGK-Ittmann, § 60 HGB Rn. 4 (Stand: 01.01.2026).

²⁴⁵ BAG, Urt. v. 24.03.2010 – 10 AZR 66/09, NZA 2010, 693 (694); BeckOGK-Ittmann, § 60 HGB Rn. 4 (Stand: 01.01.2026); BeckOK ArbR-Hagen, § 60 HGB Rn. 19 (Stand: 01.12.2025).

vorsehen und die durch die zusätzliche selbstständige Tätigkeit zumindest faktisch überschritten werden kann. Letztlich gilt aber auch im tariflichen Kontext, dass eine solche Überschreitung rechtlich nicht erfasst ist, sofern sie sich erst aus dem selbstständigen Teil der hybriden Beschäftigung ergibt.

5. Fazit

Da die arbeitsrechtlichen Schutzmechanismen den selbstständigen Teil der synchronen Erwerbshybridität grundsätzlich nicht erfassen, werden die aus der Gesamtbelastung hybrid Beschäftigter resultierenden Risiken zwar nicht vollständig reguliert. Ein Verstoß gegen rechtliche Vorgaben kommt aber nur in Ausnahmefällen in Betracht. Vereinbarkeitsprobleme können sich darüber hinaus aus der allgemeinen arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht ergeben, nach der der Arbeitnehmer solche zusätzlichen Tätigkeiten zu unterlassen hat, die mit seiner Arbeitspflicht aus dem Arbeitsverhältnis kollidieren. Werden hybrid Selbstständige in der gleichen Branche tätig, in der sie auch als Arbeitnehmer beschäftigt sind und können sie Kenntnisse nutzen, die sie durch ihre Tätigkeit beim Arbeitgeber erlangt haben, wird zudem das Wettbewerbsverbot des § 60 Abs. 1 HGB relevant. Herausforderungen für die synchrone Erwerbshybridität können sich schließlich aus individual- oder tarifvertraglichen Nebentätigkeitsverboten ergeben. Diese sind aber nur insoweit mit Art. 12 Abs. 1 GG zu vereinbaren, als der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Untersagung der Nebentätigkeit hat. In tatsächlicher Hinsicht dürfte im kollektivrechtlichen Bereich außerdem die Kollektivierung hybrid Beschäftigter an sich Schwierigkeiten mit sich bringen. Letztlich besteht das Kernproblem der parallelen Ausübung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit immer in der Vereinbarkeit der Rechte und Pflichten aus der abhängigen Beschäftigung mit der Eigenverantwortung der selbstständigen Tätigkeit. Darin liegt wiederum ein erhöhtes Konfliktpotential hinsichtlich der Interessen des Arbeitgebers auf der einen und der des Beschäftigten auf der anderen Seite. Hinzu kommen unter Umständen noch kollidierende kollektiven Interessen des

Betriebs bzw. der Koalition. Ein Weg, dieses Spannungsfeld aufzulösen kann die Nutzbarmachung der kollektiven Interessenvertretung sein.²⁴⁶

II. Synchrone Erwerbshybridität als Teilzeitbeschäftigung

Regelmäßig wird das parallele Ausüben einer Selbstständigkeit und einer abhängigen Beschäftigung dazu führen, dass das Arbeitsverhältnis in Teilzeit erbracht wird. Das TzBfG soll die Beschäftigung in Teilzeit fördern und die Diskriminierung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern verhindern, § 1 TzBfG. Der Anwendungsbereich des TzBfG erfasst sämtliche Beschäftigungsverhältnisse, die die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses i. S. d. § 611a Abs. 1 BGB erfüllen.²⁴⁷ Die parallel ausgeübte selbstständige Erwerbstätigkeit von Teilzeitbeschäftigten klammert das Gesetz demnach aus. Jedenfalls gilt das Diskriminierungsverbot²⁴⁸ nur für Arbeitnehmer, nicht für Heimarbeiter oder Arbeitnehmerähnliche.²⁴⁹

1. Begriff der Teilzeitbeschäftigung

Teilzeitbeschäftigt ist ein Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 1 S. 1 bis 3 TzBfG, wenn seine regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers.²⁵⁰ Klarstellend regelt der Abs. 2 des § 2 TzBfG zudem, dass auch geringfügig Beschäftigte i. S. d. § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV zu den Teilzeitbeschäftigten zählen. Unerheblich ist nach dieser Definition, um wie viel die Arbeitszeit nach unten hin abweicht.²⁵¹

²⁴⁶ Dazu unter III.

²⁴⁷ Laux/Schlachter-Laux, § 1 TzBfG Rn. 5.

²⁴⁸ Dazu sogleich unter II.2.

²⁴⁹ Preis, SR 2017, 173 (180); Laux/Schlachter-Laux, § 4 TzBfG Rn. 15.

²⁵⁰ Für den Fall, dass eine regelmäßige Wochenarbeitszeit nicht vereinbart ist, gilt gem. § 2 Abs. 1 S. 2 TzBfG ein Arbeitnehmer als teilzeitbeschäftigt, wenn seine regelmäßige Arbeitszeit im Durchschnitt eines bis zu einem Jahr reichenden Beschäftigungszeitraums unter der eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers liegt. Als vergleichbar gilt ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer des Betriebes mit derselben Art des Arbeitsverhältnisses und einer gleichen oder einer ähnlichen Tätigkeit. Für den Fall, dass es im Betrieb keinen vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer gibt, schreibt § 2 Abs. 2 S. 4 TzBfG vor, den vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer auf Grund des anwendbaren Tarifvertrages zu bestimmen und in allen anderen Fällen darauf abzustellen, wer im jeweiligen Wirtschaftszweig üblicherweise als vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer anzusehen ist.

²⁵¹ Deinert, Arbeits- und Sozialordnung, S. 1709.

Außerdem werden alle Formen der Teilzeitarbeit durch das TzBfG erfasst, das heißt, es ist unerheblich, ob die Teilzeitbeschäftigung als Neben- oder Haupttätigkeit erbracht wird.²⁵² Damit sind sämtliche hybrid Erwerbstätige, die in ihrem Arbeitsverhältnis weniger arbeiten als ihre in Vollzeit beschäftigten Kollegen, Teilzeitbeschäftigte i. S. d. TzBfG.

2. Tatbestand und Zielrichtung des § 4 Abs. 1 TzBfG

Zentrale Schutzvorschrift für Teilzeitbeschäftigte ist § 4 Abs. 1 TzBfG. Sie dürfen gem. § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG nicht schlechter behandelt werden als vergleichbare Vollzeitbeschäftigte.²⁵³ Das Diskriminierungsverbot erfasst unabdingbar alle individuellen und kollektiven arbeitsrechtlichen Regelungen sowie sämtliche Arbeitsbedingungen.²⁵⁴ Im Hinblick auf das Arbeitsentgelt und sonstige geldwerte Leistungen ist in § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG ein spezielles Benachteiligungsverbot geregelt.²⁵⁵ § 4 Abs. 1 TzBfG gilt unabhängig von der Beschäftigungsdauer des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers und differenziert ebenso wenig nach der Größe des Beschäftigungsbetriebs oder -unternehmens.²⁵⁶ Überdies gilt § 4 Abs. 1 TzBfG nicht für die Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten untereinander und verbietet auch keine Besserstellung eines Teilzeitbeschäftigten gegenüber einem Vollzeitbeschäftigten.²⁵⁷

a. Ungleichbehandlung wegen Teilzeitarbeit

Beruft sich ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer auf das Verbot des § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG, so muss er geltend machen können, schlechter behandelt worden zu sein als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer.²⁵⁸ Eine

²⁵² Laux/Schlachter-Laux, § 2 TzBfG Rn. 11.

²⁵³ *Deinert*, Arbeits- und Sozialordnung, S. 1709.

²⁵⁴ BAG, Urt. v. 16.01.2003 – 6 AZR 222/01, NZA, 971 (972); BAG, Urt. v. 26.09.2001 – 10 AZR 714/00, AP TzBfG § 4 Nr. 1; LAG Köln, 31.03.2006 – 11 Sa 1637/05, AuR 2006, 330 (334); BAG, Urt. v. 25.04.2007 – 6 AZR 746/06, NZA, 881; BAG, Urt. v. 05.12.2024 – 8 AZR 370/20, NZA, 431; Laux/Schlachter-Laux, § 4 TzBfG Rn. 19; BeckOK ArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 2 ff. (Stand: 01.12.2025).

²⁵⁵ HK-TzBfG-Joussen, § 4 TzBfG Rn. 46.

²⁵⁶ BeckOK ArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 1 (Stand: 01.12.2025).

²⁵⁷ BeckOK ArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 7 (Stand: 01.12.2025); Schaub ArbR-HdB-Linck, § 43 Rn. 30.

²⁵⁸ HK-TzBfG-Joussen, § 4 TzBfG Rn. 17; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 4 TzBfG Rn. 18.

Schlechterbehandlung liegt vor, wenn dem Teilzeitbeschäftigten eine bestimmte Vergünstigung oder ein bestimmter Anspruch verwehrt wird, die einem vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten zukommt.²⁵⁹ Damit erfasst das Gleichbehandlungsgebot des § 4 Abs. 1 TzBfG sämtliches rechtserhebliches Verhalten des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern,²⁶⁰ wie beispielsweise die Gewährung von Urlaubsansprüchen, die Dauer und die Lage der Arbeitszeit, Beförderungschancen oder Kündigungsfristen.²⁶¹ Entscheidend dafür, ob die „Behandlung“ schlechter ist, ist die allgemeine Verkehrsanschauung.²⁶²

Das Benachteiligungsverbot wird am häufigsten im Zusammenhang mit Vergütungsfragen geltend gemacht.²⁶³ Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG ist stets, dass Leistungen gegenüber den Arbeitnehmern eines Betriebs nach bestimmten Voraussetzungen oder einem bestimmten Zweck gewährt werden.²⁶⁴ Aber auch, wenn ein Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer besserstellt, kann er sich nicht darauf berufen, dass der besser bezahlte Arbeitnehmer im Rahmen von individuellen Vertragsverhandlungen ein höheres Entgelt aushandeln konnte. Denn in diesem Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Geschlecht mitursächlich für die Vereinbarung des höheren Entgelts war.²⁶⁵ Dies hat das BAG im Zusammenhang mit der Beweislastregelung des § 22 AGG entschieden, die Aussagen des Gerichts sind aber auf die vorliegende Konstellation übertragbar. Dies gilt insbesondere, weil § 4 Abs. 1 TzBfG gerade auch die mittelbare Diskriminierung

²⁵⁹ HK-TzBfG-Joussen, § 4 TzBfG Rn. 17.

²⁶⁰ BAG, Urt. v. 15.04.2003 – 9 AZR 548/01, NZA 2004, 494 (495).

²⁶¹ BeckOK ArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 5 (Stand: 01.12.2025).

²⁶² HK-TzBfG-Joussen, § 4 TzBfG Rn. 17; Laux/Schlachter-Laux, § 4 TzBfG Rn. 23.

²⁶³ BeckOK ArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 5 (Stand: 01.12.2025), 12; MüKoBGB-Müller-Glöge, § 4 TzBfG Rn. 23.

²⁶⁴ MüKoBGB-Müller-Glöge, § 4 TzBfG Rn. 18.

²⁶⁵ BAG, Urt. v. 16.02.2023 – 8 AZR 450/21, NZA 2023, 958 (963 f.) Rn. 51 ff.; Der Arbeitgeber kann im Einzelfall aber nachweisen, dass eine höhere Vergütung etwa aufgrund von Personalgewinnungsschwierigkeiten erforderlich war: Rn. 51 f., 61.; Deinert, Arbeits- und Sozialordnung, S. 83; a.A. MüKoBGB-Müller-Glöge, § 4 TzBfG Rn. 18; zur sachlichen Rechtfertigung i.Ü. sogleich unter b.

aufgrund des Geschlechts verhindern soll.²⁶⁶ Werden Leistungen nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, ist der Gleichbehandlungsgrundsatz ohnehin anwendbar.²⁶⁷ Neben der Grundvergütung werden von § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG alle Zulagen und Zuwendungen erfasst.²⁶⁸ Insofern sind etwa das Weihnachtsgeld,²⁶⁹ die Betriebliche Altersversorgung²⁷⁰ oder das Urlaubsgeld²⁷¹ arbeitszeitanteilig zu gewähren.²⁷²

Die Ungleichbehandlung geht kausal auf die Teilzeit zurück, wenn die Dauer der Arbeitszeit das Kriterium darstellt, an das die unterschiedliche Behandlung bei den Arbeitsbedingungen anknüpft.²⁷³ Insofern besteht keine Ungleichbehandlung i. S. d. § 4 Abs. 1 TzBfG, wenn Umstände ohne Bezug zur Dauer der Arbeitszeit ausschlaggebend sind und lediglich mit der Teilzeitbeschäftigung korrelieren.²⁷⁴

Auch Tarifverträge müssen sich an dem Verbot des § 4 Abs. 1 TzBfG messen lassen. Das Benachteiligungsverbot steht gem. § 22 TzBfG nicht zur Disposition

²⁶⁶ *ErfK-Preis*, § 4 TzBfG Rn. 4 Dogmatisch gesehen ist § 4 TzBfG *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

²⁶⁷ BAG, Urt. v. 22.8.1984 – 5 AZR 539/81, NJW 1986, 2904; BAG, Urt. v. 12.01.1994 – 5 AZR 6/93, NZA 1994, 993 (994); BAG, Urt. v. 25.04.2001 – 5 AZR 368/99, NZA 2002, 1211 (1212).

²⁶⁸ *MüKoBGB-Müller-Glöge*, § 4 TzBfG Rn. 23.

²⁶⁹ BAG, Urt. v. 06.12.1990 – 6 AZR 159/89, NZA 1991, 350; BAG, Urt. v. 17.06.2015 – 10 AZR 187/14, NZA-RR 2015, 530.

²⁷⁰ BAG, Urt. v. 12.03.1996 – 3 AZR 993/94, NZA 1996, 939 - Leitsätze; vgl. auch EuGH, Urt. v. 13.05.1986 – C-170/84 (*Bilka-Kaufhaus*), Leitsätze.

²⁷¹ BAG, Urt. v. 15.11.1990 – 8 AZR 283/89, NZA 1991, 346; BAG, Urt. v. 23.04.1996 – 9 AZR 696/94, NZA 1997, 160; BAG, Urt. v. 15.04.2003 – 9 AZR 548/01, NZA 2004, 494 (495).

²⁷² *BeckOK ArbR-Bayreuther*, § 4 TzBfG Rn. 13 (Stand: 01.12.2025); BAG, Urt. v. 24.05.2000 – 10 AZR 629/99, NZA, 216 - eine Ungleichbehandlung liegt auch dann vor, wenn Zuwendungen bei Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten in gleicher Weise um einen absoluten Betrag gekürzt werden, weil dies zu einer Verschlechterung des Wertes der Teilzeittätigkeit im Verhältnis zur Vollzeittätigkeit führt; *Laux/Schlachter-Laux*, § 4 TzBfG Rn. 25; *MüKoBGB-Müller-Glöge*, § 4 TzBfG Rn. 19.

²⁷³ BAG, Urt. v. 29.01.1992 – 5 AZR 518/90, NZA 1992, 1037 (1039); BAG, 19.10.2010 – 6 AZR 305/09, NZA-RR, 159 (161), Rn. 18; BAG, Urt. v. 16.01.2003 – 6 AZR 222/01, NZA, 971 (972).

²⁷⁴ *MüKoBGB-Müller-Glöge*, § 4 TzBfG Rn. 31; *BeckOGK-Fischels*, § 4 TzBfG Rn. 27 (Stand: 01.12.2025); *BeckOK ArbR-Bayreuther*, § 4 TzBfG Rn. 9 (Stand: 01.12.2025).

der Tarifpartner.²⁷⁵ Häufig verstößt eine tarifliche Regelung nicht gegen das Verbot des § 4 Abs. 1 TzBfG, weil sie unmittelbar schlechtere Bedingungen für teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer regelt, sondern weil bestimmte Personengruppen sachgrundlos aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags ausgenommen sind und aus diesem Grund keinen Anspruch auf die tariflichen Leistungen haben.²⁷⁶ Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass den Tarifpartnern beim Abschluss von Tarifverträgen über die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie²⁷⁷ eine Einschätzungsprärogative zukommt.²⁷⁸ Sie dürfen die Grenzen ihres Regelungsbereichs eigenverantwortlich festlegen und insoweit grundsätzlich auch entscheiden, bestimmte Bereiche nicht zu regeln.²⁷⁹ Indessen führt die Tarifautonomie nicht dazu, dass Tarifnormen über dem Gesetz stehen.²⁸⁰ Anders gewendet, wird die Tarifautonomie durch den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, an den die Tarifvertragsparteien gebunden sind, begrenzt.²⁸¹ Je nach Regelungsgegenstand und den Rechtsfolgen der in Frage stehenden Norm kann die Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien nach neuerer Rechtsprechung des BVerfG enger oder weiter gefasst sein.²⁸² Im Kernbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Art. 9 Abs. 3 GG) ist die

²⁷⁵ BAG, Urt. v. 21.02.2013 – 6 AZR 524/11, NZA, 625 (627), Rn. 23; BAG, Urt. v. 10.02.2015 – 9 AZR 53/14, NZA 2015, 1005 (1006), Rn. 16; BAG, Urt. v. 19.12.2018 – 10 AZR 231/18, NZA, 790 (794), Rn. 47; BAG, Urt. v. 22.10.2019 – 9 AZR 71/19, NZA, 255 (257), Rn. 22.

²⁷⁶ Schaub ArbR-HdB-Linck, § 43 Rn. 22; Wiedemann, RdA 2005, 193 (198); BeckOK ArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 3 (Stand: 01.12.2025).

²⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 (96); BVerfG, Beschl. v. 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 u. 259/66, BVerfGE 38, 281 (305); BVerfG, Beschl. v. 24.04.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268 (283); BVerfG, Beschl. v. 03.04.2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293 (304).

²⁷⁸ Seit BAG, Urt. v. 27.01.2011 – 6 AZR 578/09, NJOZ 2011, 1627 (1631), Rn. 45.

²⁷⁹ So zuletzt etwa BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 (500 f.), Rn. 160 ff.; vgl. nur BAG, Urt. v. 09.12.2020 – 10 AZR 335/20, BeckRS 2020, 45444 Rn. 41; BAG, Urt. v. 23.07.2019 – 9 AZR 372/18, NZA 2019, 1588 1588-189; BeckOK ArbR-Bayreuther, § 4 TzBfG Rn. 3 (Stand: 01.12.2025); HK-TzBfG-Joussen, § 4 TzBfG Rn. 62; Schaub ArbR-HdB-Linck, § 43 Rn. 22.

²⁸⁰ Spelge, NZA 2025, 288 (288).

²⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 (500), Rn. 155; BAG, Beschl. v. 26.02.2025 – 4 ABR 21/24, NZA 2025, 1001 (1004), Rn. 32; ähnlich Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Deinert, § 11 Rn. 164.

²⁸² BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 (500 f.), Rn. 160 f.; Ulber, NZA 2025, 449 (450); zu den Auswirkungen der Rechtsprechung des BVerfG auf die Prüfung unionsrechtlich überformter Tarifnormen Spelge, ZTR 2025, 227 (240 f.).

gerichtliche Überprüfung grundsätzlich auf eine Willkürkontrolle beschränkt.²⁸³ In zwei Fällen reicht die Willkürkontrolle dagegen nicht aus, konkret wenn nach personenbezogenen Merkmalen differenziert wird oder wenn eine Benachteiligung von Minderheiten droht oder andere spezifische Gruppeninteressen systematisch vernachlässigt wurden.²⁸⁴ Teil des zweiten Falls dürften als eine Gruppe mit spezifischen Interessen auch Teilzeitbeschäftigte sein.²⁸⁵ Das BVerfG hat offengelassen, welche gerichtliche Kontrolle in diesen beiden Fallgruppen gilt. Damit kann in diesen Fällen nur der bisherige stufenlose, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Prüfungsmaßstab für die Kontrolle von Tarifnormen gelten.²⁸⁶

b. Keine Rechtfertigung aus sachlichem Grund

Ist die Ungleichbehandlung aus einem sachlichen Grund gerechtfertigt, schließt dies die Annahme einer Diskriminierung aus, § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG.

aa. Allgemeines

Dabei ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz, welche sachlichen Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Nach dem BAG kann eine Ungleichbehandlung nur gerechtfertigt sein, wenn sich ihr Grund aus dem Verhältnis von Leistungszweck und Umfang der Teilzeitarbeit ergibt. Insofern besteht ein sachlicher Grund, wenn aus dem Leistungszweck Gründe folgen, aufgrund derer dem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer die Leistung auch nicht

²⁸³ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 (501), Rn. 163 ff.; BAG, Beschl. v. 26.02.2025 – 4 ABR 21/24, NZA 2025, 1001 (1005), Rn. 34; *Ulber*, NZA 2025, 449 (450).

²⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 (501), Rn. 161, 163.

²⁸⁵ *Spelge*, ZTR 2025, 227 (234 f.).

²⁸⁶ *Spelge*, ZTR 2025, 227 (235), Inhalt und Grenzen dieses Prüfungsmaßstabs lassen sich nicht abstrakt, sondern nur einzelfallbezogen bestimmen. Je nach Regelungsgegenstand und Art der Differenzierung reicht er bis hin zu einer strengen Bindung der Tarifvertragsparteien an Verhältnismäßigkeitserfordernisse: S. 232; vgl. dazu nur BAG, Urt. v. 09.07.2024 – 9 AZR 296/20, NZA, 1513 (1516), Rn. 26.

anteilig zu gewähren ist.²⁸⁷ Im Ergebnis muss abhängig vom Einzelfall geprüft werden, ob ein sachlicher Grund vorliegt.²⁸⁸ Mögliche Differenzierungsgründe sind etwa verschiedene Qualifikationen von Mitarbeitern, die Arbeitsleistung, Berufserfahrung oder unterschiedliche Arbeitsplatzanforderungen.²⁸⁹ Keinen Rechtfertigungsgrund stellen demgegenüber das unternehmerische Interesse des Arbeitgebers an der Vermeidung von Teilzeit, das Argument einer besseren Planbarkeit des Einsatzes von Vollzeitkräften oder das unterschiedliche Arbeitspensum von Vollzeit- und Arbeitskräften dar.²⁹⁰

bb. Ungleichbehandlung wegen Nebentätigkeit ist unzulässig

Jedenfalls darf ein Teilzeitbeschäftigter nicht mit der Begründung von Leistungen des Arbeitgebers ausgeschlossen werden, er sei nicht auf das volle Entgelt angewiesen, weil er noch aus einer anderen Tätigkeit vergütet werde und die Teilzeitbeschäftigung nebenberuflich ausübe.²⁹¹ Werden hybrid Selbstständige im Rahmen ihrer Tätigkeit als teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer gegenüber ihren vollzeitbeschäftigten Kollegen ungleich behandelt, kann der Arbeitgeber diese Behandlung also nicht mit der parallel ausgeübten Selbstständigkeit der betreffenden Person begründen. Bei der Nebenberuflichkeit handelt es sich um ein Kriterium, das nicht mit dem Zweck der Entgeltregelung in Verbindung steht:

²⁸⁷ BAG, Urt. v. 15.11.1990 – 8 AZR 283/89, NZA 1991, 346 (347 f.); BAG, Urt. v. 24.09.2003 – 10 AZR 675/02, NZA, 611 (613); teilweise nimmt das BAG auch an, dass Rechtfertigungsgründe vorliegen, wenn das gewählte Mittel einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dient und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist und folgt hierin der Rechtsprechung des EuGH: BAG, Urt. v. 14.10.1986 – 3 AZR 66/83, NZA, 445 (447); EuGH, Urt. v. 13.05.1986 – C-170/84 (*Bilka-Kaufhaus*) 2. Ls.; EuGH, Urt. v. 26.06.2001 – C-381/99 (*Brunnhöfer*) Rn 30; HK-TzBfG-Joussen, § 4 TzBfG Rn. 34; BAG, Urt. v. 19.12.2018 – 10 AZR 231/18, NZA, 790 (795).

²⁸⁸ Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Mayer, § 121 Rn. 66.

²⁸⁹ BAG, 22.08.1990 – 5 AZR 543/89, NZA 1991, 107 (107); s. auch BAG, Urt. v. 15.11.1990 – 8 AZR 283/89, NZA 1991, 346 (347); BAG, Urt. v. 28.07.1992 – 3 AZR 173/92, NZA 1993, 215 (216); BAG, Urt. v. 25.10.1994 – 3 AZR 149/94, NZA, 730 (732); BAG, Urt. v. 15.10.2003 – 4 AZR 606/02, NZA 2004, 551 (553); Arnold/Gräfl, TzBfG-Rambach, § 4 TzBfG Rn. 22.

²⁹⁰ EuGH, Urt. v. 13.05.1986 – C-170/84 (*Bilka-Kaufhaus*) Rn 33; BAG, Urt. v. 14.10.1986 – 3 AZR 66/83, NZA, 445 (447); BAG, Urt. v. 25.10.1994 – 3 AZR 149/94, NZA, 730; BAG, Urt. v. 18.01.2023 – 5 AZR 108/22, NZA, 570 (572), Rn. 29 ff.

²⁹¹ BAG, Urt. v. 01.11.1995 – 5 AZR 880/94, NZA 1996, 816 (818); BAG, Urt. v. 01.11.1995 – 5 AZR 84/94, NZA, 813 (816); Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Mayer, § 121 Rn. 64; so aber noch BAG, 22.08.1990 – 5 AZR 543/89, NZA 1991, 107 (107); BAG, Urt. v. 06.12.1990 – 6 AZR 159/89, NZA 1991, 350 (351).

Der Wert der Arbeitsleistung verändert sich nicht durch die soziale Lage des Arbeitnehmers.²⁹²

cc. Problematik im Zusammenhang mit Überstundenzuschlägen

Eine Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten liegt nach neuerer Rechtsprechung des EuGH auch dann vor, wenn Überstunden ab einer für Teil- und Vollzeitarbeitskräfte einheitlichen Auslösegrenze vergütet werden, weil Teilzeitarbeitskräfte diese Auslösegrenze entweder nicht oder mit einer deutlich geringeren Wahrscheinlichkeit als Vollzeitarbeitskräfte erreichen können.²⁹³ Für die Frage, ob eine solche Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist, kommt es auf den Zweck an, der mit der höheren Überstundenvergütung verfolgt wird. Eine Überstundenregelung, die Teilzeitkräfte benachteiligt, stellt keine sachliche Rechtfertigung dar, wenn sie nur honorieren soll, dass der Arbeitnehmer ohne Freizeitausgleich arbeitet und insofern planwidrig keine Möglichkeit hat, über seine freie Zeit zu verfügen, weil diese Einschränkung Teil- und Vollzeitbeschäftigte gleichermaßen betrifft.²⁹⁴ Auch das Ziel, den Arbeitgeber von der Anordnung von Überstunden abzuhalten, stellt keinen sachlichen Grund dar, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte.²⁹⁵ Angenommen wird allerdings, dass eine Ungleichbehandlung durch die Anknüpfung an eine bestimmte Arbeitsbelastung gerechtfertigt werden kann.²⁹⁶ Dahinter steckt der Gedanke, dass eine Arbeit ab einer bestimmten Dauer schwerer fällt, die tarifliche Regelung muss dann dazu dienen, diese Belastung auszugleichen.²⁹⁷ Geht ein Arbeitnehmer neben seiner Beschäftigung im Arbeitsverhältnis auch einer selbstständigen Tätigkeit nach, wird er die Auslösegrenze des

²⁹² Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Mayer, § 121 Rn. 64.

²⁹³ EuGH, Urt. v. 19.10.2023 – C-660/20 (*Lufthansa City Line*) Rn 47 ff.; EuGH, Urt. v. 29.07.2024 – C-184/22 (*KfH*) Rn. 41; Dvořák, DRdA 2025, 196 (199).

²⁹⁴ BAG, Urt. v. 19.12.2018 – 10 AZR 231/18, NZA, 790 (795 f.).

²⁹⁵ BAG, Urt. v. 05.12.2024 – 8 AZR 370/20, NZA 2025, 431 (436), Rn. 47; EuGH, Urt. v. 29.07.2024 – C-184/22 (*KfH*) Rn. 49.

²⁹⁶ Thüsing/Mathy, SR 2019, 292 (299).

²⁹⁷ BAG, Urt. v. 21.11.1991 – 6 AZR 551/89, NZA 1992, 545 (548); BAG, Urt. v. 20.06.1995 – 3 AZR 684/93, NZA, 600 (602); Thüsing/Mathy, SR 2019, 292 (299); Mehrens/Breucker, NZA 2025, 455 (459).

Überstundenzuschlags in seinem Arbeitsverhältnis deutlich seltener erreichen, als Vollzeitkräfte. Weil hybrid Erwerbstätige neben dem Arbeitsverhältnis auch im Rahmen ihrer Selbstständigkeit gefordert sind, belastet sie die Arbeit, die über das normal Geschuldete hinausgeht, aber potenziell früher, als in einer Auslösegrenze vorgesehen, die allein auf die Arbeitsbelastung beim Arbeitgeber abstellt. Hier kann man zwar argumentieren, dass der Arbeitgeber auch nur ausgleichen muss, was für den Arbeitnehmer innerhalb der vertraglichen Beziehung zum Arbeitgeber belastend wirkt. Dieser Gedanke steht aber einer Regelung nicht entgegen, die durch den Überstundenzuschlag die individuelle Belastung adressiert. Aus der Perspektive des Arbeitnehmers entsteht sie immer dann, wenn er über das vertraglich Geschuldete hinaus leisten muss. Mit entsprechenden Regelungen trägt man den Rahmenbedingungen der Teilzeitarbeit besser Rechnung, die oftmals darin liegen, dass die Teilzeitbeschäftigten neben dem Arbeitsverhältnis noch anderweitigen Belastungen ausgesetzt sind,²⁹⁸ wie eben z. B. einer parallelen beruflichen Tätigkeit als Selbstständiger.

c. Rechtsfolgen von unzulässiger Ungleichbehandlung

Verstößt eine Maßnahme des Arbeitgebers gegen das Verbot des § 4 Abs. 1 TzBfG, ist sie gem. § 134 BGB nichtig.²⁹⁹ Eine benachteiligende Regelung in einem Tarifvertrag führt zu dessen Teilnichtigkeit.³⁰⁰ § 4 Abs. 1 TzBfG selbst ordnet als Rechtsfolge das Verbot der Benachteiligung an, wodurch ein Verhalten des Arbeitgebers, das eine schlechtere Behandlung des Teilzeitbeschäftigten nach sich zieht, zu unterbleiben hat.³⁰¹ Ein Teilzeitbeschäftigter, der von einer Leistung ausgeschlossen wurde, hat zudem

²⁹⁸ EuGH, Urt. v. 19.10.2023 – C-660/20 (*Lufthansa City Line*) Rn. 63; *Dvořák*, DRdA 2025, 196 (200).

²⁹⁹ BAG, Urt. v. 24.09.2008 – 6 AZR 657/07, NZA-RR 2009, 221 (224); *MüKoBGB-Müller-Glöge*, § 4 TzBfG Rn. 51.

³⁰⁰ BAG, Urt. v. 21.04.1999 – 5 AZR 200/98, NZA 1999, 939 (942); BAG, Urt. v. 24.09.2008 – 6 AZR 657/07, NZA-RR 2009, 221 (222); *MüKoBGB-Müller-Glöge*, § 4 TzBfG Rn. 51.

³⁰¹ Schaub *ArbR-HdB-Linck*, § 43 Rn. 40.

einen Anspruch darauf, dass diese ihm – ggfs. zeitanteilig – gewährt wird.³⁰² Wenn dem Teilzeitbeschäftigten ohne sachliche Rechtfertigung eine unteilbare Leistung vorenthalten wird, wie beispielsweise der Zugang zu Sozialeinrichtungen des Arbeitgebers oder die Ermöglichung, die Kinder in die Kindertagesstätte zu schicken, kann die Leistung naturgemäß nicht zeitanteilig gewährt werden. In diesen Fällen ist dem Teilzeitbeschäftigten in der Regel die gesamte Leistung zu gewähren.³⁰³ Wird die Unwirksamkeit einer Tarifnorm aufgrund von unzulässigen Ungleichbehandlungen gerichtlich festgestellt, haben die Tarifvertragsparteien nach neuerer Rechtsprechung des BVerfG die „primäre Korrekturkompetenz“ für die Tarifnorm, sofern es mehrere Möglichkeiten gibt, die Ungleichbehandlung zu beseitigen.³⁰⁴ In diesen Fällen müssen die Gerichte den Tarifpartnern die Chance zur Beseitigung eines Gleichheitsverstößes im Tarifvertrag geben und dürfen nicht selbst sofort eine Rechtsfolge für die gleichheitswidrige Norm setzen.³⁰⁵ Der zuvor allgemein praktizierten „Anpassung nach oben“ im Fall von Gleichheitsverstößen durch Tarifnormen hat das BVerfG im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 GG eine Absage erteilt.³⁰⁶ Noch ungeklärt ist, ob diese Rechtsprechung auf Ungleichbehandlungen in Individualverträgen übertragbar ist. Beachtlich ist aber in jedem Fall, dass die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG keine unmittelbaren Auswirkungen auf unionsrechtlich überformte Sachverhalte hat. In diesen Fällen bleibt es mit der Rechtsprechung des EuGH vielmehr bei der „Anpassung nach oben“.³⁰⁷ Schließlich hat der betroffene Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber

³⁰² BAG, Urt. v. 22.10.2019 – 9 AZR 71/19, NZA, 255 (259 f.), Rn. 39; HK-TzBfG-Joussen, § 4 TzBfG Rn. 63.

³⁰³ HK-TzBfG-Joussen, § 4 TzBfG Rn. 63.

³⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, 1 BvR 1422/23, NZA 2025, 492 (505), Rn. 195, 199 f.; Ulber, NZA 2025, 449 (453).

³⁰⁵ Spelge, ZTR 2025, 227 (237).

³⁰⁶ Spelge, ZTR 2025, 227 (237); zur Rechtsprechung des BAG: BAG, Urt. v. 18.12.2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 (396), Rn. 37. Hier noch mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG; unter Einbezug der Argumentation des EuGH BAG, Urt. v. 09.12.2020 – 10 AZR 335/20, BeckRS 2020, 45444, Rn 88 ff.; BAG, Urt. v. 22.3.2023 – 10 AZR 499/20, NZA 2023, 989 (997 f.), Rn. 74 ff.

³⁰⁷ Spelge, ZTR 2025, 227 (241); Gallner, NZA 2025, 877 (880).

grundsätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz, weil § 4 Abs. 1 TzBfG ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ist.³⁰⁸

3. Zwischenfazit

Die zeitlich parallele Ausübung einer Selbstständigkeit und einer Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis führt regelmäßig dazu, dass das Arbeitsverhältnis in Teilzeit ausgeübt wird. Das TzBfG soll Teilzeitkräfte vor Benachteiligungen schützen und ordnet in § 4 Abs. 1 die Unzulässigkeit sachlich nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlungen an. Eine Ungleichbehandlung kann durch jedes rechtserhebliche Verhalten des Arbeitgebers hervorgerufen werden, das die Teilzeitkraft gegenüber Vollzeitarbeitnehmern benachteiligt. § 4 Abs. 1 TzBfG gilt auch für Vereinbarungen in Tarifverträgen. Besonders relevant für hybrid Erwerbstätige ist im Zusammenhang mit § 4 Abs. 1 TzBfG, dass eine Ungleichbehandlung nicht mit einer anderweitig neben dem Arbeitsverhältnis erfolgenden Tätigkeit gerechtfertigt werden kann. Einheitliche Auslösegrenzen für Überstundenzuschläge sind ebenfalls unzulässig. Sinnvollerweise sollten Zuschläge an die individuelle Belastung von Arbeitnehmern anknüpfen, weil so auch die parallel selbstständig ausgeübten Tätigkeiten von Arbeitnehmern berücksichtigt werden. Verstößt eine Maßnahme des Arbeitgebers gegen das Verbot des § 4 TzBfG, ist diese unzulässig. Der Verstoß zieht eine „Anpassung nach oben“ nach sich.

III. Adäquate Berücksichtigung bei der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger

Nachdem der arbeitsrechtliche Rahmen synchroner Erwerbshybridität herausgearbeitet wurde, stellt sich die Frage, inwiefern den mit dieser Erwerbssituation einhergehenden Herausforderungen im Wege der kollektiven Interessenvertretung begegnet werden kann. Zu klären ist zum einen, inwieweit eine adäquate Berücksichtigung auf betrieblicher Ebene möglich ist, zum

³⁰⁸ BAG, Urt. v. 24.10.2001 – 5 AZR 32/00, NZA 2002, 209 (210); Schaub ArbR-HdB-Linck, § 43 Rn. 39.

anderen, wie die Tarifvertragsparteien den besonderen Interessenlagen Rechnung tragen können.

Vorab ist jedoch einmal mehr zu betonen, dass die Nutzbarmachung der kollektiven Schutzrechte nur einer von mehreren möglichen Lösungsansätzen ist. Bei manchen Problemlagen erweist sich das kollektive Arbeitsrecht zudem schon nicht als der richtige Ansatzpunkt. Das gilt etwa für die finanzielle Absicherung von selbstständigen Müttern. Dass eine Schwangerschaft für selbstständige Frauen oftmals ein finanzielles Risiko bedeutet, insbesondere weil nur freiwillig gesetzlich krankenversicherte Selbstständige, denen Krankengeld zusteht, auch Anspruch auf Mutterschaftsgeld haben,³⁰⁹ ist weniger eine Frage der betrieblichen oder überbetrieblichen Interessenvertretung als der Sozialgesetzgebung. In anderen Bereichen ist wiederum keine Indikation für spezifische Regelungsbedarfe ersichtlich, weil die entsprechenden Regelungen der Ausübung synchroner Erwerbshybridität nur in einzelnen Fällen entgegenstehen. Das betrifft insbesondere die Wettbewerbsverbote, die bei Konkurrenztaetigkeit im Handelszweig des Arbeitgebers greifen, dann aber durch die Kollision mit dessen Interessen gerechtfertigt sind.³¹⁰ Genauso ist der Umstand, dass die Fortführung der Selbstständigkeit während der Arbeitsunfähigkeit nicht zulässig ist, wenn die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung beeinträchtigt wird, einerseits durch das Interesse des Arbeitgebers an der Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung, andererseits durch den Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers gerechtfertigt.

1. Betriebliche Ebene

Auf der betrieblichen Ebene kommen verschiedene Ansatzpunkte für eine Berücksichtigung der spezifischen Interessen hybrid Erwerbstätiger in Betracht.

³⁰⁹ Dazu unter I.1.d.aa.

³¹⁰ Dazu unter I.2.b.

a. Mitbestimmungsrechte

So stellt sich zunächst die Frage, inwieweit die existierenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats genutzt werden und insbesondere durch Betriebsvereinbarungen Regelungen zugunsten der hybrid Beschäftigten getroffen werden können.

aa. Vorab: Regelungskompetenz der Betriebsparteien

Voraussetzung für etwaige Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung ist in jedem Fall, dass diese von der Regelungskompetenz der Betriebsparteien gedeckt sind.

In sachlicher Hinsicht wird den Betriebsparteien, wie gezeigt, überwiegend eine umfassende Kompetenz zur Regelung formeller und materieller Arbeitsbedingungen zugestanden. Überschritten ist die Regelungsbefugnis nach allgemeiner Ansicht indes bei der Regelung der privaten, außerbetrieblichen Lebensgestaltung, weshalb auch Nebentätigkeitsverbote, die in den privaten Bereich des Arbeitnehmers eingreifen, grundsätzlich unzulässig sind.³¹¹ Erwogen werden im Folgenden aber ohnehin nur Regelungen, die die Ausübung synchroner Erwerbshybridität zugunsten des Beschäftigten unterstützen und dabei an die Arbeitnehmer-Tätigkeit anknüpfen, nicht solche die in den Individualbereich des Arbeitnehmers eingreifen. Zu beachten ist jedoch, dass eine Betriebsvereinbarung nur möglich ist, solange nicht der Tarifvorrang aus § 77 Abs. 3 BetrVG oder der Gesetzes- und Tarifvorbehalt aus § 87 Abs. 1 BetrVG greift.³¹²

In personeller Hinsicht erfasst die Betriebsautonomie die Arbeitnehmer i. S. d. BetrVG, das heißt in erster Linie Arbeiter und Angestellte sowie in Heimarbeit Beschäftigte, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten,

³¹¹ Dazu bereits unter I.4.a.

³¹² § 77 Abs. 3 BetrVG greift bei freiwilligen Betriebsvereinbarungen, für Betriebsvereinbarungen in Angelegenheiten, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind, gilt nach der sog. Vorrangtheorie nur die Regelungssperre des § 87 Abs. 1 BetrVG, dazu Fitting, § 77 BetrVG Rn. 191 ff.; für Dienstvereinbarungen gilt im Bundespersonalvertretungsrecht § 63 Abs. 1 S. 1 und 2 BPersVG, für vergleichbare Bestimmungen in den LPersVG Altwater-Berg, § 77 BPersVG Rn. 51.

§ 5 Abs. 1 BetrVG.³¹³ Eine Ausweitung des persönlichen Geltungsbereichs der Betriebsvereinbarung ist nicht zulässig, weil damit die Reichweite der Regelungsbefugnis überschritten würde.³¹⁴ Auf Grundlage des geltenden Rechts muss eine potenzielle betriebliche Regelung also immer von der abhängigen Beschäftigung ausgehen, in Heimarbeit Beschäftigte eingeschlossen. Größerer Spielraum bestünde allenfalls bei einer Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs des BetrVG auf sämtliche arbeitnehmerähnliche Personen.³¹⁵ Diskutiert wird darüber hinaus, ob den Betriebsparteien in bestimmten Fällen auch eine Kompetenz zur Regelung von Rechtsverhältnissen Dritter zukommt. Doch selbst diejenigen, die einen solchen erweiterten persönlichen Geltungsbereich annehmen, erstrecken diesen nur auf Regelungen, die einen hinreichenden Bezug zu Arbeitsverhältnissen aufweisen wie es etwa bei Bestimmungen über Ruhegeldleistungen, Sozialplanleistungen oder Bedingungen für Werkmietwohnungen der Fall ist.³¹⁶ Auf den selbstständigen Part der Tätigkeit hybrid Beschäftigter kann der Geltungsbereich einer Betriebsvereinbarung indes nicht erstreckt werden. Insofern bleibt es dabei, dass sich etwaige Betriebsvereinbarungen immer nur auf den abhängigen Teil der synchronen Erwerbshybridität beziehen und den selbstständigen Part allenfalls reflexiv erfassen können.

bb. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

In den Blick zu nehmen ist zuerst § 87 BetrVG, der als Kernvorschrift der Betriebsverfassung die Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten regelt³¹⁷ und dabei auch ein Initiativrecht des Betriebsrats umfasst.³¹⁸ Wenngleich sich aus der parallelen Ausübung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit zunächst keine

³¹³ Richardi-Picker, § 77 BetrVG Rn. 80; HWK-Gaul, § 77 BetrVG Rn. 23; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 61.

³¹⁴ ErfK-Kania, § 77 BetrVG Rn. 33; HWK-Gaul, § 77 BetrVG Rn. 24; Fitting, § 77 BetrVG Rn. 64.

³¹⁵ Dazu Großmann/Haak, Effektivierung der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 9 ff.

³¹⁶ Kreutz, ZfA 2003, 361 (383 ff.); GK-BetrVG-Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 199 ff.

³¹⁷ DKW-Klebe, § 87 BetrVG Rn. 1.

³¹⁸ Fitting, § 87 BetrVG Rn. 604 f.

arbeitszeitrechtlichen Bedenken ergeben, ist die damit einhergehende hohe zeitliche Beanspruchung vor allem mit Blick auf den Gesundheitsschutz ein Kernthema.³¹⁹ Hinzu kommt, dass zeitliche Kollisionen mit der Arbeitspflicht für den Arbeitnehmer weitreichende Konsequenzen wie die Unzulässigkeit der zusätzlichen Tätigkeit nach sich ziehen können.³²⁰ § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG sieht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats für Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie für die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage vor.³²¹ Der Zweck dieses Rechts besteht darin, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage der Arbeitszeit und damit zugleich ihrer freien Zeit für die Gestaltung ihres Privatlebens zur Geltung zu bringen.³²² Das Mitbestimmungsrecht dient neben der Grenzziehung zwischen Arbeits- und Freizeit auch dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer.³²³ Fraglich ist, inwieweit die Betriebsparteien über diese Norm eine Regelung treffen können, die die Vereinbarkeit der verschiedenen Tätigkeiten von hybrid Erwerbstätigen unterstützt und so potenzielle Konflikte verhindert. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfasst insbesondere die Festlegung des Zeitraums, auf den die jeweilige Wochenarbeitszeit zu verteilen und einzuhalten ist und ermöglicht so die Mitbestimmung bei der Einführung und Ausgestaltung flexiblerer, beispielsweise gleitender, Arbeitszeiten.³²⁴ Auch bei Teilzeitarbeit, wie sie von vielen hybrid Erwerbstätigen praktiziert wird,³²⁵ kann der Betriebsrat über den zeitlichen Rahmen, innerhalb dessen die Teilzeit-Arbeitnehmer zu beschäftigen sind, das heißt die Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit auf die Wochentage, mitbestimmen.³²⁶ Den Betriebsparteien ist es auf dieser Grundlage möglich, mehr Arbeitszeitsouveränität zu erreichen und so auch den individuellen

³¹⁹ Dazu bereits unter I.1.a.

³²⁰ Dazu unter I.2.a.

³²¹ Im Bundespersonalvertretungsrecht sieht § 80 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG ein entsprechendes Recht vor, für vergleichbare Bestimmungen in den LPersVG Altvater-Dierßen, § 80 BPersVG Rn. 214.

³²² BAG, Beschl. v. 26.9.2017 – 1 ABR 57/15 2018, 194 (195).

³²³ Eylert, AuR 2017, 4 (5).

³²⁴ DKW-Klebe, § 87 BetrVG Rn. 99; Eylert, AuR 2017, 4 (6).

³²⁵ Dazu bereits unter II.

³²⁶ DKW-Klebe, § 87 BetrVG Rn. 107; Fitting, § 87 BetrVG Rn. 127.

Bedürfnissen der Arbeitnehmer hinsichtlich einer Mehrfacherwerbstätigkeit Rechnung zu tragen.

Geht es dagegen um die Vermeidung von Konflikten, die infolge der verschiedenen Urlaubsplanungen entstehen können, ist auf § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG zu verweisen.³²⁷ Danach verfügt der Betriebsrat über ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie der Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer. Zur Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze gehören auch Regelungen darüber, inwieweit bei der Urlaubsgewährung persönliche Umstände der einzelnen Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind, wozu wiederum schulpflichtige Kinder, das Lebensalter oder der Familienstand zählen.³²⁸ Da etwaige Nebentätigkeiten ebenfalls dem privaten Lebensbereich des Arbeitnehmers zuzuordnen sind,³²⁹ spricht wenig dagegen, auch eine parallel zur abhängigen Beschäftigung ausgeübte Selbstständigkeit in den Kreis der zu berücksichtigenden Umstände aufzunehmen. Insofern lassen sich auf Grundlage des § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG auch Regelungen zur besseren Koordinierung der Urlaubszeiten treffen.

Soziale Angelegenheiten, die nicht dem § 87 BetrVG unterfallen, können nur durch freiwillige Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG geregelt werden.³³⁰ Von den ausdrücklich in § 88 BetrVG genannten Angelegenheiten erfasst jedoch keine die Konstellation synchroner Erwerbshybridität. Der Blick in die Vorschrift zeigt aber, dass Gegenstand einer freiwilligen Betriebsvereinbarung unter anderem „Maßnahmen zur Integration ausländischer Arbeitnehmer“ (Nr. 4) und „Maßnahmen zur Eingliederung schwerbehinderter Menschen“ (Nr. 5) sein können und insoweit an die allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats, die in § 80

³²⁷ Im Bundespersonalvertretungsrecht sieht § 80 Abs. 1 Nr. 6 BPersVG ein entsprechendes Recht vor, zu den Regelungen der Länder *Altwater-Dierßen*, § 80 BPersVG Rn. 217.

³²⁸ *DKW-Klebe*, § 87 BetrVG Rn. 144; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 200.

³²⁹ Dazu bereits unter I.4.a.

³³⁰ *GK-BetrVG-Wiese*, § 87 BetrVG Rn. 4. Das Personalvertretungsrecht sieht eine entsprechende Regelung nicht vor.

Abs. 1 BetrVG normiert sind, angeknüpft wird (§ 80 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 4 BetrVG).³³¹ Da § 88 BetrVG keinen abschließenden Katalog von Regelungsgegenständen enthält, sondern den Betriebsparteien grundsätzlich eine umfassende Kompetenz zur Regelung sämtlicher sozialer Angelegenheiten durch freiwillige Betriebsvereinbarung einräumt,³³² ist nicht auszuschließen, dass in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung auch Vereinbarkeitsfragen bei Mehrfacherwerbstätigkeit als weitere Aufgabe geregelt werden können.³³³ Denkbar sind etwa Maßnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit der verschiedenen Tätigkeiten bei synchroner Erwerbshybridität. Solche Maßnahmen könnten beispielsweise (Aufklärungs-)Veranstaltungen, Fortbildungsmaßnahmen oder die Bereitstellung von Ansprechpartnern sein.³³⁴ Als Gegenstand möglicher Aktionen würde sich neben den beschriebenen arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen synchroner Erwerbshybridität vor allem die Vermittlung der sozialversicherungsrechtlichen Grundlagen anbieten, weil sich diese als entscheidender Einflussfaktor auf die Ausgestaltung der hybriden Erwerbstätigkeit herauskristallisiert haben.³³⁵

cc. Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten

Als weiterer Ansatzpunkt kommt § 99 BetrVG in Betracht, der dem Betriebsrat Beteiligungsrechte in personellen Angelegenheiten einräumt. § 99 Abs. 1 BetrVG sieht ein Unterrichtsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der dort genannten personellen Einzelmaßnahmen vor, § 99 Abs. 2 BetrVG enthält ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei Vorliegen bestimmter Gründe. Die Vorschrift unterwirft jedoch nur die wichtigsten personellen Einzelmaßnahmen, das heißt Einstellungen, Ein- und Umgruppierungen sowie Versetzungen der Mitbestimmung des Betriebsrats. Dabei ist die Benennung der

³³¹ DKW-Berg, § 88 BetrVG 29a; vgl. Fitting, § 88 BetrVG Rn. 26.

³³² DKW-Berg, § 88 BetrVG Rn. 1 f.; Fitting, § 88 BetrVG Rn. 1.

³³³ Für Betriebsrat-Aufgaben als möglicher Regelungsgegenstand Fitting, § 88 BetrVG Rn. 3.

³³⁴ Vgl. Fitting, § 88 BetrVG Rn. 27.

³³⁵ Dazu Langer/Mauch, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 34 ff.

mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen abschließend.³³⁶ Die Besonderheiten hybrider Erwerbskonstellationen finden im Rahmen des § 99 BetrVG derzeit keine Berücksichtigung.

Anders stellt sich die Situation allerdings im Bereich des Öffentlichen Diensts dar. § 78 Abs. 1 BPersVG, der die Mitbestimmung in Personalangelegenheiten regelt, enthält nicht nur ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats bei Maßnahmen wie der Einstellung, Eingruppierung oder Versetzung. § 78 Abs. 1 Nr. 10 BPersVG sieht darüber hinaus ein Mitbestimmungsrecht für den Fall vor, dass der Arbeitgeber bzw. Dienstherr die Genehmigung einer Nebentätigkeit versagt oder widerruft.³³⁷ Auch die (teilweise) Untersagung einer Nebentätigkeit wird von § 78 Abs. 1 Nr. 10 BPersVG erfasst, was deshalb relevant ist, weil entgeltliche Nebentätigkeiten bei Arbeitnehmern nach § 3 Abs. 3 TVöD und § 3 Abs. 4 TV-L nicht mehr genehmigungspflichtig sind.³³⁸ Im Öffentlichen Dienst können also nicht nur Regelungen für eine praktikablere Gestaltung einer ausgeübten synchronen Erwerbshybridität getroffen werden, sondern dem Personalrat steht darüber hinaus ein Mitbestimmungsrecht zu, das bereits die Aufnahme einer weiteren Tätigkeit neben der abhängigen Beschäftigung erleichtert. Durch § 78 Abs. 1 Nr. 10 BPersVG werden auch die Fälle adressiert, in denen parallel zu der abhängigen Beschäftigung eine selbstständige Tätigkeit erst aufgenommen wird.

Die Einführung eines Mitbestimmungsrechts, das dem des § 78 Abs. Nr. 10 BPersVG entspricht, könnte auch für den privatwirtschaftlichen Bereich angedacht werden. Damit würden dem Betriebsrat zumindest Rechte bei Versagung oder Widerruf der Genehmigung einer Nebentätigkeit sowie bei Untersagung der Nebentätigkeit an sich eingeräumt, was eben auch für die Aufnahme einer synchronen Erwerbshybridität gelten würde. Auf diese Weise würden potenzielle Hürden abgebaut und es wäre gewährleistet, dass die durch

³³⁶ Fitting, § 99 BetrVG Rn. 29; DKW-Wenckebach, § 99 BetrVG Rn. 36.

³³⁷ Zu vergleichbaren Bestimmungen in den LPersVG Altvater-Baden, § 78 BPersVG Rn. 375.

³³⁸ Richardi/Dörner/Weber-Annulß, § 78 BPersVG Rn. 136.

Art. 12 GG gewährleistete Möglichkeit der Beschäftigten, mehrere Tätigkeiten auszuüben, nicht in unzulässiger Weise durch den Arbeitgeber eingeschränkt wird. Unabhängig von einer möglichen gesetzlichen Verankerung stellt sich darüber hinaus die Frage, ob ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht bereits *de lege lata* mittels Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag geschaffen werden kann. Inwieweit die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte, konkret § 99 BetrVG, durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung erweitert werden können, ist allerdings seit jeher umstritten.³³⁹ Geht es um die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten im Wege der Betriebsvereinbarung, stehen das BAG und Teile der Literatur auf dem Standpunkt, dass eine solche durch freiwillige Betriebsvereinbarung grundsätzlich möglich ist.³⁴⁰ Zu finden sind jedoch auch Stimmen, die eine Erweiterung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten in jedem Fall für unzulässig erachten, unter anderem, weil sich die Erweiterung des Mitbestimmungsrechts auch zu Lasten einzelner Arbeitnehmer auswirken könne.³⁴¹ Letztlich ist jedoch auch das BAG der Ansicht, dass die Regelungskompetenz der Betriebsparteien überschritten ist, wenn eine Vereinbarung die in § 99 BetrVG vorgegebene gesetzliche Konzeption grundlegend verändert oder aufhebt.³⁴² Ebenfalls nicht möglich soll es sein, dem Betriebsrat oder dem Arbeitgeber ein gesetzlich nicht vorgesehenes Mitbestimmungsrecht durch einen Spruch der Einigungsstelle aufzuerlegen. Grund dafür ist die Wahrung des durch § 88 BetrVG vorgegebenen Prinzips der Freiwilligkeit, das in allen Angelegenheiten gilt, die nicht der zwingenden

³³⁹ Fitting, § 1 BetrVG Rn. 337.

³⁴⁰ BAG, Beschl. v. 23.8.2016 – 1 ABR 22/14, NZA 2017, 194 (198); BAG, Beschl. v. 18.8.2009 – 1 ABR 49/08, NZA 2010, 112 (114); DKW-Berg, § 88 BetrVG Rn. 13; Lerch/Weinbrenner, NZA 2011, 664 (667); DKW-Wenckebach, § 99 BetrVG Rn. 32; Fitting, § 1 BetrVG Rn. 341; DKW-Wedde, Einl. 94.

³⁴¹ GK-BetrVG-Raab, Vor § 92 BetrVG Rn. 19 ff.; H/W/G/N/R/H-Rose, Einl. BetrVG Rn. 303 f.; Richardi-Thüsing, § 99 BetrVG Rn. 8.

³⁴² BAG, Beschl. v. 18.8.2009 – 1 ABR 49/08, NZA 2010, 112 (114).

Mitbestimmung unterliegen.³⁴³ Genauso wird die Zulässigkeit einer Erweiterung der Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 BetrVG angezweifelt.³⁴⁴

Die angesprochene Erweiterung des § 99 BetrVG müsste sich also zumindest in die geltende Konzeption der Vorschrift einfügen. Für ein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die Untersagung einer Nebentätigkeit bedürfte es jedoch einer neuen personellen Einzelmaßnahme oder gar eines gänzlich neuen Mitbestimmungstatbestands, weil sich § 99 Abs. 1 BetrVG in seiner geltenden Fassung nicht unbedingt für die Aufnahme eines Mitbestimmungsrechts in Bezug auf Nebentätigkeiten eignet. Die Grundstruktur des § 99 BetrVG müsste erheblich verändert werden, weshalb eine entsprechende Erweiterung kaum von der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien gedeckt sein wird. Eine Erweiterung des Beteiligungsrechts durch Betriebsvereinbarung scheidet somit unabhängig davon aus, welcher der genannten Ansichten man folgt.

Anders könnte es sich jedoch bei tarifvertraglichen Erweiterungen des Mitbestimmungsrechts darstellen. Doch auch diese Möglichkeit ist nicht unumstritten. Während das BAG und Teile der Literatur der Auffassung sind, dass die Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten durch Tarifvertrag durchaus erweiterbar sind,³⁴⁵ halten andere eine tarifliche Erweiterung der in § 99 BetrVG normierten Rechte ebenfalls für unzulässig.³⁴⁶ Entscheidend ist letztlich die Reichweite der Tarifautonomie. § 1 Abs. 1 TVG bestimmt, dass der Tarifvertrag Rechtsnormen enthält, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Dabei gelten die Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen, um

³⁴³ BAG, Beschl. v. 15.5.2001 – 1 ABR 39/00 2001, 1154 (1156 f.).

³⁴⁴ DKW-Wenckebach, § 99 BetrVG Rn. 32.

³⁴⁵ BAG, Beschl. v. 10.02.1988 – 1 ABR 70/86, NZA, 699 (699); DKW-Wenckebach, § 99 BetrVG Rn. 31; DKW-Däubler, Einl. Rn. 89 f.; Wiedemann-Thüsing, § 1 TVG Rn. 732; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 144; Fitting, § 1 BetrVG Rn. 346 ff.; Lerch/Weinbrenner, NZA 2011, 664 (667); zu § 102 BetrVG BAG, Urt. v. 21.6.2000 – 4 AZR 379/99, NZA 2000, 271 (273).

³⁴⁶ GK-BetrVG-Raab, Vor § 92 BetrVG Rn. 19 ff.; H/W/G/N/R/H-Rose, Einl. BetrVG Rn. 305; Richardi-Thüsing, § 99 BetrVG Rn. 8.

die es sich insoweit handeln würde, nach § 3 Abs. 2 TVG für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist. Diese Befugnis der Tarifvertragsparteien in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten wird durch das BetrVG auch nicht eingeschränkt, vielmehr stellt § 2 Abs. 3 BetrVG explizit klar, dass das Gesetz die Befugnisse der Koalitionen unberührt lässt.³⁴⁷ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den ausdrücklichen Ermächtigungen zur Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen, die im BetrVG enthalten sind (etwa § 3 BetrVG), weil sich diese auf Vorschriften beziehen, die zweiseitig zwingender Natur sind, während es sich bei den Beteiligungsrechten des Betriebsrats um einseitig zwingende Arbeitnehmerschutzvorschriften handelt.³⁴⁸ Hinzu kommt der verfassungsrechtliche Aspekt, dass sich die tarifliche Regelungskompetenz grundsätzlich auf den gesamten Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erstreckt, sodass Eingriffe einer in der Sache liegenden Rechtfertigung bedürfen.³⁴⁹ Somit sind die Tarifvertragsparteien grundsätzlich berechtigt, die Beteiligungsrechte zu erweitern, Voraussetzung für eine wirksame Regelung ist aber, dass einerseits die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht übermäßig beeinträchtigt wird, indem bei fehlender Übereinstimmung der Betriebsparteien die Einigungsstelle entscheidet und andererseits nicht in die Rechtsstellung einzelner Arbeitnehmer eingegriffen wird.³⁵⁰ Eine Regelung, die dem Betriebsrat ein zusätzliches Mitbestimmungsrecht bei der Untersagung von Nebentätigkeiten einräumt, dürfte dem gerecht werden. Den Arbeitnehmern könnte auf diese Weise wie im Personalvertretungsrecht ein verbesserter Schutz bei der Versagung der Aufnahme einer (selbstständigen) Nebentätigkeit eingeräumt werden.

³⁴⁷ Dagegen bestimmt im Bundespersonalvertretungsrecht § 3 BPersVG, dass das Personalvertretungsrecht durch Tarifvertrag (und Dienstvereinbarung) nicht abweichend von diesem Gesetz geregelt werden kann.

³⁴⁸ BAG, Beschl. v. 10.02.1988 – 1 ABR 70/86, NZA, 699 (699 f.); DKW-Däubler, Einl. Rn. 89; Däubler-Nebe, § 1 TVG Rn. 376 f.

³⁴⁹ DKW-Däubler, Einl. Rn. 89; Däubler-Nebe, § 1 TVG Rn. 377.

³⁵⁰ BAG, Beschl. v. 10.02.1988 – 1 ABR 70/86, NZA, 699 (701); Fitting, § 1 BetrVG Rn. 348.

b. § 75 BetrVG

Als weiterer Anknüpfungspunkt bietet sich im Bereich des Betriebsverfassungsrechts § 75 BetrVG an. Nach § 75 Abs. 1 BetrVG sind sowohl der Arbeitgeber als auch der Betriebsrat dazu verpflichtet, darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede Benachteiligung aus den dort genannten Gründen unterbleibt.³⁵¹ Dabei verlangt die Behandlung nach Recht und Billigkeit nicht nur, dass alle sich aus der gesamten Rechtsordnung ergebenden Rechtsansprüche des Arbeitnehmers anerkannt und erfüllt werden, sondern auch ihre sozialen, wirtschaftlichen und persönlichen Interessen berücksichtigt werden.³⁵² Konkretisiert wird die Behandlung nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit durch verschiedene Benachteiligungsverbote.³⁵³

aa. Anwendung *de lege lata*

Steht die synchrone Erwerbshybridität in Rede, ist an dieser Stelle erneut § 4 Abs. 1 TzBfG zu nennen, der eine Schlechterbehandlung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern gegenüber vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern verbietet.³⁵⁴ Sofern hybrid Beschäftigte in Teilzeit arbeiten, bezieht sich die Überwachungspflicht von Arbeitgeber und Betriebsrat auch auf eben dieses Benachteiligungsverbot wegen der Teilzeitbeschäftigung.³⁵⁵ Davon abgesehen zählt die Erwerbshybridität allerdings nicht zu den in § 75 BetrVG oder sonst von der Arbeitsrechtsordnung ausdrücklich anerkannten Benachteiligungskriterien. Die Überwachungspflicht erstreckt sich jedoch auch auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen

³⁵¹ Im Bundespersonalvertretungsrecht findet sich eine entsprechende Regelung in § 2 Abs. 4 S. 1 und 2 BPersVG, zu vergleichbaren Bestimmungen in den LPersVG Altwater-Berg, § 2 BPersVG Rn. 92.

³⁵² DKW-Berg, § 75 BetrVG Rn. 7; Fitting, § 75 BetrVG Rn. 26.

³⁵³ Richardi-Maschmann, § 75 BetrVG Rn. 20; GK-BetrVG-Jacobs, § 75 BetrVG Rn. 28.

³⁵⁴ Dazu bereits unter II.2.

³⁵⁵ GK-BetrVG-Jacobs, § 75 BetrVG Rn. 28; Richardi-Maschmann, § 75 BetrVG Rn. 32.

Gleichbehandlungsgrundsatz, der jede Ungleichbehandlung erfasst.³⁵⁶ Insofern ist denkbar, dass § 75 Abs. 1 BetrVG auch eine potenzielle Ungleichbehandlung wegen der Ausübung einer Mehrfacherwerbstätigkeit adressiert. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Vorschrift nicht nur auf die Arbeitnehmer i. S. d. BetrVG beschränkt, sondern sämtliche im Betrieb tätigen schutzbedürftigen Personen erfasst.³⁵⁷ Dazu werden neben den arbeitnehmerähnlichen Personen zum Teil auch die gem. § 6 Abs. 3 AGG in das AGG einzubeziehenden Selbstständigen gezählt.³⁵⁸ So kann sich die Überwachungspflicht also sogar auf beide Teile der synchron erwerbshybriden Beschäftigung erstrecken.

§ 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat darüber hinaus dazu, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. S. 2 konkretisiert die Regelung dahingehend, dass dazu die Selbstständigkeit und Eigeninitiative der Arbeitnehmer zu fördern ist.³⁵⁹ Damit sieht die Vorschrift einerseits eine Schutzpflicht vor, hat also den Zweck, den Arbeitnehmer vor rechtswidrigen Eingriffen in seine Persönlichkeitssphäre zu schützen.³⁶⁰ Andererseits enthält sie eine Förderpflicht, die den Betriebspartnern aufträgt, bei der Gestaltung der betrieblichen Ordnung solche Regelungen anzustreben, die der Persönlichkeitsentfaltung der Arbeitnehmer angemessen Rechnung tragen.³⁶¹ Die Formulierung „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ hat dabei keinen abgeschlossenen Inhalt, sondern die Regelung verfügt über einen dynamischen

³⁵⁶ Fitting, § 75 BetrVG Rn. 30; DKW-Berg, § 75 BetrVG Rn. 106; zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz BAG, Beschl. v. 20.3.2018 – 1 ABR 15/17, NZA 2018, 1017 (1018); BAG, Urt. v. 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 (117); BAG, Urt. v. 14.8.2007 – 9 AZR 943/96, NZA 2008, 99 (101 f.).

³⁵⁷ Fitting, § 75 BetrVG Rn. 13; DKW-Berg, § 75 BetrVG Rn. 9 f.; Richardi-Maschmann, § 75 BetrVG Rn. 7.

³⁵⁸ DKW-Berg, § 75 BetrVG Rn. 9 ff.; jedenfalls für Arbeitnehmerähnliche Fitting, § 75 BetrVG Rn. 13; a.A. GK-BetrVG-Jacobs, § 75 BetrVG Rn. 15.

³⁵⁹ Richardi-Maschmann, § 75 BetrVG Rn. 46. Im Personalvertretungsrecht ist eine entsprechende Vorschrift nicht vorgesehen.

³⁶⁰ DKW-Berg, § 75 BetrVG Rn. 115.

³⁶¹ Fitting, § 75 BetrVG Rn. 167.

und offenen Charakter.³⁶² Insofern wird man auch Tätigkeiten, die der Arbeitnehmer neben seiner abhängigen Beschäftigung ausübt, zur Persönlichkeitsentfaltung in diesem Sinne zählen können. Die Betriebsparteien sind dann dazu angehalten, bei der Gestaltung der betrieblichen Ordnung auch auf eine Mehrfacherwerbstätigkeit Rücksicht zu nehmen und die Vereinbarkeit der divergierenden Pflichten zu fördern.

Verstoßen Arbeitgeber oder Betriebsrat gegen ihre Pflichten aus § 75 BetrVG, kann der andere Betriebspartner, nicht allerdings der einzelne Arbeitnehmer, im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend machen.³⁶³ Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, die gegen § 75 BetrVG verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig, Anordnungen des Arbeitgebers sind rechtsunwirksam.³⁶⁴

bb. Erweiterung des § 75 BetrVG

Gleichwohl stellt sich die Frage, inwiefern eine Erweiterung des § 75 BetrVG dahingehend möglich ist, dass dieser die Betriebsparteien explizit auch hinsichtlich der synchronen Erwerbshybridität verpflichtet. Zu begrüßen wäre eine entsprechende Regelung schon deshalb, weil damit nicht nur etwaige Unsicherheiten hinsichtlich der Rechte und Pflichten bei Mehrfacherwerbstätigkeit beseitigt würden, sondern zugleich die zunehmend an Bedeutung gewinnenden hybriden Erwerbskonstellationen und die mit ihr verbundenen divergierenden Interessenlagen weiter ins Blickfeld der Akteure rücken würden.

Eine Erweiterung des § 75 BetrVG durch den Gesetzgeber ist zwar grundsätzlich denkbar, erscheint jedoch verhältnismäßig weitgehend. Die Aufnahme der Erwerbshybridität in § 75 Abs. 1 Hs. 2 BetrVG greift schon deshalb zu weit, weil sich eine Vergleichbarkeit mit den in der Vorschrift genannten

³⁶² Fitting, § 75 BetrVG Rn. 168.

³⁶³ DKW-Berg, § 75 BetrVG Rn. 143; Fitting, § 75 BetrVG Rn. 178; a.A. bezüglich § 75 Abs. 2 BetrVG BAG, Beschl. v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, NZA 2003, 166 (169).

³⁶⁴ DKW-Berg, § 75 BetrVG Rn. 142; Fitting, § 75 BetrVG Rn. 177; zu Betriebsvereinbarungen BAG, Urt. v. 8.6.1999 – 1 ABR 67/98, NZA 1999, 1288 (1289).

Differenzierungsmerkmalen, die unter anderem der Umsetzung der unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien dienen,³⁶⁵ kaum rechtfertigen lässt. Abs. 2 ist derweil so allgemein formuliert, dass nur schwer begründbar ist, warum nur eine spezifische Ausprägung der Persönlichkeitsentfaltung in die Norm aufgenommen werden sollte. Eine andere Möglichkeit liegt darin, § 75 Abs. 2 BetrVG bereits auf Grundlage des geltenden Rechts durch Betriebsvereinbarung oder tarifvertragliche Regelung zu konkretisieren. In freiwilligen Betriebsvereinbarungen können über § 88 BetrVG, wie gezeigt, grundsätzlich auch Aufgaben des Betriebsrats geregelt werden.³⁶⁶ Daher dürfte auch eine Regelung mit dem Inhalt möglich sein, dass Arbeitgeber und Betriebsrat auf hybride Erwerbskonstellationen Rücksicht zu nehmen und die Vereinbarkeit der verschiedenen Tätigkeiten zu fördern haben. Die Regelungskompetenz der Tarifvertragsparteien reicht, wie gesehen, noch weiter als die der Betriebspartner, weshalb durch Tarifvertrag sogar eine Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmungsrechte zulässig ist.³⁶⁷ Im Vergleich mit der Aufnahme eines zusätzlichen Sachverhalts in einen gesetzlichen Mitbestimmungstatbestand ist die Schaffung einer neuen Aufgabe für Betriebsrat und Arbeitgeber weniger einschneidend. Das spricht dafür, dass eine entsprechende Aufgabe auch durch tarifvertragliche Regelung, konkret in einer betriebsverfassungsrechtlichen Norm, geschaffen werden kann. Im Übrigen schließt sich mit einer solchen Pflicht zur Rücksichtnahme auf bzw. Förderung von synchroner Erwerbshybridität auch der Kreis zur arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht, aus der jedenfalls für den Arbeitgeber eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf Nebentätigkeiten des Arbeitnehmers folgt.³⁶⁸

c. § 80 BetrVG

In engem Zusammenhang mit § 75 BetrVG steht schließlich § 80 BetrVG, der in Abs. 1 einen Katalog mit allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats enthält und

³⁶⁵ Vgl. DKW-Berg, § 75 BetrVG Rn. 20.

³⁶⁶ Dazu unter III.1.a.bb.

³⁶⁷ Dazu unter III.1.a.cc.

³⁶⁸ Dazu bereits unter I.2.a.

damit dessen Schutzaufträge und Förderpflichten präzisiert,³⁶⁹ während Abs. 2 Informationsrechte des Betriebsrats vorsieht.³⁷⁰ Diese Aufgaben und Rechte stehen einerseits selbstständig neben den verschiedenen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten und sind andererseits Grundlage für deren Ausübung.³⁷¹ Da der Arbeitgeber die Maßnahmen, die der Betriebsrat in Wahrnehmung seiner Kompetenzen trifft, mittragen muss, adressieren die in § 80 Abs. 1 BetrVG genannten Aufgaben auch ihn.³⁷²

aa. Anwendung *de lege lata*

Aufgaben, die sich speziell auf die Situation synchroner Erwerbshybridität beziehen, sieht § 80 Abs. 1 BetrVG in seiner geltenden Fassung nicht vor. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG legt allerdings fest, dass der Betriebsrat darüber zu wachen hat, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden. Unter diese Überwachungspflicht fallen auch die Vorschriften des BetrVG, das heißt neben den angesprochenen §§ 87 und 99 BetrVG insbesondere die in § 75 BetrVG niedergelegten Grundsätze. Genauso zählt § 4 TzBfG zu den Vorschriften in diesem Sinne.³⁷³ Insoweit wird auch die synchrone Erwerbshybridität von der Überwachungsaufgabe erfasst. Zur Wahrnehmung dieser Aufgabe steht dem Betriebsrat gem. § 80 Abs. 2 S.1 BetrVG grundsätzlich auch ein Unterrichtsanspruch gegen den Arbeitgeber zu. So kann der Arbeitgeber beispielsweise dazu verpflichtet sein, den Betriebsrat über das Bestehen, Art und Umfang angemeldeter Nebentätigkeiten der Mitarbeiter zu informieren, damit dieser seiner Aufgabe nach § 75 Abs. 1 BetrVG nachkommen und sicherstellen

³⁶⁹ Fitting, § 80 BetrVG Rn. 1.

³⁷⁰ Entsprechende Vorschrift im Bundespersonalvertretungsrecht ist § 62 BPersVG, zu vergleichbaren Bestimmungen in den LPersVG Altvater-*Herget*, § 62 BPersVG Rn. 32.

³⁷¹ BAG, Beschl. v. 21.10.2003 – 1 ABR 39/02, NZA 2004, 936 (938); DKW-*Buschmann*, § 80 BetrVG Rn. 2.

³⁷² So im Ergebnis auch DKW-*Buschmann*, § 80 BetrVG Rn. 3.

³⁷³ Vgl. DKW-*Buschmann*, § 80 BetrVG Rn. 7; Fitting, § 80 BetrVG Rn. 6; zu § 75 Abs. 1 BetrVG BAG, Beschl. v. 20.3.2018 – 1 ABR 15/17, NZA 2018, 1017 (1018).

kann, dass die Praxis zur Genehmigung von Nebentätigkeiten den Gleichbehandlungsgrundsatz wahrt.³⁷⁴

bb. Erweiterung des § 80 Abs. 1 BetrVG

Nichtsdestotrotz ließe sich auch § 80 BetrVG dahingehend erweitern, dass eine weitere Aufgabe des Betriebsrats in den Katalog des § 80 Abs. 1 BetrVG aufgenommen wird. So könnte geregelt werden, dass der Betriebsrat die Aufgabe hat, die Vereinbarkeit der abhängigen Beschäftigung mit einer parallel dazu ausgeübten selbstständigen Tätigkeit zu fördern. Damit verbunden wäre dann auch ein Informationsrecht des Betriebsrats zur Durchführung dieser Aufgabe. Erwägenswert erscheint eine solche Änderung auch deshalb, weil § 80 Abs. 1 BetrVG, anders als § 75 Abs. 1 BetrVG, nicht primär der Umsetzung von Antidiskriminierungsvorschriften dient, sondern verschiedenste Aspekte der Betriebsratsarbeit adressiert. Das zeigt sich insbesondere an § 80 Abs. 1 Nr. 2b BetrVG, der den Betriebsrat verpflichtet, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit zu fördern und damit den Zweck verfolgt, die familiären Pflichten der Arbeitnehmer mit den Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in Einklang zu bringen.³⁷⁵ Die Förderung der Vereinbarkeit von arbeitsvertraglichen Pflichten und Pflichten aus einer zusätzlichen (selbstständigen) Tätigkeit, die ebenfalls dem Persönlichkeitsbereich des Arbeitnehmers zuzuordnen ist, bewegt sich zumindest in einem ähnlichen Rahmen.

Da der Katalog des § 80 Abs. 1 BetrVG nicht abschließend ist,³⁷⁶ besteht jedoch auch unabhängig davon bereits *de lege lata* die Möglichkeit, eine entsprechende Aufgabe durch tarifvertragliche Regelung oder Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG einzuführen.³⁷⁷

³⁷⁴ LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 2.11.1991 – 12 TaBV 8/91, BeckRS 1991, 30452397; DKW-Buschmann, § 80 BetrVG Rn. 93; a.A. LAG Köln, Beschl. v. 11.1.1995 – 8 TaBV 55/94, NZA 1995, 443 (443).

³⁷⁵ BT-Drucks. 14/5741, S. 46.

³⁷⁶ DKW-Buschmann, § 80 BetrVG Rn. 3.

³⁷⁷ Dazu bereit unter III.1.a.bb.

d. Exkurs: § 106 GewO

Erwägt man eine Erweiterung von § 75 und § 80 BetrVG, rückt zuletzt noch eine andere Norm ins Blickfeld, nämlich § 106 GewO, der die Grundsätze des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts regelt. § 106 S. 1 GewO bestimmt, dass der Arbeitgeber sein Weisungsrecht nur nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) ausüben darf, wobei die Ausübung des Weisungsrechts dann billigem Ermessen entspricht, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind.³⁷⁸ Erforderlich ist stets die Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Interessen des Vertragspartners, wie sie auch aus § 241 Abs. 2 BGB folgt.³⁷⁹ Dazu zählt, wie gezeigt, unter anderem die Berücksichtigung von Nebentätigkeiten des Arbeitnehmers.³⁸⁰ Genauso verpflichtet § 315 Abs. 1 BGB den Arbeitgeber dazu, auf Nebentätigkeiten des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.³⁸¹ § 106 S. 3 GewO enthält darüber hinaus eine ausdrückliche Rücksichtnahmepflicht, indem er festschreibt, dass der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Ermessens insbesondere auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen hat. Vor diesem Hintergrund könnte man genauso erwägen, diese Vorschrift dahingehend zu erweitern, dass der Arbeitgeber auch auf eine Erwerbshybridität des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen muss. Da letztlich jedoch auch dafür der Gesetzgeber tätig werden müsste, ist bis dahin auf die bereits angesprochene Möglichkeit zu verweisen, eine solche Rücksichtnahmepflicht durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag zu regeln. Unabhängig davon handelt es sich bei der Anknüpfung an § 106 GewO um einen Lösungsansatz, der außerhalb des Bereichs der kollektiven Interessenvertretung liegt. Vorliegend stehen jedoch gerade die Möglichkeiten zur Berücksichtigung der mit der synchronen Erwerbshybridität

³⁷⁸ BAG, Urt. v. 19.1.2011 – 10 AZR 738/09, NZA 2011, 631 (633); BAG, Urt. v. 21.7.2009 – 9 AZR 404/08, NZA 2009, 1369 (1371 f.).

³⁷⁹ HWK-Lembke, § 106 GewO Rn. 119.

³⁸⁰ Dazu unter I.2.a.

³⁸¹ Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Zwanziger, § 120 Rn. 2.

einhergehenden Herausforderungen im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung in Rede.

e. Zwischenergebnis

Für eine bessere Vereinbarkeit und Koordination von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit können die Betriebsparteien auf Grundlage des § 87 Abs. 1 BetrVG Regelungen zur Verteilung der Arbeitszeit und zur Urlaubsgewährung treffen. In freiwilligen Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG können Maßnahmen zur Förderung der Vereinbarkeit der Tätigkeiten geregelt werden. Erwägenswert ist zudem eine Erweiterung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten gem. § 99 BetrVG in Anlehnung an § 78 Abs. 1 BPersVG, der ein Mitbestimmungsrecht bei der Untersagung von Nebentätigkeiten enthält. *De lege lata* kann ein solches Mitbestimmungsrecht außerhalb des Öffentlichen Diensts nur durch tarifvertragliche Regelung eingeführt werden. Die synchrone Erwerbshybridität wird ferner von der Überwachungspflicht des § 75 Abs. 1 BetrVG sowie von der Schutz- und Förderpflicht des § 75 Abs. 2 BetrVG und insoweit auch von § 80 Abs. 1 und 2 BetrVG erfasst. Gleichwohl bietet es sich an, durch Tarifvertrag, andernfalls durch Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG, für Betriebsrat und Arbeitgeber eine Rücksichtnahme- und Förderpflicht hinsichtlich hybrider Erwerbskonstellationen zu schaffen. Anbieten würde sich dies jedenfalls in solchen Betrieben oder Branchen, in denen die parallele Ausübung zweier Tätigkeiten, insbesondere einer abhängigen und einer selbstständigen, überdurchschnittlich verbreitet ist. Erwogen werden kann zudem eine gesetzgeberische Erweiterung des Katalogs des § 80 Abs. 1 BetrVG.

2. Überbetriebliche Ebene

Zu klären ist weiter, inwieweit den arbeitsrechtlichen Herausforderungen synchroner Erwerbshybridität auf der überbetrieblichen Ebene, das heißt in erster Linie durch tarifvertragliche Regelung, begegnet werden kann.

a. Tarifdispositives Recht

Ein Ansatzpunkt liegt, wie gesehen, darin, dass die Tarifvertragsparteien bestimmte Rechte und Pflichten regeln können, die die Ausübung der hybriden Erwerbstätigkeit unterstützen. So können sie die Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten dahingehend erweitern, dass der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die Untersagung einer Nebentätigkeit erhält oder eine Rücksichtnahme- und Förderpflicht schaffen.³⁸²

Darüber hinaus können sich die Tarifvertragsparteien aber auch die Tarifdispositivität einzelner Vorschriften zu Nutze machen, die im Kontext synchroner Erwerbshybridität relevant werden können. Mit Blick auf die Problematik der Ausübung der Selbstständigkeit während des Urlaubs ist zunächst § 13 BUrlG zu nennen.³⁸³ § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG bestimmt, dass von den Vorschriften des BUrlG mit Ausnahme der §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 in Tarifverträgen abgewichen werden kann. Die Vorgaben der §§ 1, 2 und 3 Abs. 1 BUrlG sind damit zwingend, die übrigen Regelungen tarifdispositiv. Somit können die Tarifvertragsparteien von § 8 BUrlG, der das Verbot der Erwerbstätigkeit während des Urlaubs regelt, sowohl zugunsten als auch zum Nachteil des Arbeitnehmers abweichen. Unklar ist lediglich, ob dem Arbeitnehmer in einem Tarifvertrag jegliche anderweitige Erwerbstätigkeit während des Urlaubs erlaubt werden kann.³⁸⁴ Ein Teil der Literatur ist der Auffassung, dass eine uneingeschränkte Erlaubnis jedweder Tätigkeit den Erholungszweck des Urlaubs außer Acht lasse und gegen § 1 BUrlG verstoße.³⁸⁵ Andere vertreten dagegen die Ansicht, eine solche Regelung berühre den Inhalt des tariffesten Urlaubsanspruchs aus § 1 BUrlG nicht und sei daher zulässig.³⁸⁶ Letztlich dürfte sich jedoch jedenfalls eine Abmilderung des Verbots

³⁸² Dazu bereits unter III.1.

³⁸³ Für das Arbeitszeitrecht sieht § 7 ArbZG die Tarifdispositivität einzelner Vorschriften vor. Da die synchrone Erwerbshybridität aber grundsätzlich nicht vom ArbZG erfasst wird, sind die dortigen Abweichungsmöglichkeiten weniger relevant.

³⁸⁴ HK-BUrlG-Hohmeister, § 8 BUrlG Rn. 12.

³⁸⁵ ErfK-Gallner, § 13 BUrlG Rn. 15; ablehnend auch NFK-Neumann, § 8 BUrlG Rn. 1.

³⁸⁶ BKZ-Bayreuther, § 8 BUrlG Rn. 22; HK-BUrlG-Hohmeister, § 13 BUrlG Rn. 133.

anderweitiger Erwerbstätigkeit nicht auf den Anspruch des Arbeitnehmers aus § 1 BUrlG auswirken, insbesondere weil eine solche in der Regel gerade im Interesse des Arbeitnehmers erfolgt. Das Verbot des § 8 BUrlG, sollte es der Ausübung synchroner Erwerbshybridität ausnahmsweise entgegenstehen, kann somit auf tarifvertraglichem Wege zumindest gelockert werden.³⁸⁷

In der Praxis deutlich relevanter als § 8 BUrlG dürften die Wettbewerbsverbote der §§ 60, 61 HGB sein.³⁸⁸ § 60 HGB, der das Wettbewerbsverbot für Handlungsgehilfen normiert, ist ebenfalls dem dispositiven Recht zuzuordnen, sodass in individual- und kollektivvertraglichen Vereinbarungen davon abgewichen werden kann.³⁸⁹ Dabei besteht anders als bei einer Erweiterung des Wettbewerbsverbots bei einer Lockerung ein weiterer Gestaltungsspielraum, wie auch der Blick in § 60 Abs. 2 HGB zeigt.³⁹⁰ So kann zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart werden, dass dieser eine sonst nach § 60 HGB untersagte Tätigkeit frei ausüben darf³⁹¹ oder gar vollständig auf das Wettbewerbsverbot verzichtet werden.³⁹² Den Tarifvertragsparteien steht es demnach grundsätzlich frei, eine Regelung zu treffen, die es hybrid Beschäftigten erleichtert, neben ihrer Arbeitnehmertätigkeit selbstständig im Handelszweig des Arbeitgebers tätig zu werden.

b. Personeller Geltungsbereich tarifvertraglicher Regelungen

Unabhängig vom Inhalt potenzieller tarifvertraglicher Regelungen muss jedoch klar sein, dass auch die Reichweite der Tarifautonomie in personeller Hinsicht begrenzt ist. Tariflich regelbar sind nach derzeitiger Rechtslage zunächst nur Arbeitsverhältnisse (vgl. § 1 Abs. 1 TVG). Die Tarifvertragsparteien können den Geltungsbereich ihrer Regelungsbefugnis auch nicht auf andere Personen

³⁸⁷ Vgl. *ErfK-Gallner*, § 13 BUrlG Rn. 15.

³⁸⁸ Dazu unter I.2.b.

³⁸⁹ *Oetker-Günther-Gräff*, § 60 HGB Rn. 8; *MüKoHGB-Thüsing*, § 60 HGB Rn. 4 f.; *HWK-Diller*, § 60 HGB Rn. 28; *BeckOGK-Iltmann*, § 60 HGB Rn. 4 (Stand: 01.01.2026); *BeckOK ArbR-Hagen*, § 60 HGB Rn. 19 (Stand: 01.12.2025). Mithin kann eine Regelung auch in einer Betriebsvereinbarung getroffen werden.

³⁹⁰ *Oetker-Günther-Gräff*, § 60 HGB Rn. 8.

³⁹¹ *MüKoHGB-Thüsing*, § 60 HGB Rn. 4 f.

³⁹² *HWK-Diller*, § 60 HGB Rn. 28; *BeckOK ArbR-Hagen*, § 60 HGB Rn. 19 (Stand: 01.12.2025).

erweitern. Außerhalb von Arbeitsverhältnissen ist das Tarifvertragsrecht allerdings über § 12a TVG für arbeitnehmerähnliche Personen und gem. § 17 HAG für Heimarbeiter eröffnet.³⁹³

Für die synchrone Erwerbshybridität bedeutet dies, dass sich die angesprochenen tarifvertraglichen Regelungen grundsätzlich nur auf den Arbeitnehmer-Teil der Erwerbstätigkeit beziehen können, nicht aber auf den selbstständigen Part. Anders stellt es sich nur bei denjenigen Selbstständigen dar, die die Voraussetzungen der Arbeitnehmerähnlichkeit oder der Heimarbeit erfüllen. In ihrem Fall können entsprechende Regelungen für beide Seiten der hybriden Tätigkeit getroffen werden. Für alle anderen Fälle synchroner Erwerbshybridität bleibt es dabei, dass eine tarifvertragliche Regelung auf Grundlage des geltenden Rechts stets von der abhängigen Beschäftigung ausgehen muss. Auf den selbstständigen Teil der Erwerbstätigkeit kann sie sich allenfalls mittelbar auswirken.

Gleichwohl soll nicht unerwähnt bleiben, dass ein deutlich größerer Handlungsspielraum bestünde, wenn ein größerer Teil der schutzbedürftigen Soloselbstständigen in das Tarifvertragssystem einbezogen würde. Ermöglicht werden könnte dies etwa durch eine Novellierung des § 12a TVG dahingehend, dass anstelle der wirtschaftlichen Abhängigkeit auf die Ertragsschwäche des Selbstständigen abgestellt wird.³⁹⁴

IV. Zusammenfassung synchrone Erwerbshybridität

Obwohl, oder gerade, weil das Arbeitsrecht grundsätzlich nur den Teil der hybriden Erwerbstätigkeit erfasst, dem ein Arbeitsverhältnis zugrunde liegt, birgt die Kombination von abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit einige Herausforderungen. Zwar ist ein Verstoß gegen arbeitszeitrechtliche Vorgaben in der Regel nicht zu befürchten, die zeitliche Doppelbelastung ist aber mit Blick

³⁹³ Dazu bereits *Großmann/Haak*, Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 63 ff.

³⁹⁴ Umfassend dazu *Großmann/Haak*, Effektivierung der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 45 ff.

auf den Gesundheitsschutz der Beschäftigten nicht außer Acht zu lassen. Zu beachten ist weiter § 8 BUrlG, auch wenn dieser nicht greift, sofern der Arbeitnehmer der anderen Tätigkeit berechtigterweise neben dem Arbeitsverhältnis nachgeht. Denn die Koordinierung der Urlaubszeiten kann in erwerbshybriden Konstellationen problematisch sein. Wird die selbstständige Tätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit im Arbeitsverhältnis fortgeführt, ist dies nur solange zulässig, wie der Genesungsprozess nicht beeinträchtigt wird. Dass die Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Selbstständigkeit verursacht wurde, hat wiederum nur in Ausnahmefällen Auswirkungen auf die Entgeltfortzahlung. Bei Mutterschaft besteht darüber hinaus die Besonderheit, dass der Frau im Rahmen ihrer anhängigen Beschäftigung die Regelungen des MuSchG zugutekommen, während die Selbstständigkeit entweder gar nicht oder nur begrenzt erfasst ist. Auch wenn, oder gerade, weil die Beschäftigungsverbote der Fortführung der Selbstständigkeit nicht entgegenstehen, ist die Belastung hybrid erwerbstätiger Mütter erheblich. Bei Elternzeit ist zudem § 15 Abs. 4 BEEG zu beachten.

Unabhängig von den gesetzlichen Vorgaben kann auch aus der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht folgen, dass der Arbeitnehmer bestimmte, auch selbstständige, Nebentätigkeiten zu unterlassen hat. Einschränkungen können sich außerdem aus den Wettbewerbsverboten der §§ 60, 61 HGB ergeben, die vor allem dann relevant werden, wenn sich der hybrid Erwerbstätige in der gleichen Branche betätigen will, in der er auch als Arbeitnehmer tätig ist. Zuletzt können auch individualvertragliche Nebentätigkeitsverbote oder Einwilligungsvorbehalte die synchrone Erwerbshybridität herausfordern, wirksam sind diese allerdings nur, wenn sie partiell gelten und berechnete Interessen des Arbeitgebers abbilden. Für tarifvertragliche Regelungen gilt letztlich nichts anderes, bei Verboten in Betriebsvereinbarungen ist die Grenze enger zu ziehen.

Eine weitere Besonderheit der synchronen Erwerbshybridität liegt darin, dass es sich bei dem Teil der Erwerbstätigkeit, der in abhängiger Beschäftigung ausgeübt wird, regelmäßig um eine Teilzeitbeschäftigung handelt. Das hat in erster Linie

zur Folge, dass der Beschäftigte nach § 4 Abs. 1 TzBfG nicht schlechter behandelt werden darf als ein vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter, auch nicht wegen der zusätzlichen Tätigkeit.

Darüber hinaus eröffnen die kollektiven Schutzrechte verschiedene Möglichkeiten zur Gestaltung synchroner Erwerbshybridität. So können auf Grundlage des § 87 Abs. 1 BetrVG Regelungen zur Verteilung der Arbeitszeit und zur Urlaubsgewährung getroffen werden, während § 88 BetrVG als Ausgangspunkt für die Regelung weiterer Vereinbarkeitsmaßnahmen dienen kann. Möglich ist zudem eine Erweiterung des § 99 BetrVG durch entsprechende tarifvertragliche Regelung. Die synchrone Erwerbshybridität wird ferner von § 75 und § 80 BetrVG erfasst, gleichwohl besteht die Möglichkeit, durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung eine Rücksichtnahme- und Förderpflicht speziell bezogen auf hybride Erwerbskonstellationen einzuführen. Aufgrund von Tarifverträgen kann darüber hinaus von den Regelungen des § 8 BUrlG und § 60 HGB abgewichen werden. Um mehr Rechtssicherheit sowie Bewusstsein für die spezifischen Interessen bei hybrider Erwerbstätigkeit zu schaffen, ist schließlich eine gesetzgeberische Erweiterung des § 99 und/oder § 80 BetrVG denkbar. Sowohl bei tarifvertraglichen Regelungen als auch bei solchen in Betriebsvereinbarungen ist dabei jedoch immer zu bedenken, dass diese (Heimarbeiter und bei Tarifverträgen arbeitnehmerähnliche Personen, ausgenommen) grundsätzlich von der abhängigen Beschäftigung ausgehen müssen. Größerer Handlungsspielraum bestünde erst bei einer Erweiterung des Kreises der in die kollektive Interessenvertretung einbezogenen Personen.³⁹⁵

D. Arbeitsrechtliche Herausforderungen bei serieller Erwerbshybridität

Wesentlicher Unterschied der seriellen Erwerbshybridität zur synchronen Erwerbstätigkeit ist, dass sich bei dieser Kombination die Herausforderungen

³⁹⁵ Dazu bereits *Großmann/Haak*, Effektivierung der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 19 ff., 45 ff.

nicht aus der Parallelität beider Erwerbsformen ergeben. Dementsprechend ist auch die arbeitsrechtliche Erfassung der Wechselwirkungen zwischen den beiden Erwerbsformen deutlich geringer. Sie treten allerdings dort auf, wo ein ausgeschiedener Arbeitnehmer für seinen Arbeitgeber zum potenziellen Konkurrenten werden kann, wie eine nähere Auseinandersetzung mit den §§ 74 ff. HGB zeigen wird. Daneben knüpfen bestimmte (Schutz-)Rechte an die Zugehörigkeit zu einem Betrieb oder Unternehmen an und werden für hybrid Selbstständige relevant, wenn sie Schwellen bei der Betriebszugehörigkeit nicht erreichen, weil das Arbeitsverhältnis unterbrochen wurde.

I. Arbeitsrechtliche Rahmung serieller Erwerbshybridität

1. Betriebszugehörigkeiten

Mehrere Normen des Arbeitsrechts knüpfen an das Bestehen eines rechtlichen oder tatsächlichen Bandes zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Zentrales Kriterium ist stets die Zuordnung eines Arbeitnehmers zu seiner Wirkungsstätte.³⁹⁶ Die begriffliche Einordnung dieser Tatbestandsvoraussetzung wird im Arbeitsrecht dagegen nicht einheitlich gefasst³⁹⁷ und variiert zwischen Begriffen wie der Betriebs- oder Unternehmenszugehörigkeit³⁹⁸ und dem Bestand eines Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses.³⁹⁹ Vereinfachend wird im Folgenden für all diese Tatbestände der Begriff der Betriebszugehörigkeit verwendet. Sie ist für Arbeitnehmer von Relevanz, weil der Gesetzgeber, aber auch die Tarifpartner, erhebliche Rechtsfolgen an Zeiträume knüpfen bzw. knüpfen können, in denen der Arbeitnehmer rechtlich oder tatsächlich in einen Betrieb eingebunden ist oder war.⁴⁰⁰ So hängen insbesondere Teilhaberechte wie das passive Wahlrecht zum Betriebsrat gem. § 8 BetrVG, wie auch Kündigungsschutztatbestände nach § 1 Abs. 1 und 3 KSchG und § 622 BGB von

³⁹⁶ Natzel, Die Betriebszugehörigkeit im Arbeitsrecht, S. 1.

³⁹⁷ Natzel, Die Betriebszugehörigkeit im Arbeitsrecht, S. 5; vgl. Richardi, in: FS Floretta, 1983, S. 595 (596 f.).

³⁹⁸ So etwa in § 8 BetrVG.

³⁹⁹ So beispielsweise § 622 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG.

⁴⁰⁰ Natzel, Die Betriebszugehörigkeit im Arbeitsrecht, S. 1.

der Dauer der Betriebszugehörigkeit ab. Für seriell hybrid Erwerbstätige ist in diesem Zusammenhang von gesteigertem Interesse, inwiefern Zeiten der Arbeitsunterbrechung und Vordienstzeiten die Bemessung der Betriebszugehörigkeit beeinflussen.⁴⁰¹ Denn gerade in Fällen, in denen ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis aufgibt, um sich einer Selbstständigkeit zu widmen und daran anschließend erneut für denselben Arbeitgeber tätig wird, stellt sich die Frage, ob die vorangegangene Beziehung für die Betriebszugehörigkeit von Relevanz ist. Im Folgenden werden die im Zusammenhang mit der seriellen Erwerbshybridität vorrangig relevanten arbeitsrechtlichen Normen,⁴⁰² deren Tatbestand an die Betriebszugehörigkeit Rechtsfolgen knüpft, erläutert.

a. Betriebszugehörigkeit und Kündigung

Grundsätzlich kann das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis durch einseitige Erklärung gekündigt werden. Das BGB schränkt diese Möglichkeit aufseiten des Arbeitgebers nur durch die Vorgabe von Fristen ein, deren Länge gem. § 622 BGB in Abhängigkeit zur Dauer des Arbeitsverhältnisses bemessen wird.⁴⁰³ Daneben gilt gerade auch im Hinblick auf den Schutzbedarf der Arbeitnehmer, die existenziell von dem Arbeitsverhältnis abhängen, ein umfangreiches Kündigungsschutzrecht,⁴⁰⁴ das insbesondere im KSchG verankert ist. Die Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 KSchG setzt wiederum voraus, dass das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, § 1 Abs. 1 KSchG.

aa. Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 BGB

§ 622 BGB bindet die ordentliche Kündigung an Kündigungsfristen und -termine.⁴⁰⁵ Diese sollen dem Vertragspartner die Gelegenheit verschaffen, sich

⁴⁰¹ Vgl. hierzu auch *Natzel*, Die Betriebszugehörigkeit im Arbeitsrecht, S. 2.

⁴⁰² In der Untersuchung außen vor bleiben § 20 BBiG und die Normen der betrieblichen Altersversorgung nach dem BetrAVG.

⁴⁰³ Däubler/Deinert *KSChR-Deinert*, Einleitung Rn. 1; *ErfK-Müller-Glöge*, § 622 BGB Rn. 1 f.

⁴⁰⁴ Däubler/Deinert *KSChR-Deinert*, Einleitung Rn. 1.

⁴⁰⁵ *ErfK-Müller-Glöge*, § 622 BGB Rn. 1.

rechtzeitig auf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses einstellen zu können.⁴⁰⁶ § 622 Abs. 2 BGB staffelt die Kündigungsfristen für den Arbeitgeber in Abhängigkeit von den Zeiten der Beschäftigung im Betrieb bzw. Unternehmen. Dadurch wird anerkannt, dass die Abhängigkeit eines Arbeitnehmers von seinem Arbeitgeber mit der zunehmenden Dauer des Arbeitsverhältnisses immer größer wird. Gleichzeitig erhalten die länger beschäftigten, betriebstreuen und regelmäßig älteren Arbeitnehmer einen verbesserten Kündigungsschutz.⁴⁰⁷ Maßgeblich für die Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 622 Abs. 2 BGB ist der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses in einem Betrieb oder Unternehmen.⁴⁰⁸ Im Zweifel beginnt die maßgebliche Beschäftigungsdauer zu dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer nach der vertraglichen Regelung seine Arbeit aufnehmen sollte.⁴⁰⁹ Tatsächliche Unterbrechungen der Arbeitsleistung, etwa aufgrund von Arbeitsunfähigkeit, haben auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses keine Auswirkungen.⁴¹⁰ Weil es für die Bestimmung der Kündigungsfrist auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ankommt, sind auch Zeiten in einem ruhenden Arbeitsverhältnis, wie etwa die Elternzeit eines Arbeitnehmers, bei der Fristberechnung zu berücksichtigen.⁴¹¹ Dagegen sind rechtliche Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses beachtlich. Frühere Beschäftigungszeiten eines Arbeitnehmers können bei der Feststellung der Kündigungsfrist grundsätzlich nicht in Anschlag gebracht werden.⁴¹² Eine Ausnahme gilt hierbei in Anknüpfung an die Rechtsprechung zur Wartezeit nach § 1 KSchG, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht.⁴¹³ Maßgebliche Anhaltspunkte für die

⁴⁰⁶ BAG, Urt. v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, BeckRS 2019, 39028 Rn. 45.

⁴⁰⁷ HK-ArbR-Schmitt, § 622 BGB Rn. 13.

⁴⁰⁸ Schaub ArbR-HdB-Rinck, § 126 Rn. 10.

⁴⁰⁹ Hier gilt das Gleiche wie hinsichtlich § 1 KSchG: BAG, Urt. v. 24.10.2013 – 2 AZR 1057/12, NZA 2014, 725; ErfK-Müller-Glöge, § 622 BGB Rn. 9.

⁴¹⁰ Schaub ArbR-HdB-Rinck, § 126 Rn. 10; HK-ArbR-Schmitt, § 622 BGB Rn. 16.

⁴¹¹ BeckOK ArbR-Gotthardt, § 622 BGB Rn. 23 (Stand: 01.12.2025); Schaub ArbR-HdB-Rinck, § 126 Rn. 10.

⁴¹² NK-GA-Boecken, § 622 BGB Rn. 8; ErfK-Müller-Glöge, § 622 BGB Rn. 10.

⁴¹³ BAG, Urt. v. 18.09.2003 – 2 AZR 330/02, NZA 2004, 319 (320); Unterbrechung für die Dauer der Schulferien: BAG, Urt. v. 19.06.2007 – 2 AZR 94/06, NZA 2007, 1103; LAG Niedersachsen,

Feststellung eines solchen Zusammenhangs sind der Anlass und die Dauer der Unterbrechung sowie die Art der Weiterbeschäftigung.⁴¹⁴ Schließen zwei rechtlich verschiedene Arbeitsverhältnisse nahtlos aneinander an, besteht jedenfalls ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang.⁴¹⁵

Es ist davon auszugehen, dass seriell hybrid Erwerbstätige ein Arbeitsverhältnis regelmäßig für einen Zeitraum unterbrechen, der länger ist, als es der Begriff des engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zulässt. Ihnen gereichen die rechtlichen Unterbrechungen insofern zum Nachteil, als ihre früheren Beschäftigungszeiten im Rahmen des § 622 Abs. 2 BGB nicht berücksichtigt werden.⁴¹⁶ Nach früherer Rechtsprechung des BAG sind vorherige Beschäftigungszeiten im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses bei der Fristberechnung einzubeziehen, wenn sich durch die Übernahme in ein Arbeitsverhältnis die Art der bisherigen Tätigkeit nicht verändert.⁴¹⁷ Allerdings hat in denjenigen Zeiten, in denen eine Person als freier Mitarbeiter im Rahmen eines Geschäftsbesorgungs-, Dienst- oder Auftragsverhältnisses beschäftigt war, kein Arbeitsverhältnis bestanden.⁴¹⁸ Die jetzige Gesetzesfassung verlangt aber für die Sonderkündigungsfrist des § 622 Abs. 2 BGB ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis, wodurch die Rechtsprechung heute überholt ist.⁴¹⁹

Urt. v. 25.11.2002 – 5 Sa 1183/02, NZA-RR 2003, 531 (534); NK-GA-Boecken, § 622 BGB Rn. 8; ErfK-Müller-Glöge, § 622 BGB Rn. 10.

⁴¹⁴ BAG, Urt. v. 20.08.1998 – 2 AZR 76/98, NZA 1999, 481; BAG, Urt. v. 18.09.2003 – 2 AZR 330/02, NZA 2004, 319.

⁴¹⁵ BAG, Urt. v. 20.06.2013 – 2 AZR 790/11, BeckRS 2013, 71024 Rn. 13; NK-GA-Boecken, § 622 BGB Rn. 8.

⁴¹⁶ Allerdings können Vordienstzeiten berücksichtigt werden, wenn entsprechende tarifvertragliche Regelungen bestehen. Im Einzelnen unter D.II.1.

⁴¹⁷ BAG, Urt. v. 06.12.1978 – 5 AZR 545/77, AP Angestelltenkündigungsg § 2 Nr. 7; ErfK-Müller-Glöge, § 622 BGB Rn. 10b.

⁴¹⁸ Schaub ArbR-HdB-Rinck, § 126 Rn. 10 - dies gilt selbstredend auch für die Beschäftigung als Arbeitnehmerähnliche Person bzw. als Heimarbeiter.

⁴¹⁹ Däubler/Deinert KSchR-Callsen, § 622 BGB Rn. 11; vgl. BeckOK ArbR-Gotthardt, § 622 BGB Rn. 23 (Stand: 01.12.2025).

bb. Kündigungsschutz nach dem KSchG

Das KSchG ist das zentrale Gesetz im Bereich des Kündigungsschutzes.⁴²⁰ Gleichwohl stellt das Gesetz keinen umfassenden Bestandsschutz für Arbeitsverhältnisse bereit, sondern es knüpft den Kündigungsschutz an bestimmte Voraussetzungen.⁴²¹ Grundsatznorm des KSchG ist § 1, der die ordentliche Kündigung unter die Voraussetzung der sozialen Rechtfertigung stellt.⁴²² Eine Bedingung für die Anwendbarkeit des § 1 KSchG ist nach Abs. 1 die mindestens seit sechs Monaten bestehende Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers. Hintergrund dieser Regelung ist die Erwägung, dass dem Arbeitgeber die Möglichkeit zur Erprobung des Arbeitnehmers gegeben werden soll, ohne dass er unmittelbar an die Voraussetzungen des § 1 KSchG gebunden ist.⁴²³ Entgegen der gesetzlichen Formulierung ist für die Bemessung der Wartezeit nach überwiegender Ansicht aber nicht die Zugehörigkeit zu einem Betrieb maßgeblich, sondern der rechtlich ununterbrochene Bestand des Arbeitsverhältnisses.⁴²⁴ Unwesentlich ist dagegen, ob der Arbeitnehmer während der Wartezeit auch tatsächlich gearbeitet hat.⁴²⁵ Ebenso sind – in Gleichlauf mit § 622 Abs. 2 BGB – tatsächliche Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses und Zeiten, in denen das Arbeitsverhältnis ruht, für die Wartezeit des § 1 KSchG unerheblich.⁴²⁶ Auch hinsichtlich der rechtlichen Unterbrechungen eines Arbeitsverhältnisses gilt das zu § 622 Abs. 2 BGB Gesagte: Sie führen grundsätzlich zu einer Unterbrechung der Wartezeit, es sei denn, zwischen zwei Arbeitsverhältnissen besteht ein enger sachlicher Zusammenhang.⁴²⁷ Für die Grundsätze zur Feststellung eines solchen Zusammenhangs kann nach oben

⁴²⁰ Däubler/Deinert KSchR-Deinert, § 1 KSchG Rn. 1.

⁴²¹ Preis/Vossen/Temming Kündigung-Temming Rn. 933.

⁴²² HaKo-KSchR-Mayer, § 1 KSchG Rn. 3; Däubler/Deinert KSchR-Deinert, § 1 KSchG Rn. 1.

⁴²³ BAG, Urt. v. 20.02.2014 – 2 AZR 859/11, NZA 2014, 1083 (1084 f.), Rn. 18; BAG, Urt. v. 21.11.2013 – 6 AZR 664/12, NZA 2014, 362 (362), Rn. 36; Däubler/Deinert KSchR-Deinert, § 1 KSchG Rn. 23.

⁴²⁴ BAG, Urt. v. 06.12.1976 – 2 AZR 470/75, NJW 1977, 1309 (1310); HK-ArbR-Schmitt, § 1 KSchG Rn. 563; Däubler/Deinert KSchR-Deinert, § 1 KSchG Rn. 23.

⁴²⁵ Schaub ArbR-HdB-Linck, § 130 Rn. 24.

⁴²⁶ HK-ArbR-Schmitt, § 1 KSchG Rn. 32; BAG, Urt. v. 22.12.1982 – 2 AZR 282/82, NJW 1983, 2782 (2784).

⁴²⁷ ErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 39 f.; HaKo-KSchR-Mayer, § 1 KSchG Rn. 87.

verwiesen werden.⁴²⁸ Ebenso werden im Rahmen der Fristberechnung von § 1 Abs. 1 KSchG Zeiten, in denen der Arbeitnehmer zuvor im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertragsverhältnisses für den Arbeitgeber tätig war, nicht berücksichtigt.⁴²⁹

Das KSchG enthält neben § 1 Abs. 1 KSchG zwei weitere Tatbestände, die an die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers anknüpfen. § 1 Abs. 3 KSchG gibt dem Arbeitgeber auf, bei der Auswahl eines zu kündigenden Arbeitnehmers Gesichtspunkte der sozialen Schutzbedürftigkeit zu berücksichtigen.⁴³⁰ Die soziale Auswahl des § 1 Abs. 3 KSchG dient der personellen Konkretisierung der dringenden betrieblichen Erfordernisse, die gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG zur Kündigung führen können.⁴³¹ Ziel der Regelung ist, den Arbeitnehmer zu ermitteln, den die Kündigung am wenigsten trifft.⁴³² Als ersten Auswahl Gesichtspunkt nennt § 1 Abs. 3 KSchG die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers. Wie in Abs. 1 ist das rechtliche Bestehen des Arbeitsverhältnisses für die Berechnung der Betriebszugehörigkeit maßgeblich.⁴³³ Dementsprechend sind auch im Kontext des § 1 Abs. 3 KSchG tatsächliche Unterbrechungen für die Länge der Betriebszugehörigkeit, ebenso wie das Ruhen des Arbeitsverhältnisses, unerheblich.⁴³⁴ Rechtliche Unterbrechungen führen hingegen – unter Berücksichtigung der geschilderten Ausnahmen – dazu, dass auch die Betriebszugehörigkeit unterbrochen wird.⁴³⁵ Tätigkeiten, die nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht wurden, bleiben ebenfalls unberücksichtigt.⁴³⁶

⁴²⁸ Vgl. auch ErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 40 ff.

⁴²⁹ Schaub ArbR-HdB-Linck, § 130 Rn. 25; ErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 36; vgl. BAG, Urt. v. 20.02.2014 – 2 AZR 859/11, NZA 2014, 1083 (1085 f.), Rn. 23 ff.

⁴³⁰ Däubler/Deinert KSchR-Deinert, § 1 KSchG Rn. 455.

⁴³¹ Schaub ArbR-HdB-Linck, § 135 Rn. 1.

⁴³² BAG, Urt. v. 27.04.2017 – 2 AZR 67/16, NZA 2017, 902.

⁴³³ Schaub ArbR-HdB-Linck, § 135 Rn. 22; HaKo-KSchR-Zimmermann, § 1 KSchG Rn. 863.

⁴³⁴ HK-ArbR-Schmitt, § 1 KSchG Rn. 563; ErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 331.

⁴³⁵ HaKo-KSchR-Zimmermann, § 1 KSchG Rn. 863.

⁴³⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 20.02.2014 – 2 AZR 859/11, NZA 2014, 1083 (1085), Rn. 24; HaKo-KSchR-Zimmermann, § 1 KSchG Rn. 863.

Für die Berechnung einer Abfindung im Falle der gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG wird in § 10 Abs. 2 KSchG die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers als ein Bemessungsfaktor genannt. Zwar gibt das Gesetz für das pflichtgemäße Ermessen bei der Festsetzung einer Abfindung keine Rangordnung bestimmter Umstände vor, Gerichte können aber neben den genannten Faktoren weitere Sozialdaten wie den Gesundheitszustand oder den Familienstand berücksichtigen. Neben dem Lebensalter wird die Betriebszugehörigkeit hier als wichtigster Faktor betrachtet.⁴³⁷ Auch die Vorschrift des § 10 Abs. 2 KSchG knüpft die Betriebszugehörigkeit an den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses.⁴³⁸ Zur Berechnung der Dauer der Betriebszugehörigkeit können hier sämtliche Grundsätze über die Berechnung der Wartezeit des § 1 KSchG herangezogen werden.

Hinsichtlich der Betriebszugehörigkeit nach dem KSchG gilt für seriell hybrid Selbstständige das zur Fristberechnung von § 622 BGB Gesagte: Der Wechsel aus einem Arbeitsverhältnis, der über einen kurzfristigen Zeitraum hinausgeht, führt dazu, dass ein Arbeitnehmer die Wartezeit für den Kündigungsschutz erneut durchlaufen muss. In diesem Fall kann bei einer Sozialauswahl auch nur eine kürzere Betriebszugehörigkeit berücksichtigt werden als bei Kollegen, die sich in der gleichen Zeit ununterbrochen in einem Arbeitsverhältnis befanden. Dies gilt schließlich auch für seriell hybrid Erwerbstätige, die zwischen zwei Arbeitsverhältnissen bei demselben Arbeitgeber für diesen im Rahmen eines Dienst-, Werk- oder Auftragsverhältnisses tätig waren.

b. Wartezeit bei Urlaub, § 4 BUrlG

Auch im BUrlG findet sich eine Regelung, die Rechtsfolgen an die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers knüpft. § 4 BUrlG legt fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Freistellung unter Fortzahlung der Bezüge

⁴³⁷ ErfK-Kiel, § 10 KSchG Rn. 5 f.; HK-ArbR-Hjort, § 10 KSchG Rn. 18 ff.

⁴³⁸ HaKo-KSchR-Gieseler, § 10 KSchG Rn. 19.

erst ab dem sechsmonatigen Bestehen des Arbeitsverhältnisses schuldet.⁴³⁹ Hintergrund der Regelung ist die Erwägung, dass der Arbeitgeber nicht durch eine umfassende volle Freistellung des Arbeitnehmers beansprucht werden soll, solange sich im Arbeitsverhältnis noch nicht eine gewisse Verdichtung eingestellt hat.⁴⁴⁰ Die Wartezeit des § 4 BUrlG beginnt mit dem Zeitpunkt, ab dem der Arbeitnehmer seine Tätigkeit vertragsgemäß aufnimmt bzw. bei Verhinderung hätte aufnehmen müssen.⁴⁴¹ Maßgeblich ist also auch hier der rechtliche Bestand, nicht der tatsächliche Vollzug des Arbeitsverhältnisses.⁴⁴² Tatsächliche Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses und Zeiten, in denen das Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes ruht, spielen auch für die Wartezeit des § 4 BUrlG keine Rolle.⁴⁴³ Teilweise wird vertreten, jede rechtliche Unterbrechung führe dazu, dass die Wartezeit ohne Anrechnung der zuvor abgeleisteten Zeit im Arbeitsverhältnis erneut beginne.⁴⁴⁴ Sowohl die Dauer, als auch der Anlass der Unterbrechung seien hierbei unerheblich.⁴⁴⁵ Nach heute überwiegender Ansicht führen rechtliche Unterbrechungen in Anlehnung an die Regelung des § 1 KSchG zwar grundsätzlich dazu, dass die Wartezeit erneut zurückgelegt werden muss, kurzfristige rechtliche Unterbrechungen sind aber ohne Auswirkung.⁴⁴⁶ Zeiten, in denen sich der Arbeitnehmer in einem freien Dienst-,

⁴³⁹ ErfK-Gallner, § 4 BUrlG Rn. 1.

⁴⁴⁰ HK-ArbR-Holthaus, § 4 BUrlG Rn. 1; ErfK-Gallner, § 4 BUrlG Rn. 1.

⁴⁴¹ HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 9.

⁴⁴² BAG, Urt. v. 18.03.2003 – 9 AZR 126/02, AP TzBfG § 8 Nr. 3; BAG, Urt. v. 20.10.2015 – 9 AZR 224/14, NZA 2016, 159 (160), Rn. 12; HK-ArbR-Holthaus, § 4 BUrlG Rn. 2; NK-GA-Düwell, § 4 BUrlG Rn. 6; BKZ-Zimmermann, § 4 BUrlG Rn. 8.

⁴⁴³ BAG, Urt. v. 18.03.2003 – 9 AZR 126/02, AP TzBfG § 8 Nr. 3; BAG, Urt. v. 06.05.2014 – 9 AZR 678/12, NZA 2014, 959; HK-ArbR-Holthaus, § 4 BUrlG Rn. 5; BKZ-Zimmermann, § 4 BUrlG Rn. 8.

⁴⁴⁴ So noch BAG, Urt. v. 15.11.2005 – 9 AZR 626/04, NJOZ, 5250 (5254), Rn. 26; erläuternd NK-GA-Düwell, § 4 BUrlG Rn. 8.

⁴⁴⁵ BAG, Urt. v. 15.11.2005 – 9 AZR 626/04, NJOZ, 5250 (5254), Rn. 26; erläuternd HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 34; NK-GA-Düwell, § 4 BUrlG Rn. 8.

⁴⁴⁶ So hat das BAG nunmehr geurteilt, dass in Fällen, in denen vereinbart ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen und schon vor der zwischenzeitlichen Beendigung feststeht, dass das Arbeitsverhältnis nur für kurze Zeit unterbrochen wird, der im Kalenderjahr geschuldete Urlaub ungekürzt zu gewähren ist: BAG, Urt. v. 20.10.2015 – 9 AZR 224/14, NZA 2016, 159 (160), Rn. 17; NK-GA-Düwell, § 4 BUrlG Rn. 8; BKZ-Zimmermann, § 4 BUrlG Rn. 10; Schaub ArbR-HdB-Linck, § 104 Rn. 26; HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 36 ff.; HK-ArbR-Holthaus, § 4 BUrlG Rn. 7.

Auftrags- oder Werkvertragsverhältnis zu dem späteren Arbeitgeber befunden hat, können bei der Berechnung der Wartezeit des § 4 BUrlG nicht angerechnet werden, weil aus einem freien Dienstverhältnis kein Urlaubsanspruch erwächst.⁴⁴⁷ Dies gilt allerdings nicht, wenn vor der Begründung eines Arbeitsverhältnisses eine Beschäftigung im Status einer arbeitnehmerähnlichen bei demselben Arbeit- bzw. Auftraggeber erfolgt ist. Arbeitnehmerähnliche werden den Arbeitnehmern in § 2 S. 2 BUrlG gleichgestellt, weshalb diese Beschäftigung auf die Wartezeit angerechnet werden kann.⁴⁴⁸ Gleiches gilt gem. § 12 BUrlG für Heimarbeiter.⁴⁴⁹ Wird der Betreffende umgekehrt im Anschluss an ein Arbeitsverhältnis als Arbeitnehmerähnlicher oder als Heimarbeiter für seinen ehemaligen Arbeitgeber tätig, kann er sich die zuvor abgeleistete Wartezeit ebenfalls anrechnen lassen.

c. Wählbarkeit und Wahlberechtigung zum Betriebsrat

Neben dem Arbeitsschutzrecht knüpft auch das BetrVG Rechtsfolgen an die Betriebszugehörigkeit eines Arbeitnehmers. So bindet § 8 Abs. 1 S. 1 BetrVG die Wählbarkeit zum Betriebsrat unter anderem an eine mindestens sechs Monate bestehende Betriebszugehörigkeit. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BPersVG sowie in den einzelnen Landespersonalvertretungsgesetzen,⁴⁵⁰ Beschäftigungszeiten in Betrieben des gleichen Unternehmens oder Konzerns können gem. § 8 Abs. 1 S. 2 BetrVG auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet werden. Hintergrund dieser Regelung ist der Gedanke, dass der Wahlbewerber hinreichend Überblick über die betrieblichen Verhältnisse besitzen soll.⁴⁵¹ Ein Beschäftigter gilt daher als betriebszugehörig i.S.d § 8 BetrVG, wenn er zu der Belegschaft des Betriebs

⁴⁴⁷ HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 17 ff.; NFK-Neumann, § 4 BUrlG Rn. 25.

⁴⁴⁸ BAG, Urt. v. 15.11.2005 – 9 AZR 626/04, NJOZ, 5250; HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 17; NK-GA-Düwell, § 4 BUrlG Rn. 7.

⁴⁴⁹ NFK-Neumann, § 4 BUrlG Rn. 27.

⁴⁵⁰ Zu den einzelnen Normierungen und etwaigen Abweichungen Altvater-Noll, § 15 BPersVG Rn. 30 f.

⁴⁵¹ BAG, Beschl. v. 28.11.1977 – 1 ABR 40/76, AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 2; BAG, Beschl. v. 10.10.2012 – 7 ABR 53/11, NJOZ, 790 (791), Rn. 16; Richardi-Thüsing, § 8 BetrVG Rn. 20.

gehört.⁴⁵² Dafür muss er aufgrund seines Arbeitsvertrags im Betrieb beschäftigt und auch tatsächlich eingegliedert sein.⁴⁵³ Eine allein arbeitsvertragliche Bindung zum Arbeitgeber reicht dagegen nicht aus.⁴⁵⁴

Kürzere tatsächliche Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses haben auch hier für die Berechnung der Betriebszugehörigkeit keine Relevanz.⁴⁵⁵ Überwiegend wird aber angenommen, dass längere tatsächliche Unterbrechungen den Lauf der Sechsmonatsfrist hemmen, wenngleich sie ihn nicht unterbrechen.⁴⁵⁶ Rechtliche Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses führen auch im Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 S. 1 BetrVG grundsätzlich zu einer Unterbrechung der Sechsmonatsfrist.⁴⁵⁷ Hier liegt eine andere Beurteilung als bei tatsächlichen Unterbrechungen nahe, weil es bei rechtlichen Unterbrechungen auch an dem erforderlichen rechtlichen Band des Arbeitsverhältnisses fehlt.⁴⁵⁸ Besteht zwischen zwei Arbeitsverhältnissen ein Sachzusammenhang in der Art, dass das neue Arbeitsverhältnis als Fortsetzung des alten betrachtet werden kann, sind die frühere Beschäftigungszeit und auch die Dauer der Unterbrechung, sofern diese nur von kurzer Dauer ist, ausnahmsweise auf die Betriebszugehörigkeit anzurechnen.⁴⁵⁹ Wann eine Unterbrechung so erheblich ist, dass sie zu einem Neubeginn der Sechsmonatsfrist führt, muss letztlich im Einzelfall beantwortet werden. Wird ein Arbeitsverhältnis für mehrere Monate unterbrochen, etwa weil der Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit aufgenommen hat,

⁴⁵² BeckOK ArbR-Besgen, § 8 BetrVG Rn. 13 (Stand: 01.12.2025); Fitting, § 8 BetrVG Rn. 34.

⁴⁵³ Fitting, § 8 BetrVG Rn. 34; ErfK-Koch, § 8 BetrVG Rn. 3; BeckOK ArbR-Besgen, § 8 BetrVG Rn. 13 (Stand: 01.12.2025).

⁴⁵⁴ BAG, Beschl. v. 28.11.1977 – 1 ABR 40/76, AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 2.

⁴⁵⁵ Fitting, § 8 BetrVG Rn. 44; Richardi-Thüsing, § 8 BetrVG Rn. 24; DKW-Homburg, § 8 BetrVG Rn. 13.

⁴⁵⁶ Richardi-Thüsing, § 8 BetrVG Rn. 24; Fitting, § 8 BetrVG Rn. 45; HK-BetrVG-Brors, § 8 BetrVG Rn. 6; Dieser Lesart ist allerdings entgegenzuhalten, dass letztlich die Wähler entscheiden müssen, ob ein Wahlbewerber mit einer kürzeren tatsächlichen Beschäftigungszeit Teil des Betriebsrats werden kann, weil ihm die Interessenvertretung zugetraut wird: DKW-Homburg, § 8 BetrVG Rn. 13.

⁴⁵⁷ Richardi-Thüsing, § 8 BetrVG Rn. 25; Fitting, § 8 BetrVG Rn. 39; DKW-Homburg, § 8 BetrVG Rn. 15.

⁴⁵⁸ DKW-Homburg, § 8 BetrVG Rn. 15.

⁴⁵⁹ Fitting, § 8 BetrVG Rn. 40.

sind die vorherigen Beschäftigungszeiten jedenfalls nicht mitzurechnen.⁴⁶⁰ Bei der Beurteilung ist letztlich ausschlaggebend, ob der Betreffende den erforderlichen Überblick über die betrieblichen Verhältnisse hat.⁴⁶¹

Wenngleich Konstellationen der Arbeitnehmerüberlassung im Zusammenhang mit der Erwerbshybridität mutmaßlich weniger häufig und damit für die vorliegende Untersuchung weniger relevant sind, sei der Vollständigkeit halber an dieser Stelle auch auf § 7 S. 2 BetrVG hingewiesen. Nach dieser Vorschrift kommt Arbeitnehmern, die zur Arbeitsleistung überlassen wurden, ein aktives Wahlrecht zum Betriebsrat nur dann zu, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. Die Regelung soll einer Erosion der Stammbesellschaft entgegenwirken, indem sie für bestimmte Fälle die Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitnehmern anerkennt.⁴⁶² Um die Überlassung eines Arbeitnehmers handelt es sich nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG, wenn dieser in den Einsatzbetrieb so eingegliedert ist, dass seine dortige Tätigkeit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers des Einsatzbetriebs unterliegt und dessen Zwecke verfolgt.⁴⁶³ Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Berechtigung, an Wahlen teilzunehmen, ab dem ersten Arbeitstag besteht, sofern ein mindestens dreimonatiger ununterbrochener Einsatz im Betrieb geplant ist.⁴⁶⁴ Ist der Leiharbeitnehmer am Wahltag noch keine drei Monate im Betrieb, muss der Wahlvorstand anhand der Gesamtumstände, wie dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und sonstigen Einsatzzeiten in der Vergangenheit, eine Prognoseentscheidung über die noch folgende Einsatzdauer treffen.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ DKW-Homburg, § 8 BetrVG Rn. 15.

⁴⁶¹ DKW-Homburg, § 8 BetrVG Rn. 15.

⁴⁶² BT-Drucks. 14/5741, S. 36.

⁴⁶³ HK-BetrVG-Brors, § 7 BetrVG Rn. 16.

⁴⁶⁴ BT-Drucks. 14/5741, S. 36; LAG Hamm, Beschl. v. 18.09.2015 – 13 TaBV 20/15, BeckRS 2015, 72847 Rn. 29; HK-BetrVG-Brors, § 7 BetrVG Rn. 17; ErfK-Koch, § 7 BetrVG Rn. 6.

⁴⁶⁵ LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 17.06.2015 – 4 TaBV 14/14, BeckRS 2015, 72007 Rn. 40 ff.; HK-BetrVG-Brors, § 7 BetrVG Rn. 17; ErfK-Koch, § 7 BetrVG Rn. 6.

Mit Blick auf die serielle Erwerbshybridität kann im Grundsatz auch hinsichtlich des Wahlrechts zum Betriebsrat auf das oben zum Kündigungsschutz- und Urlaubsrecht Gesagte verwiesen werden: Rechtliche Unterbrechungen, die nicht nur von kurzer Dauer sind und die im Rahmen der seriellen Erwerbshybridität mit dem Wechsel in die Selbstständigkeit regelmäßig anfallen, führen dazu, dass die Betriebszugehörigkeit erneut berechnet wird. Einem Arbeitsverhältnis vor- oder nachgelagerte Beschäftigungszeiten aufgrund eines Auftrags-, Dienst- oder Werkvertragsverhältnisses können in der Regel nicht auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet werden, weil das Erfordernis eines Arbeitsvertrags nicht erfüllt ist.⁴⁶⁶ Kann die entsprechende Tätigkeit allerdings als Heimarbeit qualifiziert werden, so ist die Tätigkeit bei der Feststellung der Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen, vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 BetrVG.⁴⁶⁷

2. Wettbewerbsverbote nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Mit dem Ausscheiden aus einem Unternehmen endet auch die Pflicht des Arbeitnehmers, gegenüber seinem Arbeitgeber in Wettbewerb zu treten.⁴⁶⁸ Ab diesem Zeitpunkt darf er sich grundsätzlich auch in der gleichen Branche wie sein Arbeitgeber selbstständig betätigen.⁴⁶⁹ Will sich der Arbeitgeber vor Konkurrenz seines ehemaligen Arbeitnehmers schützen, besteht die Möglichkeit zur Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, durch das der Arbeitnehmer (teilweise) auf sein Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG verzichtet.⁴⁷⁰ Nachvertragliche Verschwiegenheits- oder Treuepflichten des Arbeitnehmers begründen dagegen keinen Anspruch auf Wettbewerbsunterlassung.⁴⁷¹ Zum Schutz des Arbeitnehmers gelten für die Vereinbarung eines solchen nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gem.

⁴⁶⁶ Ausführlich *Großmann/Haak*, Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 33 ff.

⁴⁶⁷ *DKW-Homburg*, § 7 BetrVG Rn. 34; *ErfK-Koch*, § 7 BetrVG Rn. 4; *Fitting*, § 8 BetrVG Rn. 9.

⁴⁶⁸ *Küttner Personalbuch-Poeche*, Wettbewerbsverbot (nachvertraglich) Rn. 1.

⁴⁶⁹ *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel*, § 91 Rn. 1.

⁴⁷⁰ *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel*, § 91 Rn. 3.

⁴⁷¹ BAG, Urt. v. 19.05.1998 – 9 AZR 394/97, NZA 1999, 200 (201); LAG Köln, Urt. v. 18.01.2012 – 9 Ta 407/11, BeckRS 2012, 68079 unter 2.a.; *HWK-Diller*, § 74 HGB Rn. 5; *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel*, § 91 Rn. 1.

§§ 74 ff. HGB einige zwingende Voraussetzungen. Allgemein gilt als Leitgedanke, dass der Arbeitnehmer als die typisch schwächere Partei vor der übermäßigen Einschränkung seiner durch Art. 12 GG gewährleisteten Berufsfreiheit geschützt werden soll.⁴⁷²

a. Personeller Anwendungsbereich der §§ 74 ff. HGB

Allgemeine Rechtsquelle für die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten sind die §§ 74 ff. HGB.⁴⁷³ Der personelle Anwendungsbereich der §§ 74 ff. HGB ist grundsätzlich – wie das Wettbewerbsverbot nach den §§ 60 f. HGB – nur auf Handlungsgehilfen beschränkt. Über § 110 S. 2 GewO sind die Grundsätze der §§ 74 ff. HGB aber auch auf alle Arbeitsverhältnisse anzuwenden.⁴⁷⁴ Entsprechende Anwendung finden die §§ 74 ff. HGB in Auftragsverhältnissen, in denen ein Selbstständiger von seinem Auftraggeber wirtschaftlich abhängig ist.⁴⁷⁵ Dies wird bei wirtschaftlich abhängigen freien Mitarbeitern, Arbeitnehmerähnlichen und Heimarbeitern angenommen, weil diese Personen sich in einer den Arbeitnehmern vergleichbaren sozial schutzbedürftigen Lage befinden.⁴⁷⁶

Hybrid Erwerbstätige, die aus einem Arbeitsverhältnis ausscheiden und sich im Anschluss daran einer Selbstständigkeit widmen, werden demzufolge durch die Vorschriften der §§ 74 ff. HGB geschützt. Für Personen, die aus einer Selbstständigkeit in ein Arbeitsverhältnis wechseln, zeichnet sich unter Umständen ein anderes Bild. Hat sich der Betreffende zuvor gegenüber seinem Auftraggeber in einer Position wirtschaftlicher Abhängigkeit befunden, so richtet sich auch für ihn die Vereinbarung eines etwaigen Wettbewerbsverbots nach den §§ 74 ff. HGB. Bestand zum Zeitpunkt der Selbstständigkeit keine wirtschaftliche

⁴⁷² HK-ArbR-Schlegel, § 74 HGB Rn. 1; Hopt-Roth, § 74 HGB Rn. 3.

⁴⁷³ Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 13.

⁴⁷⁴ Die §§ 74 ff. HGB gelten ohne Weiteres auch für freiberuflich tätige Arbeitgeber und ihre Arbeitnehmer: BAG, Urt. v. 16.12.2021 – 8 AZR 498/20, NZA 2022, 713 (716).

⁴⁷⁵ BAG, Urt. v. 21.01.1997 – 9 AZR 778/95, NZA 1997, 1284 (1285); LAG Köln, Urt. v. 02.06.1999 – 2 Sa 138/99, NZA-RR 2000, 19 (22); HWK-Diller, § 74 HGB Rn. 9; Küttner Personalbuch-Poeche, Wettbewerbsverbot (nachvertraglich) Rn. 3.

⁴⁷⁶ LAG Köln, Urt. v. 02.06.1999 – 2 Sa 138/99, NZA-RR 2000, 19 (22); MüKoHGB-Thüsing, § 74 HGB Rn. 9.

Abhängigkeit, sind entschädigungslos vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbote zumindest an § 138 BGB i.V.m. Art. 2 und Art. 12 GG bzw. den §§ 305 ff. BGB zu messen. Hier wird dann berücksichtigt, ob ein Wettbewerbsverbot, das die Aufnahme eines bestimmten Beschäftigungsverhältnisses untersagt, die freie Berufswahl des betreffenden Arbeitnehmers übermäßig einschränken würde. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass soziale Schutzbedürftigkeit von Selbstständigen auch vorliegen kann, wenn ein Solo-Selbstständiger nicht nur einen, sondern mehrere Vertragspartner hat.⁴⁷⁷ Insofern liegt es nahe, die §§ 74 ff. HGB immer dann zur Anwendung zu bringen, wenn nur so die wirtschaftliche Existenz eines Selbstständigen gewährleistet ist.⁴⁷⁸

b. Voraussetzungen für die wirksame Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots

Erste Voraussetzung für die wirksame Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots ist die Einigung während des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses.⁴⁷⁹ Ein Wettbewerbsverbot wird durch einen gegenseitigen Vertrag (§§ 145 ff. BGB) vereinbart und kann als solches in einem Arbeitsvertrag oder in einer anderweitigen Vereinbarung geregelt werden.⁴⁸⁰ Gem. § 110 S. 1 GewO ist immer dann von einem Wettbewerbsverbot auszugehen, wenn allgemein die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers beschränkt wird. Ein wirksam vereinbartes Wettbewerbsverbot muss darüber hinaus gem. § 74 Abs. 1 HGB schriftlich abgeschlossen und dem Arbeitnehmer ausgehändigt

⁴⁷⁷ *Großmann/Haak*, Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 56 ff.

⁴⁷⁸ Zu möglichen Handlungsoptionen der Tarifparteien unter II.

⁴⁷⁹ *HWK-Diller*, § 74 HGB Rn. 12; *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel*, § 91 Rn. 8.

⁴⁸⁰ *HK-ArbR-Schlegel*, § 74 HGB Rn. 6.

werden.⁴⁸¹ Werden die Formvorschriften nicht eingehalten, ist die Vereinbarung gem. § 125 BGB nichtig.⁴⁸²

Der Inhalt eines Wettbewerbsverbots hängt in erster Linie von den individuellen Vereinbarungen der Parteien ab. So können sich Wettbewerbsverbote auf selbstständige wie auf nichtselbstständige Tätigkeiten oder auf die Aufnahme von Geschäftskontakten zu Kunden des ehemaligen Arbeitgebers beziehen⁴⁸³ und sowohl tätigkeits-, produkt- als auch unternehmensbezogen vereinbart werden.⁴⁸⁴ Grenzen normieren die §§ 74 ff. HGB und § 138 BGB.⁴⁸⁵ Beachtlich ist zunächst die Vorschrift des § 74a Abs. 1 S. 1 HGB, wonach eine Wettbewerbsklausel unverbindlich ist, sofern sie kein berechtigtes geschäftliches Interesse des Arbeitgebers schützt.⁴⁸⁶ Der Arbeitgeber soll sich nur vor solchen geschäftlichen Nachteilen schützen können, die aus einer späteren Konkurrenzfähigkeit des Arbeitnehmers folgen können und darf den Arbeitnehmer nicht unbillig behindern.⁴⁸⁷ Voraussetzung für ein verbindliches Wettbewerbsverbot ist daher eine finale Beziehung zwischen der früheren Tätigkeit des Arbeitnehmers und dem untersagten wettbewerbsrelevanten

⁴⁸¹ BAG, Urt. v. 14.07.2010 – 10 AZR 291/09, NZA 2011, 413 (416); dieses Formerfordernis nimmt neben der Klarstellungs- und Beweisfunktion insbesondere eine Warnfunktion gegenüber dem Arbeitnehmer ein: Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 17.

⁴⁸² ErfK-Oetker, § 74 HGB Rn. 14; Küttner Personalbuch-Poeche, Wettbewerbsverbot (nachvertraglich) Rn. 8.

⁴⁸³ BAG, Urt. v. 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, NJW 1988, 1686 (1686); MüKoHGB-Thüsing, § 74 HGB Rn. 24.

⁴⁸⁴ BAG, Urt. v. 21.01.1997 – 9 AZR 778/95, NZA, 1284; BAG, Urt. v. 26.05.1992 – 9 AZR 27/91, NZA 1992, 976; tätigkeitsbezogene Wettbewerbsverbote beziehen sich auf bestimmte in der Vereinbarung beschriebene Arbeiten, während unternehmensbezogene Wettbewerbsverbote allgemein die Tätigkeit in einem konkurrierenden Unternehmen untersagen: MüKoHGB-Thüsing, § 74 HGB Rn. 24; produktbezogene Wettbewerbsverbote schränken die Tätigkeit von Unternehmen ein, die sich mit der Herstellung, Entwicklung oder dem Vertrieb bestimmter Produkte befassen. Ist der Wettbewerb hinsichtlich bestimmter Produkte beschränkt, kann die Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen nur insoweit beschränkt werden, wie sie im Zusammenhang mit dem jeweiligen Produkt steht: Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 9.

⁴⁸⁵ HK-ArbR-Schlegel, § 74 HGB Rn. 6; vgl. Oetker-Günther-Gräff, § 74 HGB Rn. 6.

⁴⁸⁶ BAG, Urt. v. 30.01.1970 – 3 AZR 348/69, AP GewO § 133f Nr. 24.

⁴⁸⁷ MüKoHGB-Thüsing, § 74a HGB Rn. 3; HWK-Diller, § 74a HGB Rn. 1 f.

Verhalten.⁴⁸⁸ Daneben darf sich ein Wettbewerbsverbot in örtlicher Hinsicht nur auf das Gebiet beziehen, in dem der Arbeitgeber auch Konkurrenz befürchten muss.⁴⁸⁹ Ferner schreibt § 74a Abs. 1 S. 2 HGB vor, dass das Wettbewerbsverbot unverbindlich ist, wenn es das Fortkommen des Arbeitnehmers unbillig erschwert. Dies kann der Fall sein, wenn die Untersagung des Wettbewerbs unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand den Arbeitnehmer übermäßig belastet.⁴⁹⁰ Bei der Feststellung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, also beispielsweise das Alter des Arbeitnehmers, seine Stellung im Betrieb oder der Umfang des Wettbewerbsverbots.⁴⁹¹ Ein wesentliches Merkmal stellt die Höhe der Karenzentschädigung dar: Je großzügiger diese ausfällt, desto eher kann eine weitreichende Beschränkung des Arbeitnehmers gerechtfertigt werden.⁴⁹² Schließlich darf ein Wettbewerbsverbot die Dauer von zwei Jahren gem. § 74a Abs. 1 S. 3 HGB nicht übersteigen. Verstößt eine Vereinbarung gegen die Vorgaben des § 74a Abs. 1 HGB, ist es unverbindlich.

Ferner ist ein Wettbewerbsverbot gem. § 74 Abs. 2 HGB nur verbindlich, wenn es vonseiten des Arbeitgebers die Zusage einer Karenzentschädigung enthält. Die Höhe der Entschädigung muss für jedes Jahr des vereinbarten Wettbewerbsverbots mindestens die Hälfte aller vom Arbeitnehmer bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreichen.⁴⁹³ Die Karenzentschädigung soll dem Arbeitnehmer den Lebensstandard sichern, den er sich aufgrund der vorherigen Tätigkeit erarbeitet hat und damit den Nachteil ausgleichen, der ihm durch die

⁴⁸⁸ BAG, Urt. v. 21.03.1964 – 5 AZR 232/63, BeckRS 1964, 103674; BAG, Urt. v. 22.11.1965 – 3 AZR 130/65, NJW 1966, 689 (690); BAG, Urt. v. 01.08.1995 – 9 AZR 884/93, NJW 1996, 1364 (1365); HWK-Diller, § 74a HGB Rn. 5.

⁴⁸⁹ HWK-Diller, § 74a HGB Rn. 9.

⁴⁹⁰ Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 53.

⁴⁹¹ BAG, Urt. v. 21.04.2010 – 10 AZR 288/09, NZA 2010, 1175 (1176), Rn. 17; BAG, Urt. v. 19.12.2018 – 10 AZR 130/18, NZA 2019, 383 (386), Rn. 34; ErfK-Oetker, § 74a HGB Rn. 3; Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 53.

⁴⁹² BAG, Urt. v. 21.04.2010 – 10 AZR 288/09, NZA 2010, 1175 (1176), Rn. 17; Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 53.

⁴⁹³ Neben der monatlichen Vergütung zählen dazu beispielsweise auch Urlaubs- und Weihnachtsgeld, sowie Gewinn- und Umsatzbeteiligungen: ErfK-Oetker, § 74 HGB Rn. 15; HK-ArbR-Schlegel, § 74 HGB Rn. 39.

Beschränkung seiner Arbeitskraft entsteht.⁴⁹⁴ Die Zusage des Arbeitgebers muss so eindeutig formuliert sein, dass der Arbeitnehmer die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Höhe beurteilen kann.⁴⁹⁵ Die Zusage einer „angemessenen Entschädigung“ ist dagegen unzureichend.⁴⁹⁶ Fehlt dem Wettbewerbsverbot jede Zusage einer Entschädigung, ist es nichtig.⁴⁹⁷ Erfüllt eine Entschädigungszusage dagegen die Voraussetzungen des § 74 Abs. 2 HGB nicht, weil sie die gesetzlich vorgeschriebene Mindesthöhe nicht erreicht, ist das Wettbewerbsverbot gem. § 75 d HGB unverbindlich.

Rechtsfolge der Unverbindlichkeit ist aufseiten des Arbeitnehmers ein Wahlrecht, auf die Zahlung der vereinbarten Karenzentschädigung zu verzichten und sich im konkurrierenden Geschäftsfeld zu betätigen oder sich auf das Wettbewerbsverbot einzulassen und dafür die Zahlung der Entschädigung zu verlangen.⁴⁹⁸ Im zweiten Fall reicht es aus, wenn der Arbeitnehmer sich zu Beginn des vereinbarten Zeitraums für das Wettbewerbsverbot entscheidet und der Wettbewerbsuntersagung nachkommt.⁴⁹⁹ Voraussetzung ist aber, dass die Entscheidung endgültig ist und der Arbeitnehmer den Wettbewerb während des gesamten in Rede stehenden Zeitraums unterlässt.⁵⁰⁰ Eine darüber hinausgehende Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber ist dagegen nicht erforderlich.⁵⁰¹

c. Anrechnung anderweitigen Erwerbs

Die Entschädigungspflicht des Arbeitgebers wird mit der Vorschrift des § 74c HGB dahingehend beschränkt, dass der Arbeitnehmer sich auf die

⁴⁹⁴ BAG, Urt. v. 09.01.1990 – 3 AZR 110/88, NZA, 519 (519).

⁴⁹⁵ BAG, Urt. v. 15.01.2014 – 10 AZR 243/13, NZA, 536 (538), Rn. 23; ErfK-Oetker, § 74 HGB Rn. 15.

⁴⁹⁶ HK-ArbR-Schlegel, § 74 HGB Rn. 37; vgl. auch Küttner Personalbuch-Poeche, Wettbewerbsverbot (nachvertraglich) Rn. 1.

⁴⁹⁷ BAG, Urt. v. 22.03.2017 – 10 AZR 448/15, NZA 2017, 845.

⁴⁹⁸ Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 47.

⁴⁹⁹ BAG, Urt. v. 22.05.1990 – 3 AZR 647/88, NZA 1991, 263; BAG, Urt. v. 14.07.2010 – 10 AZR 291/09, NZA 2011, 413 (415), Rn. 22; BAG, Urt. v. 15.01.2014 – 10 AZR 243/13, NZA, 536 (538), Rn. 25.

⁵⁰⁰ BAG, Urt. v. 14.07.2010 – 10 AZR 291/09, NZA 2011, 413 (415), Rn. 22.

⁵⁰¹ BAG, Urt. v. 22.05.1990 – 3 AZR 647/88, NZA 1991, 263.

Entschädigung dasjenige anrechnen lassen muss, was er durch die anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt, § 74c Abs. 1 Alt. 1 HGB. Spiegelbildlich zu § 74 HGB wird hierbei sämtliches Einkommen des Arbeitnehmers berücksichtigt, also alle geldwerten Leistungen zur Abgeltung der eigenen Arbeitskraft, wozu auch Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit zählen,⁵⁰² auch Gratifikationen, auf die der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch hat.⁵⁰³ Einnahmen aus einer Nebentätigkeit, der der Arbeitnehmer schon während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses nachgegangen ist, also aus parallel ausgeübter Selbstständigkeit, sind nicht anrechenbar, weil ein Zusammenhang zwischen dem Erwerb und dem Wettbewerbsverbot fehlt.⁵⁰⁴ Darüber hinaus muss sich der Arbeitnehmer das anrechnen lassen, was er zu erwerben böswillig unterlassen hat, § 74c Abs. 1 Alt. 2 HGB. Gem. § 74c Abs. 2 HGB ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber nach dessen Aufforderung über die Höhe seines Erwerbs Auskunft zu erteilen. Allerdings setzt der Auskunftsanspruch des Arbeitgebers voraus, dass eine Anrechnungsmöglichkeit eingetreten ist, das Arbeitsverhältnis beendet und das Wettbewerbsverbot wirksam geworden ist.⁵⁰⁵ Wird eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt, kann der Arbeitgeber von seinem ehemaligen Arbeitnehmer die Vorlage eines Einkommenssteuerbescheids verlangen.⁵⁰⁶

Wird ein Wettbewerbsverbot erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgeschlossen, bemisst sich seine Rechtmäßigkeit nicht mehr nach den §§ 74 ff. HGB, sodass die Grenze von solchen Wettbewerbsverboten nur noch

⁵⁰² BAG, Urt. v. 27.02.2019 – 10 AZR 340/18, NZA 2019, 837 (839), Rn. 25.

⁵⁰³ BAG, Urt. v. 16.11.1973 – 3 AZR 61/73, NJW 1974, 765; ErfK-Oetker, § 74c HGB Rn. 2; HK-ArbR-Schlegel, § 74c HGB Rn. 3 f.

⁵⁰⁴ BAG, Urt. v. 16.05.1969 – 3 AZR 137/68, NJW 1970, 443 (445); ErfK-Oetker, § 74c HGB Rn. 3.

⁵⁰⁵ ErfK-Oetker, § 74c HGB Rn. 9; MüKoHGB-Thüsing, § 74c HGB Rn. 27; vgl. BAG, Urt. v. 26.10.1978 – 3 AZR 649/77, NJW 1979, 2166 (2166); BAG, Urt. v. 19.02.1997 – 5 AZR 379/94L, BeckRS 1997, 30767166.

⁵⁰⁶ BAG, Urt. v. 27.02.2019 – 10 AZR 340/18, NZA 2019, 837 (839), Rn. 27; ErfK-Oetker, § 74c HGB Rn. 9.

die §§ 138, 242 BGB bzw. abhängig von der jeweiligen Vereinbarung die §§ 305 ff. BGB sind.⁵⁰⁷

d. Kollektivrechtliche Vereinbarungen über Wettbewerbsverbote

aa. Tarifvertragliche Regelungen

In der Literatur wird überwiegend davon ausgegangen, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote in Tarifverträgen verankert werden können.⁵⁰⁸ Allerdings wurde, soweit ersichtlich, bislang kein Tarifvertrag mit einer Regelung vereinbart, die ein Wettbewerbsverbot vorsieht. Vereinzelt konturieren Tarifverträge Wettbewerbsverbote weiter aus, wenn die Vertragsparteien des Individualarbeitsvertrags ein Wettbewerbsverbot vereinbaren.⁵⁰⁹ So sieht etwa § 6 Abs. 4 des Manteltarifvertrages für Akademiker in der Chemischen Industrie vor, dass abweichend von § 74 Abs. 2 HGB eine Karenzentschädigung in Höhe der vollen Vergütung zu zahlen ist.⁵¹⁰ Seitdem die Geltung der §§ 74 ff. HGB für alle Arbeitnehmer normiert wurde, finden sich aber nur noch selten tarifvertragliche Regelungen, die Wettbewerbsverbote betreffen.⁵¹¹ Heute wird eine Tarifdispositivität der §§ 74 ff. HGB überwiegend abgelehnt.⁵¹² Das BAG geht auch in anderen tariflichen Fragen davon aus, dass Tarifverträge nur dann Vorgaben zuungunsten der Arbeitnehmer machen dürfen, wenn das Gesetz eine entsprechende Öffnungsklausel bereithält.⁵¹³ Eine Befugnis der

⁵⁰⁷ BAG, Urt. v. 03.05.1994 – 9 AZR 606/92, NZA 1995, 72 (73); im Ergebnis gilt hier dann Ähnliches wie bei Organmitgliedern, s.o.: Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 4 Rn. 12; siehe i.Ü. zur AGB-Kontrolle bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 6.

⁵⁰⁸ Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 27; ErfK-Oetker, § 75d HGB Rn. 3; HK-ArbR-Schlegel, § 75d HGB Rn. 4; MüKoHGB-Thüsing, § 75d HGB Rn. 8; Grunsky, Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer, S. 132.

⁵⁰⁹ Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 27; vgl. Chung, Wettbewerbsregelungen im Tarifvertrag, S. 8 ff., S. 208 ff.; Wertheimer, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 42 ff.

⁵¹⁰ Fischer, in: FS Weinspach, 2002, S. 37 (45); Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 16; Bundesarbeitgeberverband Chemie e. V. et al., Manteltarifvertrag, S. 9.

⁵¹¹ Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 29; MüKoHGB-Thüsing, § 75d HGB Rn. 8.

⁵¹² ErfK-Oetker, § 75d HGB Rn. 3; Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 28; HK-ArbR-Schlegel, § 75d HGB Rn. 4.

⁵¹³ Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 28; HK-ArbR-Schlegel, § 75d HGB Rn. 4; MüKoHGB-Thüsing, § 75d HGB Rn. 9 f.

Tarifvertragsparteien, entgegen § 75d HGB von den gesetzlichen Regelungen abzuweichen, ist nicht anzunehmen.⁵¹⁴

bb. Betriebsvereinbarungen

Wettbewerbsverbote können grundsätzlich auch Gegenstand von Betriebsvereinbarungen sein.⁵¹⁵ Die Rechtsprechung hat bislang aber nur ein Fall beschäftigt, in dem Wettbewerbsverbote durch eine Betriebsvereinbarung normiert wurden. Hierbei vereinbarten ein Arbeitgeber und ein Gesamtbetriebsrat ein Wettbewerbsverbot für die Verkaufsfahrer eines Getränkemarkts.⁵¹⁶ Das LAG Hamm entschied, dass die Regelung für diejenigen Fahrer, die bereits als Tourenfahrer im Betrieb tätig waren, nicht gelte, weil sie mit einer so weitgehenden Regelung nicht hätten rechnen müssen. Für neu in den Betrieb eintretende Arbeitnehmer ließ das Gericht ausdrücklich offen, ob die Betriebsvereinbarung Bindung entfaltet.⁵¹⁷ Indessen darf in Bezug auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote nichts anderes gelten, als für Nebentätigkeitsverbote während eines laufenden Arbeitsverhältnisses: Der Regelungskompetenz der Betriebspartner ist die außerbetriebliche, private Lebensgestaltung entzogen.⁵¹⁸ Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot beschränkt den Arbeitnehmer in seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit und bedarf auch einer schriftlichen Vereinbarung i.S.d. §§ 74 ff. HGB zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁵¹⁹ Das schließt die wirksame Regelung eines Wettbewerbsverbots durch eine Betriebsvereinbarung

⁵¹⁴ Die frühere Rechtsprechung des BAG, die dazu tendierte, eine Tarifdispositivität der §§ 74 ff. HGB anzunehmen, ist damit überholt. Zur früheren Rechtsprechung BAG, Urt. v. 12.11.1971 – 3 AZR 116/71, AP HGB § 74 Nr. 28.

⁵¹⁵ Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 33; *Grunsky*, Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer, S. 134; *Wertheimer*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 46.

⁵¹⁶ LAG Hamm, Beschl. v. 29.06.1965 – 1ABR 2/65, BB 1965, 988 (988).

⁵¹⁷ LAG Hamm, Beschl. v. 29.06.1965 – 1ABR 2/65, BB 1965, 988 (988); Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 33.

⁵¹⁸ Dazu bereits unter C.I.4.a.

⁵¹⁹ Fitting, § 77 BetrVG Rn. 109; Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 22; *Grunsky*, Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer, S. 134.

aus.⁵²⁰ Unabhängig davon kann man eine Kompetenz der Betriebspartner zu Ungunsten der Arbeitnehmer von den §§ 74 ff. HGB abzuweichen, noch weniger anerkennen, als bei den Tarifvertragsparteien.⁵²¹

e. Wegfall des Wettbewerbsverbots

Grundsätzlich beginnen Wettbewerbsverbote mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu laufen und binden die Vertragspartner unabhängig davon, wie das Arbeitsverhältnis beendet wurde.⁵²² Davon unberührt ist die jederzeit bestehende Möglichkeit, das Wettbewerbsverbot durch einvernehmliche Vereinbarung aufzugeben. Ein entsprechender Aufhebungsvertrag unterliegt keinen Formvorschriften.⁵²³

Gem. § 75a HGB kann der Arbeitgeber noch bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch schriftliche Erklärung auf die Wettbewerbsunterlassung des Arbeitnehmers verzichten. Das Wettbewerbsverbot entfällt dann mit sofortiger Wirkung, das heißt der Arbeitnehmer kann nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses konkurrierend tätig werden.⁵²⁴ Demgegenüber bleibt der Arbeitgeber für die Dauer eines Jahres zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichtet, sogar wenn der Arbeitnehmer zu ihm in Konkurrenz tritt.⁵²⁵

Im Übrigen sieht § 75 HGB für bestimmte Auflösungsstatbestände von Arbeitsverhältnissen die Möglichkeit eines Lossagungsrechts von wirksam vereinbarten Wettbewerbsverboten vor.⁵²⁶ Im Fall der berechtigten

⁵²⁰ Fitting, § 77 BetrVG Rn. 109; Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 22; HWK-Diller, § 74 HGB Rn. 4; wohl auch Oetker-Günther-Gräff, § 74 HGB Rn. 5; a.A. GK-BetrVG-Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 380; H/W/G/N/R/H-Worzalla, § 77 BetrVG Rn. 70; Grunsky, Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer, S. 134.

⁵²¹ Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 33; MüKoHGB-Thüsing, § 75d HGB Rn. 11.

⁵²² Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 14 Rn. 2; HK-ArbR-Schlegel, § 74 HGB Rn. 23; Küttner Personalbuch-Poeche, Wettbewerbsverbot (nachvertraglich) Rn. 30.

⁵²³ BAG, Urt. v. 10.01.1989 – 3 AZR 460/87, NZA 1989, 797.

⁵²⁴ BAG, Urt. v. 17.02.1987 – 3 AZR 59/86, NZA 1987, 453; Küttner Personalbuch-Poeche, Wettbewerbsverbot (nachvertraglich) Rn. 21.

⁵²⁵ BAG, Urt. v. 17.02.1987 – 3 AZR 59/86, NZA 1987, 453; Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 45.

⁵²⁶ Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 14 Rn. 2.

außerordentlichen Kündigung normiert § 75 HGB in Abs. 1 und 3 ein Lösungsrecht des jeweils kündigenden Vertragsteils. Wird das Arbeitsverhältnis außerordentlich gekündigt, muss der Kündigende dem anderen Teil gem. § 75 Abs. 1 HGB (für Arbeitgeber i.V.m. Abs. 3) binnen eines Monats schriftlich erklären, sich nicht mehr an das Wettbewerbsverbot gebunden zu fühlen. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus ordentlichem Grund, hat der Arbeitnehmer gem. § 75 Abs 2 HGB das Recht sich loszusagen, wenn er für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in seiner Person keinen erheblichen Anlass gegeben hat.⁵²⁷ Einschränkung schreibt allerdings § 75 Abs 2 S. 1 Alt. 2 HGB vor, dass das Lossagungsrecht des Arbeitnehmers entfällt, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei der Kündigung zusichert, die Karenzentschädigung für den gesamten Zeitraum auf 100 % der Bezüge zu erhöhen.⁵²⁸

f. Rechtsfolgen

Wurde das Wettbewerbsverbot entsprechend der vorstehenden Anforderungen wirksam vereinbart, so trifft den Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Pflicht, den Wettbewerb in dem vertraglich vereinbarten Umfang zu unterlassen.⁵²⁹ Solange sich der Arbeitnehmer an die Vereinbarung hält, ist der Arbeitgeber zur Zahlung der Karenzentschädigung verpflichtet.⁵³⁰ Die Karenzentschädigung ist gem. § 74b HGB jeweils am Monatsende fällig.⁵³¹

Besteht die Vermutung, dass der Arbeitnehmer sich nicht an das Wettbewerbsverbot hält, hat der Arbeitgeber auch diesbezüglich einen Auskunftsanspruch.⁵³² Hat der Arbeitnehmer eine selbstständige Tätigkeit aufgenommen, richtet sich dieser Anspruch auf die Art und den Umfang der durch

⁵²⁷ Küttner *Personallbuch-Poeche*, Wettbewerbsverbot (nachvertraglich) Rn. 23; Bauer/Diller *Wettbewerbsverbote*, § 14 Rn. 4.

⁵²⁸ Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 67.

⁵²⁹ BAG, Urt. v. 21.04.2010 – 10 AZR 288/09, NZA 2010, 1175 (1176), Rn. 11; Küttner *Personallbuch-Poeche*, Wettbewerbsverbot (nachvertraglich) Rn. 28.

⁵³⁰ BAG, Urt. v. 10.09.1985 – 3 AZR 490/83, NZA 1986, 134; BAG, Urt. v. 21.04.2010 – 10 AZR 288/09, NZA 2010, 1175 (1176), Rn. 11.

⁵³¹ Eine zugunsten des Arbeitnehmers hiervon abweichende Vereinbarung ist gem. § 75d S. 1 HGB unzulässig.

⁵³² BAG, Urt. v. 22.04.1967 – 3 AZR 347/66, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 12.

den ehemaligen Arbeitnehmer getätigten Geschäfte.⁵³³ Wenn der Arbeitnehmer gegen ein wirksames Wettbewerbsverbot verstößt, kann der Arbeitgeber ihn auf Unterlassung und Beseitigung fortbestehender Störungen verklagen.⁵³⁴ Zudem entfällt die Entschädigungspflicht des Arbeitgebers gem. §§ 320 ff. BGB. Eine bereits zu Unrecht gezahlte Karenzentschädigung kann gem. § 326 Abs. 4 BGB zurückgefordert werden.⁵³⁵ Darüber hinaus hat der Arbeitgeber in diesem Fall einen Anspruch auf Schadensersatz nach den §§ 280 ff. BGB und er kann nach einer erfolglosen Fristsetzung gem. § 323 Abs. 1, 5 BGB von der Vereinbarung über die Wettbewerbsuntersagung zurücktreten, wenn er an der Erfüllung des Wettbewerbsverbots kein Interesse mehr hat.⁵³⁶ Ab dem Zeitpunkt, ab dem der Arbeitnehmer die Wettbewerbsabrede wieder einhält, kann er die Karenzentschädigung erneut verlangen.⁵³⁷ Schließlich können im Rahmen von Wettbewerbsabreden gem. § 75c HGB auch Vertragsstrafen vereinbart werden, die als Teil der Abrede ebenfalls der Schriftform bedürfen.⁵³⁸ Wurde eine Vertragsstrafe vereinbart, kann der Arbeitgeber im Fall der Nichterfüllung des Wettbewerbsverbots gem. § 75c HGB i.V.m. § 340 Abs. 1 BGB zwischen der Erfüllung des Wettbewerbsverbots für die Zukunft einerseits und der Zahlung der Vertragsstrafe andererseits wählen. Entscheidet sich der Arbeitgeber also für die Geltendmachung der Vertragsstrafe, kann er danach nicht mehr die Einhaltung des Wettbewerbsverbots von seinem ehemaligen Arbeitnehmer verlangen.

3. Schlussfolgerungen für hybrid Erwerbstätige

Der Wechsel zwischen einer selbstständigen Tätigkeit und einer Anstellung in einem Arbeitsverhältnis wird vom Arbeitsrecht nur bedingt erfasst. Eine ausdrückliche gesetzliche Rahmung hat letztlich nur in den §§ 74 ff. HGB

⁵³³ HWK-Diller, § 74 HGB Rn. 111; HK-ArbR-Schlegel, § 74 HGB Rn. 24.

⁵³⁴ BAG, Urt. v. 21.04.2010 – 10 AZR 288/09, NZA 2010, 1175 (1176); Hopt-Roth, § 74 HGB Rn. 10.

⁵³⁵ BAG, Urt. v. 05.08.1968 – 3 AZR 128/67, AP HGB § 74 Nr. 24; HWK-Diller, § 74 HGB Rn. 116.

⁵³⁶ Oetker-Günther-Gräff, § 74 HGB Rn. 31; Hopt-Roth, § 74 HGB Rn. 12; HK-ArbR-Schlegel, § 74 HGB Rn. 28.

⁵³⁷ BAG, Urt. v. 10.09.1985 – 3 AZR 490/83, NZA 1986, 134.

⁵³⁸ Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Klengel, § 91 Rn. 76.

stattgefunden, die gem. § 110 S. 2 GewO auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden sind. Für seriell hybrid Erwerbstätige ist hierbei wichtig, dass sie nach der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses dem Grunde nach nicht dazu verpflichtet sind, Konkurrenz gegenüber ihrem ehemaligen (und möglicherweise zukünftigen) Arbeitgeber zu unterlassen. Eine Vereinbarung über die Unterlassung von Wettbewerb ist höchstens für die Dauer von zwei Jahren möglich⁵³⁹ und setzt zu ihrer Wirksamkeit die Einhaltung bestimmter Formvorschriften und Mindestbedingungen voraus.⁵⁴⁰ Insbesondere muss der ehemalige Arbeitnehmer eine angemessene Karenzentschädigung erhalten.⁵⁴¹ Entschließt sich ein Arbeitnehmer zu einer selbstständigen Tätigkeit, gibt ihm das Gesetz vor der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots die Möglichkeit zur Abwägung, ob diese Einschränkung der Berufsfreiheit aus seiner Sicht rentabel erscheint. Die §§ 74 ff. HGB gelten ebenfalls für Selbstständige, die wirtschaftlich von ihrem Auftraggeber abhängig sind, also jedenfalls für Arbeitnehmerähnliche und Heimarbeiter.

Im Übrigen werden seriell hybrid Erwerbstätige mittelbar durch das Arbeitsrecht erfasst, weil Tatbestände im Kündigungsschutzrecht, im BUrlG und im BetrVG Rechtsfolgen an die Zugehörigkeit zu einem Betrieb oder die Dauer eines Arbeitsverhältnisses knüpfen. Vordienstzeiten werden in sämtlichen Gesetzen nicht berücksichtigt, wenn zwischen zwei Arbeitsverhältnissen eine nicht nur sehr kurzfristige Unterbrechung liegt. Diese Systematik wirkt sich auf seriell hybrid Erwerbstätige dann nachteilig aus, wenn eine selbstständige Tätigkeit, die zwischen zwei Arbeitsverhältnissen ausgeübt wird, regelmäßig über einen längeren Zeitraum ausgeübt wird. Positiv hervorzuheben ist die Wartezeit nach § 4 BUrlG, bei der eine vorherige Beschäftigung als Arbeitnehmerähnlicher oder Heimarbeiter berücksichtigt wird. Vordienstzeiten als Arbeitnehmer sind vice

⁵³⁹ BAG, Urt. v. 19.05.1998 – 9 AZR 394/97, NZA 1999, 200; HK-ArbR-Schlegel, § 74 HGB Rn. 1; HWK-Diller, § 74 HGB Rn. 12.

⁵⁴⁰ Küttner Personalbuch-Poeche, Wettbewerbsverbot (nachvertraglich) Rn. 1.

⁵⁴¹ BAG, Urt. v. 15.06.1993 – 9 AZR 558/91, NZA 1994, 502 (505).

versa im Rahmen eines Dienstverhältnisses als Arbeitnehmerähnlicher bzw. Heimarbeiter anzurechnen.

II. Adäquate Berücksichtigung bei der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger

Auch bei der seriellen Erwerbshybridität stellt sich schließlich die Frage, inwieweit die mit dem Wechsel der Erwerbsformen einhergehenden Herausforderungen im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung adressiert werden können.

1. Tarifvertragliche Regelbarkeit

Ein erstes Augenmerk gilt in diesem Zusammenhang der Regelbarkeit durch Tarifverträge. Voraussetzung dafür, dass den Hürden, die im Zusammenhang mit serieller Erwerbshybridität auftreten können, überhaupt im Wege tariflicher Vereinbarungen begegnet werden kann, ist die Tarifdispositivität der relevanten Bestimmungen.

Beispielsweise regelt § 8 BetrVG die Voraussetzungen der Wählbarkeit zum Betriebsrat abschließend und zwingend, weshalb abweichende Vereinbarungen durch Tarifvertrag nicht zulässig sind.⁵⁴²

Demgegenüber sind die angesprochenen Vorschriften des Kündigungsrechts tarifdispositiv. Für § 622 Abs. 2 BGB ergibt sich dies aus § 622 Abs. 4 S. 1 BGB.⁵⁴³ Weil nach dessen Formulierung „abweichende Regelungen“ durch Tarifvertrag zulässig sind, können die Tarifvertragsparteien sowohl längere als auch kürzere Kündigungsfristen vereinbaren.⁵⁴⁴ Außerdem sind tarifliche Regelungen bezüglich der Voraussetzungen, unter denen der Anspruch auf verlängerte Kündigungsfristen entsteht, möglich. Hierbei müssen

⁵⁴² BAG, Beschl. v. 16.02.1973 – 1 ABR 18/72, AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 1; BAG, Beschl. v. 12.10.1976 – 1 ABR 1/76, AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 1; ErfK-Koch, § 8 BetrVG Rn. 1; Fitting, § 8 BetrVG Rn. 3; DKW-Homburg, § 8 BetrVG Rn. 2; im Personalvertretungsrecht bestimmt § 3 BPersVG, dass von dem Gesetz abweichende Regelungen nicht zulässig sind, für vergleichbare Bestimmungen in den LPersVG Altvater-Berg, § 3 BPersVG Rn. 9.

⁵⁴³ Zudem gibt § 622 Abs. 4 S. 2 BGB den nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit, im Geltungsbereich eines Tarifvertrags die Übernahme der tariflichen Regelungen im Einzelarbeitsvertrag zu verankern: ErfK-Müller-Glöge, § 622 BGB Rn. 19.

⁵⁴⁴ ErfK-Müller-Glöge, § 622 BGB Rn. 19; Schaub ArbR-HdB-Rinck, § 126 Rn. 25.

die Tarifvertragsparteien nicht der Zielsetzung des § 622 Abs. 2 BGB genügen, (dienst-)ältere Arbeitnehmer durch längere Fristen stärker zu schützen.⁵⁴⁵ Werden abweichende Kündigungsfristen vereinbart, müssen diese aber den Vorgaben des Art. 3 GG und des AGG genügen.⁵⁴⁶ Die Einschränkungen des Kündigungsschutzes dürfen außerdem nicht grenzenlos sein: Es ist unzulässig, wenn die Tarifvertragsparteien Vereinbarungen treffen, nach denen praktisch der gesamte Kündigungsschutz dem Grunde nach und auch die Kündigungsfristen beseitigt werden.⁵⁴⁷

Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 KSchG stellt ohnehin einseitig zwingendes Recht dar, das heißt, abweichende Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer benachteiligen, sind unzulässig.⁵⁴⁸ Im Übrigen können aber sowohl individual- als auch tarifvertragliche Regelungen getroffen werden, die die sechsmonatige Wartezeit verkürzen oder ausschließen.⁵⁴⁹ Eine Verkürzung der Wartezeit kann sich auch dadurch ergeben, dass Vordienstzeiten bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet werden.⁵⁵⁰ Auch im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG können grundsätzlich Beschäftigungszeiten berücksichtigt werden, die im Rahmen der Wartezeit ausgeschlossen wären.⁵⁵¹ Das gilt insbesondere für Anrechnungszeiten in einem

⁵⁴⁵ BAG, Urt. v. 23.04.2008 – 2 AZR 21/07, NZA 2008, 960; BAG, Urt. v. 18.10.2018 – 2 AZR 374/18, NZA 2019, 246 (249), Rn. 36; BAG, Urt. v. 24.10.2019 – 2 AZR 158/18, BeckRS 2019, 39028 Rn. 29 f.

⁵⁴⁶ ErfK-Müller-Glöge, § 622 BGB Rn. 22; instruktiv zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes Däubler/Deinert KSchR-Callsen, § 622 BGB Rn. 20 ff.

⁵⁴⁷ Mit Blick auf ein unbegrenztes Suspendierungsrecht BAG, Urt. v. 18.10.1994 – 1 AZR 503/93, NZA 1995, 1064 (1066); Däubler/Deinert KSchR-Callsen, § 622 BGB Rn. 18.

⁵⁴⁸ BAG, Urt. v. 20.2.2014 – 2 AZR 859/11, NZA 2014, 1083 (1088); BAG, Urt. v. 20.06.2013 – 2 AZR 790/11, BeckRS 2013, 71024 Rn. 14; Schaub ArbR-HdB-Linck, § 130 Rn. 24; Linck/Preis-Vossen/Wullenkord, § 1 KSchG Rn. 23.

⁵⁴⁹ BAG, Urt. v. 14.05.1987 – 2 AZR 380/86, BeckRS 1980, 43791; BAG, Urt. v. 28.02.1990 – 2 AZR 425/89, NZA 1990, 858; Däubler/Deinert KSchR-Deinert, § 1 KSchG Rn. 38; Schaub ArbR-HdB-Linck, § 130 Rn. 24.

⁵⁵⁰ BAG, Urt. v. 23.2.2017 – 6 AZR 665/15, NZA 2017, 995 (998); BAG, Urt. v. 20.2.2014 – 2 AZR 859/11, NZA 2014, 1083 (1088), Rn. 44; BAG, Urt. v. 20.06.2013 – 2 AZR 790/11, BeckRS 2013, 71024(Rn. 14); vgl. BAG, Urt. v. 14.05.1987 – 2 AZR 380/86, BeckRS 1980, 43791; BAG, Urt. v. 28.02.1990 – 2 AZR 425/89, NZA 1990, 858; Linck/Preis-Vossen/Wullenkord, § 1 KSchG Rn. 23; Däubler/Deinert KSchR-Deinert, § 1 KSchG Rn. 38.

⁵⁵¹ Linck/Preis-Kiel, § 1 KSchG Rn. 730; Däubler/Deinert KSchR-Deinert, § 1 KSchG Rn. 530; a.A. KBN-Krause, § 1 KSchG Rn. 941.

Tarifvertrag.⁵⁵² Grenze einer entsprechenden Vereinbarung ist die Umgehung der Grundsätze bei der sozialen Auswahl,⁵⁵³ weil eine Anrechnungsvereinbarung, die eine konkrete Sozialauswahlentscheidung manipuliert, einem Vertrag zu Lasten Dritter gleichkommt.⁵⁵⁴

Auch § 4 BUrlG ist gem. § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG tarifdispositiv. Daraus folgt, dass die Tarifvertragsparteien die Wartezeit für die Arbeitnehmer sowohl verkürzen, als auch verlängern dürfen.⁵⁵⁵ Sehen tarifvertragliche Bestimmungen vor, dass Vordienstzeiten eines Arbeitnehmers auf die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit anzurechnen sind, stellt sich die Frage, inwieweit sich solche Vorgaben auch auf die Regelung des § 4 BUrlG auswirken.⁵⁵⁶ Weil ein Arbeitnehmer, dessen Vordienstzeit sechs Monate übersteigt, seinen vollen Urlaubsanspruch bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses geltend machen könnte,⁵⁵⁷ sind solche Bestimmungen in der Regel nicht auf die Wartezeit nach § 4 BUrlG anwendbar.⁵⁵⁸ Entscheidend für die Auslegung der Tarifnorm ist aber letztlich immer der jeweilige Zweck der entsprechenden tarifvertraglichen Vereinbarung.⁵⁵⁹

Hinsichtlich der §§ 74 ff. HGB gilt schließlich, dass nachvertraglichen Wettbewerbsverbote gesetzlich bereits angemessene Grenzen gesetzt werden. Regelungen zu Wettbewerbsverboten können in Tarifverträgen getroffen werden,

⁵⁵² Däubler/Deinert KSchR-*Deinert*, § 1 KSchG Rn. 530; HK-ArbR-*Schmitt*, § 1 KSchG Rn. 564; vgl. Linck/Preis-Kiel, § 1 KSchG Rn. 730.

⁵⁵³ BAG, Urt. v. 02.06.2005 – 2 AZR 480/04, NZA, 207; Gaul/Lunk, NZA 2004, 184 (185); HaKo-KSchR-Zimmermann, § 1 KSchG Rn. 863.

⁵⁵⁴ Linck/Preis-Kiel, § 1 KSchG Rn. 730.

⁵⁵⁵ NK-GA-Düwell, § 4 BUrlG Rn. 16; NFK-Neumann, § 4 BUrlG Rn. 10 f.; HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 47.

⁵⁵⁶ Vgl. HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 20.

⁵⁵⁷ HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 20.

⁵⁵⁸ HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 20; NFK-Neumann, § 4 BUrlG Rn. 29.

⁵⁵⁹ HK-BUrlG-Hohmeister, § 4 BUrlG Rn. 20.

solange sie nicht gegen die §§ 74 ff. HGB verstoßen.⁵⁶⁰ Eine tarifvertragliche Besserstellung gegenüber den Schutzvorschriften ist aber möglich.⁵⁶¹

2. Regelungen in Betriebsvereinbarungen

Zu klären ist weiter, inwieweit auch die Betriebsparteien Regelungen zugunsten der seriell hybrid Beschäftigten treffen können. Vorab gilt es sich in Erinnerung zu rufen, dass den Betriebsparteien in sachlicher Hinsicht grundsätzlich eine umfassende Befugnis zur Regelung aller formellen und materiellen Arbeitsbedingungen zukommt. Zu beachten ist jedoch die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG, die greift, wenn Arbeitsbedingungen tariflich geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden.

Parallel zu dem zu Tarifverträgen Gesagten fragt sich zunächst, inwieweit im Rahmen einer freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG die Fristen der arbeitgeberseitigen Kündigung nach § 622 Abs. 2 BGB oder die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG gelockert werden können. Die Kündigungsfristen des § 622 BGB mögen zwar tarifdispositiv sein, im Übrigen handelt es sich aber grundsätzlich um zwingendes Recht, sodass eine Verkürzung nur in Ausnahmefällen zulässig ist. Die Möglichkeiten, durch Tarifvertrag von § 622 BGB abzuweichen, können auf Betriebsvereinbarungen nicht übertragen werden.⁵⁶² § 622 Abs. 5 S. 3 BGB stellt aber zumindest für individualvertragliche Vereinbarungen ausdrücklich klar, dass eine Verlängerung der Kündigungsfrist grundsätzlich möglich ist.⁵⁶³ Für Betriebsvereinbarungen kann nichts anderes gelten: Die Kündigungsfristen des § 622 BGB können zwar nicht verschärft, aber grundsätzlich verlängert werden. Regelmäßig wird jedoch § 77 Abs. 3 BetrVG der Regelung von Kündigungsfristen in Betriebsvereinbarungen entgegenstehen, weil oftmals ein Tarifvertrag existiert oder eine tarifliche

⁵⁶⁰ ErfK-Oetker, § 75d HGB Rn. 3; Bauer/Diller Wettbewerbsverbote, § 2 Rn. 27 f.; HK-ArbR-Schlegel, § 75d HGB Rn. 4.

⁵⁶¹ ErfK-Oetker, § 75d HGB Rn. 3; HK-ArbR-Schlegel, § 75d HGB Rn. 4; MüKoHGB-Thüsing, § 75d HGB Rn. 8; Grunsky, Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer, S. 132; Wertheimer, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, S. 42 ff.

⁵⁶² Däubler/Deinert KSchR-Callsen, § 622 BGB Rn. 44.

⁵⁶³ BAG, Urt. v. 29.8.2001 – 4 AZR 337/00, NZA 2000, 1346 (1347).

Regelung zumindest üblich ist.⁵⁶⁴ Die Wartezeit des § 1 KSchG stellt, wie gesehen, ebenfalls zwingendes Recht dar, von dem nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen werden kann. Durch individual- oder kollektivvertragliche Vereinbarung kann sie aber sowohl ausgeschlossen als auch verkürzt werden.⁵⁶⁵ Auch durch Betriebsvereinbarung kann der Kündigungsschutz somit auf solche Arbeitsverhältnisse erstreckt werden, die noch keine sechs Monate bestanden haben. Dies kann, wie gezeigt, auch durch die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten erfolgen. Genauso dürften Anrechnungsregeln möglich sein, die im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG berücksichtigt werden können, wenngleich entsprechende Regelungen in bestehenden Betriebsvereinbarungen keine Rolle spielen.

§ 4 BUrlG, der das Bestehen des Urlaubsanspruchs an eine sechsmonatige Wartezeit knüpft, ist gleichermaßen einseitig zwingend.⁵⁶⁶ Während für Tarifverträge § 13 BUrlG gilt, sind abweichende Vereinbarungen durch Individualvertrag oder Betriebsvereinbarung nur zulässig, sofern sie zugunsten des Arbeitnehmers wirken. Eine Verkürzung oder ein Ausschluss der Wartezeit ist also möglich.⁵⁶⁷ Für den Urlaubsanspruch gilt mithin das Gleiche wie für den Kündigungsschutz: Die Betriebspartner können der Problematik beim Übergang von einer selbstständigen zu einer abhängigen Tätigkeit dadurch abhelfen, dass sie eine Regelung treffen, die die Wartezeit des § 4 BUrlG lockert oder gänzlich aufhebt bzw. eine Vorbeschäftigung berücksichtigt.⁵⁶⁸ Auch hier ist jedoch zu beachten, dass eine tarifvertragliche Regelung des Urlaubs in der Regel üblich ist, sodass die Sperrvorschrift des § 77 Abs. 3 BetrVG greift.⁵⁶⁹

⁵⁶⁴ Däubler/Deinert *KSchR-Callsen*, § 622 BGB Rn. 44; BeckOK *ArbR-Gotthardt*, § 622 BGB Rn. 50 (Stand: 01.12.2025).

⁵⁶⁵ Dazu bereits unter C.I.1.a.bb.

⁵⁶⁶ NFK-Neumann, § 4 BUrlG Rn. 10.

⁵⁶⁷ NFK-Neumann, § 4 BUrlG Rn. 10; HK-*ArbR-Holthaus*, § 4 BUrlG Rn. 10; ErfK-*Gallner*, § 13 BUrlG Rn. 23 f.

⁵⁶⁸ § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG ist in diesem Fall nicht einschlägig, weil dieser die Organisation des Urlaubs betrifft und den Zeitpunkt des Erwerbs des Urlaubsanspruchs nicht erfasst.

⁵⁶⁹ NFK-Neumann, § 4 BUrlG Rn. 14.

Dagegen ist es, wie schon bei Tarifverträgen, nicht möglich, in einer betrieblichen Regelung zu vereinbaren, dass die Wählbarkeit zum Betriebsrat, beispielsweise in Fällen einer Vorbeschäftigung, unabhängig von der Frist des § 8 Abs. 1 BetrVG gegeben ist.⁵⁷⁰ Nichtsdestotrotz ist darauf hinzuweisen, dass die Grenze des § 8 Abs. 1 BetrVG zumindest für einen Teil der seriellen hybrid Erwerbstätigen weniger relevant wäre, wenn ohnehin ein größerer Teil der schutzbedürftigen Soloselbstständigen in das BetrVG einbezogen wäre. Bei einer Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs der Betriebsverfassung auf sämtliche arbeitnehmerähnliche Personen,⁵⁷¹ wären zumindest diejenigen wählbar, die zunächst selbstständig als Arbeitnehmerähnliche und anschließend als Arbeitnehmer für einen Auftraggeber bzw. Arbeitgeber gearbeitet haben und umgekehrt. Dies würde dann der Rechtslage im Urlaubsrecht entsprechen.

3. Zwischenfazit

Festzuhalten ist: Nicht nur durch Tarifvertrag, auch durch Betriebsvereinbarung können die Fristen des § 622 Abs. 2 BGB verlängert und die Wartezeiten des KSchG und des BUrlG, die den Beschäftigten im Fall serieller Erwerbshybridität Rechte vorenthalten, gelockert werden. So ist etwa eine Regelung denkbar, die bei einer rechtlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses wegen serieller Erwerbshybridität eine Kündigungsfrist vorsieht, deren Länge an die Dauer des früheren Arbeitsverhältnisses anknüpft. Genauso sind die Tarifparteien und Betriebspartner befugt, eine Regelung zu treffen, nach der der Kündigungsschutz des KSchG oder der volle Urlaubsanspruch entweder unabhängig vom Erreichen der jeweiligen Wartezeit oder unter Anrechnung von vorherigen Beschäftigungszeiten entsteht, wenn ein Arbeitnehmer vor Begründung des Arbeitsverhältnisses in einem früheren Arbeitsverhältnis bei demselben

⁵⁷⁰ Für betriebsverfassungsrechtliche Normen, um die es sich insoweit handeln würde, gilt die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht, Fitting, § 77 BetrVG Rn. 144.

⁵⁷¹ Dazu bereits *Großmann/Haak*, Effektivierung der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 8 ff.

Arbeitgeber beschäftigt war oder für denselben Arbeitgeber eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt hat. Soll dabei nicht *jede* frühere Beschäftigung anrechnungsfähig sein, könnte als Minus auch ein sachlicher Zusammenhang zwischen den verschiedenen Tätigkeiten verlangt oder eine zeitliche Höchstgrenze vorgesehen werden. Zu beachten ist jedoch, dass entsprechenden Regelungen in Betriebsvereinbarungen regelmäßig die Sperrvorschrift des § 77 Abs. 3 BetrVG entgegenstehen dürfte. Eine von § 8 Abs. 1 BetrVG abweichende Vereinbarung ist derweil weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung zulässig.

Klar sein muss bei alledem schließlich, dass potenzielle Regelungen sowohl in Tarifverträgen als auch in Betriebsvereinbarungen ihre Grenzen stets in der personellen Regelungskompetenz der jeweiligen Parteien finden.⁵⁷² Bestimmungen in Tarifverträgen können sich *de lege lata* grundsätzlich nur auf den zeitlichen Abschnitt beziehen, in dem der seriell hybrid Erwerbstätige aufgrund eines Arbeitsverhältnisses tätig wird (vgl. § 1 Abs. 1 TVG). Etwas anderes gilt nur bei arbeitnehmerähnlichen Personen oder in Heimarbeit Beschäftigten; in ihrem Fall sind grundsätzlich beide Phasen der Erwerbstätigkeit tariflich regelbar. Genauso können betriebliche Regelungen nur den Zeitraum erfassen, in dem der hybrid Erwerbstätige Arbeitnehmer des Betriebs ist, es sei denn es handelt sich um in Heimarbeit Beschäftigte, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten, § 5 Abs. 1 BetrVG.⁵⁷³

Auch für die serielle Erwerbshybridität gilt allerdings, dass ein größerer Teilbereich dieser Erwerbskonstellation kollektiv regelbar wäre, wenn die Anwendungsbereiche des kollektiven Arbeitsrechts einen größeren Teil der

⁵⁷² Dazu unter C.III.1.a.aa, C. III.2.b.

⁵⁷³ Zur Einbeziehung Selbstständiger in den personellen Geltungsbereich des kollektiven Arbeitsrechts *Großmann/Haak*, Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 32 ff.

schutzbedürftigen Soloselbstständigen erfassen würden. So könnte nicht nur § 5 Abs. 1 BetrVG, sondern auch § 12a TVG erweitert werden.⁵⁷⁴

III. Zusammenfassung serielle Erwerbshybridität

Im Zusammenhang mit der seriellen Erwerbshybridität stehen Erwerbstätige insbesondere im Hinblick auf die Betriebszugehörigkeit vor Herausforderungen. Ausdrücklich gesetzlich gerahmt wird der Wechsel zwischen einer Tätigkeit als Arbeitnehmer und als Selbstständiger durch die nachvertraglichen Wettbewerbsverbote gem. §§ 74 ff. HGB.

Zwar ist der Begriff der Betriebszugehörigkeit in den arbeitsrechtlichen Vorschriften nicht einheitlich definiert, beschreibt in verschiedenen Tatbeständen aber die Zuordnung eines Arbeitnehmers zu seiner Wirkstätte und knüpft daran Rechtsfolgen, wie etwa die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 Abs. 1 KSchG. Im Bereich der Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 2 BGB und des Kündigungsschutzes gem. § 1 Abs. 1 und 3 KSchG gilt, dass die Berechnung der Betriebszugehörigkeit im Fall der rechtlichen Unterbrechung, wie dies beim Wechsel zwischen einem Arbeitsverhältnis und einer Selbstständigkeit der Fall ist, mit jedem geschlossenen Arbeitsvertrag erneut zu laufen beginnt. Ebenso wirken sich Zeiten, in denen eine Person zuvor selbstständig für den späteren Arbeitgeber tätig war, nicht auf die Berechnung der Betriebszugehörigkeit aus. Hinsichtlich der Wartezeit nach § 4 BUrlG gelten die gleichen Grundsätze, mit der Besonderheit, dass zuvor abgeleistete Zeiten im Rahmen eines Status als Arbeitnehmerähnlicher oder als Heimarbeiter angerechnet werden. Wechselt eine Person aus einem Arbeitsverhältnis in ein Beschäftigungsverhältnis als Heimarbeiter oder als Arbeitnehmerähnlicher, sind zuvor abgeleistete Zeiten als Arbeitnehmer vice versa anzurechnen. Den genannten Regelungen ist gemein, dass die Tarifvertragsparteien und die Betriebspartner Vereinbarungen treffen können, die abweichende Regelungen

⁵⁷⁴ Umfassend dazu *Großmann/Haak*, Effektivierung der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, S. 8 ff., 45 ff.

über die Betriebszugehörigkeit vorsehen. Insbesondere sind Vereinbarungen denkbar, nach denen Rechte im Zusammenhang mit der Kündigung oder dem Urlaub unabhängig vom Erreichen der jeweiligen Wartezeit oder unter Anrechnung von Vordienstzeiten entstehen. Für § 8 BetrVG gilt, dass Unterbrechungen von mehreren Monaten zwischen zwei Beschäftigungsverhältnissen ebenfalls eine Neuberechnung der Betriebszugehörigkeit nach sich ziehen. Vorgelagerte Beschäftigungszeiten aufgrund eines Auftrags-, Dienst- oder Werkvertragsverhältnisses können grundsätzlich nur auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet werden, wenn sie sich als Heimarbeit qualifizieren lassen. Eine abweichende kollektivvertragliche Regelung über die Wählbarkeit zum Betriebsrat ist nicht möglich.

Hinsichtlich der §§ 74 ff. HGB ist abschließend festzuhalten, dass der Gesetzgeber für den Bereich der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote ein umfassendes Regelungsregime zum Schutz des ehemaligen Arbeitnehmers geschaffen hat. Insbesondere können Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur zur Unterlassung von Wettbewerb verpflichtet werden, wenn eine angemessene Karenzentschädigung gezahlt wird und sich eine entsprechende Vereinbarung auf einen Zeitraum bezieht, der zwei Jahre nicht übersteigt. Wechselt ein ehemals Selbstständiger in ein Angestelltenverhältnis, hängt die Anwendbarkeit der §§ 74 ff. HGB nach der Rechtsprechung davon ab, ob der Betreffende sich zuvor in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit gegenüber seinem Auftraggeber befunden hat. Kollektivvertragliche Regelungen über nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind zulässig, allerdings nur, wenn sie den Mindestschutz der §§ 74 ff. HGB nicht unterlaufen.

E. Zusammenfassung

Die synchrone wie auch die seriellen Erwerbshybridität sind Phänomene, die in der modernen Arbeitswelt zunehmend an Bedeutung erlangen. Gleichwohl ist bisher weitgehend unbeachtet geblieben, dass sowohl die Kombination als auch der Wechsel von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit aus arbeitsrechtlicher Sicht einige Herausforderungen birgt, die wiederum erkennen

lassen, dass das Arbeitsrecht nur bedingt auf hybride Erwerbskonstellationen ausgerichtet ist.

Bei der synchronen Erwerbshybridität resultieren etwaige Probleme aus der Gleichzeitigkeit der gegensätzlichen Erwerbstätigkeiten, durch die die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mit der Eigenverantwortung aus der Selbstständigkeit konfligieren. Diese Konstellation bringt auf der einen Seite rein tatsächliche Herausforderungen wie eine hohe Gesamtarbeitsbelastung und Koordinationsprobleme mit sich, auf der anderen Seite kann die selbstständige Tätigkeit in bestimmten Fällen auch rechtlich unzulässig sein. Zudem zeigt sich auch im Kontext der synchronen Erwerbshybridität eine oftmals lückenhafte soziale Absicherung der Beschäftigten.⁵⁷⁵ Da die parallele Ausübung einer abhängigen Beschäftigung und einer Selbstständigkeit in der Regel damit einhergeht, dass das Arbeitsverhältnis in Teilzeit ausgeübt wird, kommt den hybrid Erwerbstätigen allerdings das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG zu Gute.

Bei der seriellen Erwerbshybridität liegt der Ursprung der Probleme regelmäßig in der Diskontinuität der Tätigkeit und Schwierigkeiten entstehen primär an den Übergängen. Durch den Wechsel zwischen den Erwerbsformen kommt es zu Brüchen und Rechte, die an die zeitliche Betriebszugehörigkeit geknüpft sind, entstehen nicht oder später. Für nachvertragliche Wettbewerbsverbote hält das Gesetz dagegen ein umfassendes Regelungsregime zum Schutz des ehemaligen Arbeitnehmers bereit.

Ein Weg, um den spezifischen Herausforderungen hybrider Erwerbsrealitäten gerecht zu werden und Erwerbshybridität praktikabler zu gestalten, ist ihre Berücksichtigung im Rahmen der kollektiven Interessenvertretung. So können sowohl durch Betriebsvereinbarung als auch in Tarifverträgen Regelungen getroffen werden, die potenzielle Interessenskonflikten vorbeugen, indem sie die

⁵⁷⁵ Umfassend zur sozialen Absicherung bei hybriden Erwerbskonstellationen *Langer/Mauch*, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit, S. 34 ff.

Vereinbarkeit von abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit unterstützen und den Wechsel zwischen den Erwerbsformen erleichtern. Letztlich ist aber auch der Gesetzgeber gehalten, hybride Erwerbskonstellationen mitzudenken und den Akteuren bei Bedarf zu mehr Rechtssicherheit zu verhelfen.

Literaturverzeichnis

- Aligbe, Patrick*, Beschäftigung während des Erholungsurlaubes, ArbRAktuell 2024, S. 425–428.
- Alt Vater, Lothar et al.*, BPersVG - Bundespersonalvertretungsgesetz, 11. Auflage, Frankfurt a.M. 2023 (zitiert: *Alt Vater-Bearbeiter*).
- Arnold, Manfred/Gräfl, Edith*, Teilzeit- und Befristungsgesetz. Praxiskommentar zum TzBfG und zu angrenzenden Vorschriften, 4. Auflage, Freiburg 2016 (zitiert: *Arnold/Gräfl, TzBfG-Bearbeiter*).
- Asshoff, Gregor/Walser, Manfred*, Stärkung der Tarifautonomie – auch an ihren Rändern: Die Solo-Selbstständigen, NZA 2021, S. 1526–1534.
- Baeck, Ulrich/Deutsch, Markus/Winzer, Thomas*, Arbeitszeitgesetz. Kommentar, 4. Auflage, München 2020.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Diller, Martin*, Wettbewerbsverbote. Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Organmitglieder, 10. Auflage, München 2025 (zitiert: *Bauer/Diller Wettbewerbsverbote-Bearbeiter*).
- Bayreuther, Frank/Deinert, Olaf*, Der Einbezug arbeitnehmerloser Betriebe in gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, RdA 2015, S. 129–140.
- Bayreuther, Frank/Kiel, Heinrich/Zimmermann, Ralf*, Bundesurlaubsgesetz mit Nebengesetzen. Kommentar, 3. Auflage, München 2024 (zitiert: *BKZ-Bearbeiter*).
- Becker, Harald et al.*, SGB VII. Gesetzliche Unfallversicherung. Lehr- und Praxiskommentar, 6. Auflage, Baden-Baden 2024 (zitiert: *LPK-Bearbeiter*).
- Becker, Ulrich et al.*, SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. Kommentar, 9. Auflage, München 2024 (zitiert: *Becker/Kingreen-Bearbeiter*).
- Boecken, Winfried*, Entgeltfortzahlung bei nebetätigkeitsbedingtem Arbeitsunfall bzw. Unfall, NZA 2001, S. 233–237.

- Boecken, Winfried et al.*, Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2022 (zitiert: NK-GA-Bearbeiter).
- Boecken, Winfried/Joussen, Jacob*, Teilzeit- und Befristungsgesetz. Handkommentar, 7. Auflage, Baden-Baden 2024 (zitiert: HK-TzBfG-Bearbeiter).
- Braun, Stefan*, Zulässigkeit, Grenzen und Probleme der Nebentätigkeit, DB 2003, S. 2282–2286.
- Braun, Stefan*, Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen der Nebenbeschäftigung, AuR 2004, S. 47–50.
- Brose, Wiebke/Weth, Stephan/Volk, Annette*, Mutterschutzgesetz, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz. Kommentar, 10. Auflage, München 2025 (zitiert: Brose/Weth/Volk-Bearbeiter).
- Buchner, Herbert*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 11.12.2001 - 9 AZR 464/00, RdA 2003, S. 177–179.
- Bücker, Andreas*, Zugriff auf Arbeitskraft in der vernetzten Arbeitswelt, in: Bührmann, Andrea D./Fachinger, Uwe/Welskop-Deffaa, Eva M. (Hrsg.), Hybride Erwerbsformen. Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen, Wiesbaden 2018, S. 267–291 (zitiert: *Bücker*, in: Hybride Erwerbsformen).
- Bührmann, Andrea D./Fachinger, Uwe/Welskop-Deffaa, Eva M.*, Einleitung, in: Bührmann, Andrea D./Fachinger, Uwe/Welskop-Deffaa, Eva M. (Hrsg.), Hybride Erwerbsformen. Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen, Wiesbaden 2018, S. 1–12 (zitiert: *Bührmann/Fachinger/Welskop-Deffaa*, in: Hybride Erwerbsformen).
- Buschmann, Rudolf*, Der unionsrechtliche Gesamtschutz in der Transparenz- und anderen Richtlinien, AuR 2023, S. 150–156.
- Chung, Ki-Nam*, Wettbewerbsregelungen im Tarifvertrag, Tübingen 1987.

- Clemenz, Susanne/Kreft, Burghard/Krause, Rüdiger*, AGB-Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305-310 BGB, 3. Auflage, München 2023 (zitiert: *Clemenz/Kreft/Krause-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang et al.*, Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2022 (zitiert: *HK-ArbR-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang*, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 5. Auflage, Baden-Baden 2022 (zitiert: *Däubler-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang et al.*, Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar für die Praxis mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 19. Auflage, Frankfurt a.M. 2024 (zitiert: *DKW-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang/Deinert, Olaf*, KSchR, Kündigungsschutzrecht. Kündigungen und andere Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 12. Auflage, Frankfurt a.M. 2024 (zitiert: *Däubler/Deinert KSchR-Bearbeiter*).
- Däubler, Wolfgang/Deinert, Olaf/Walser, Manfred*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, 5. Auflage, München 2021 (zitiert: *DDW-Bearbeiter*).
- Deinert, Olaf*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht. Zur Notwendigkeit eines erweiterten Sonderrechts für Kleinunternehmer als arbeitnehmerähnliche Personen, Baden-Baden 2015.
- Deinert, Olaf*, Arbeits- und Sozialordnung. Gesetze, Einleitungen, Übersichten, 50. Auflage, Frankfurt a.M. 2025.
- Deinert, Olaf/Sutterer-Kipping, Amélie*, (Exkurs): Solo-Selbstständige, in: Deinert, Olaf/Maksimek, Elena/Sutterer-Kipping, Amélie, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, Frankfurt a.M. 2020, S. 312–407 (zitiert: *Deinert/Sutterer-Kipping*, in: Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts).
- Deinert, Olaf/Wenckebach, Johanna/Zwanziger, Bertram*, Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 11. Auflage, Frankfurt a.M. 2024 (zitiert: *Deinert/Wenckebach/Zwanziger-Bearbeiter*).

Dieterich, Thomas, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: Schlachter, Monika/Ascheid, Reiner/Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.), Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert. Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, München 1998, S. 117–134 (zitiert: *Dieterich*, in: FS Schaub).

Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 1, 6. Auflage, München 2025 (zitiert: *MüKoHGB-Bearbeiter*).

Düwell, Franz Josef, Betriebsverfassungsgesetz. BetrVG | WahlO | EBRG | SEBG. Handkommentar, 7. Auflage, Baden-Baden 2026 (zitiert: *HK-BetrVG-Bearbeiter*).

Dvořák, Ludwig, EuGH: Geschlechter- und Teilzeitdiskriminierung bei Mehrleistungen, DRdA 2025, S. 196–201.

Eylert, Mario, Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Arbeitszeit im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, AuR 2017, S. 4–10.

Feichtinger, Peter/Malkmus, Hans, Entgeltfortzahlungsrecht. Arbeitsrecht | Sozialrecht | Bürgerliches Recht. Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2010 (zitiert: *Feichtinger/Malkmus-Bearbeiter*).

Fischer, Ansgar, Akademiker-Tarifverträge in der chemischen Industrie, in: Goos, Wolfgang/Molitor, Karl (Hrsg.), Arbeitsrecht im Strukturwandel. Festschrift für Friedrich Karl Weinspach, Neuwied/Kriftel 2002, S. 37–49 (zitiert: *Fischer*, in: FS Weinspach).

Fitting, Karl, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Handkommentar, 32. Auflage, München 2024.

Gallner, Inken, Gleichheitsrecht in Deutschland und Europa, NZA 2025, S. 877–880.

Gallner, Inken/Mestwerdt, Wilhelm/Nägele-Berkner, Anja, Kündigungsschutzrecht, 8. Auflage, Baden-Baden 2025 (zitiert: *HaKo-KSchR-Bearbeiter*).

- Gärtner, Jan Armin*, Koalitionsfreiheit und Crowdwork. Zur Kollektivierung der Beschäftigteninteressen soloselbstständiger Crowdworker, Berlin 2020.
- Gaul, Björn/Lunk, Stefan*, Gestaltungsspielraum bei Punkteschemata zur betriebsbedingten Kündigung, NZA 2004, S. 184–190.
- Grobys, Isabella/Panzer-Heemeier, Andrea*, Stichwortkommentar Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht | kollektives Arbeitsrecht | Prozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2023 (zitiert: SWK-ArbR-Bearbeiter).
- Großmann, Juliane/Haak, Pauline*, Effektivierung der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, Göttingen 2025.
- Großmann, Juliane/Haak, Pauline*, Möglichkeiten und Grenzen der Interessenvertretung Solo-Selbstständiger, Göttingen 2025.
- Grunsky, Wolfgang*, Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer, 2. Auflage, Köln 1987.
- Hahn, Frank et al.*, Arbeitszeitrecht. ArbZG, AGG, ArbSchG, BBiG, BetrVG, GewO, MuSchG, SGB, TzBfG, TVöD, 3. Auflage, Baden-Baden 2024 (zitiert: HK-ArbZeitR-Bearbeiter).
- Hänlein, Andreas/Schuler, Rolf*, Sozialgesetzbuch V. Gesetzliche Krankenversicherung. Lehr- und Praxiskommentar, 6. Auflage, Baden-Baden 2022 (zitiert: LPK-SGB V-Bearbeiter).
- Henssler, Martin/Herresthal, Carsten/Paschke, Christian*, beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Handelsrecht, Stand: 01.01.2026, München 2025 (zitiert: BeckOGK-Bearbeiter).
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz-Josef/Kalb, Heinz-Jürgen*, Arbeitsrecht Kommentar, 11. Auflage, Köln 2024 (zitiert: HWK-Bearbeiter).
- Hess, Harald et al.*, BetrVG. Kommentar, 10. Auflage, Köln 2018 (zitiert: H/W/G/N/R/H-Bearbeiter).
- Hohmeister, Frank/Oppermann, Angelika*, Bundesurlaubsgesetz. BUrlG, BEEG, JArbSchG, MuSchG, SGB IX. Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2013 (zitiert: HK-BUrlG-Bearbeiter).

- Höpfner, Clemens/Picker, Christian/Temming, Felipe*, beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Kündigungsrecht, Stand: 01.12.2025, München 2025 (zitiert: BeckOGK-Bearbeiter).
- Hopt, Klaus J.*, Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht). Kommentar, 45. Auflage, München 2026 (zitiert: Hopt-Bearbeiter).
- Hunold, Wolf*, Nebentätigkeit und Arbeitszeitgesetz, NZA 1995, S. 558–561.
- Hunold, Wolf*, Rechtsprechung zur Nebentätigkeit des Arbeitnehmers, NZA-RR 2002, S. 505–511.
- Institut für Demoskopie Allensbach*, Mutterschutz für Selbstständige. Repräsentative Befragung selbstständig tätiger Frauen und Männer im Auftrag des BMFSFJ, abrufbar unter: https://www.ifd-allensbach.de/fileadmin/IfD/sonstige_pdfs/Mutterschutz_Selbstaendige_Bericht_fin.pdf (zuletzt geprüft am: 28.02.2026).
- Jacobs, Matthias*, Zur Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen, RdA 2023, S. 9–20.
- Jansen, Andreas*, Wachsende Graubereiche in der Beschäftigung. Ein interdisziplinärer Forschungsüberblick über die Entstehung und Entwicklung neuer Arbeits- und Beschäftigungsformen in Deutschland, Working Paper Forschungsförderung Nr. 167, Düsseldorf 2020.
- Julius, Nico*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, Baden-Baden 2004.
- Kay, Rosemarie/Butkowski, Olivier*, Die Absicherung von sozialen Risiken: eine besondere Herausforderung für hybrid Erwerbstätige?, Deutsche Rentenversicherung 2024, S. 20–38.
- Kay, Rosemarie/Schneck, Stefan/Suprinovic, Olga*, Erwerbshybridisierung – Verbreitung und Entwicklung in Deutschland, in: Bührmann, Andrea D./Fachinger, Uwe/Welskop-Deffaa, Eva M. (Hrsg.), Hybride Erwerbsformen. Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen, Wiesbaden 2018, S. 15–50 (zitiert: Kay/Schneck/Suprinovic, in: Hybride Erwerbsformen).

- Kay, Rosemarie/Suprinovic, Olga*, Hybride Selbstständigkeit - Aktuelle Entwicklung und politischer Handlungsbedarf, WISO direkt 2019, S. 1–4.
- Kersten, Jens/Rixen, Stephan*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 3. Auflage, München 2022.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut*, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht. Band 1: Individualarbeitsrecht I, 6. Auflage, München 2024 (zitiert: MHdB ArbR-Bearbeiter).
- Knigge, Kerstin*, Mutterschaftsleistungen für Selbstständige: Umsetzung der Richtlinie 2010/41/EU, ZESAR 2013, S. 24–30.
- Kohte, Wolfhard et al.*, Gesamtes Arbeitsschutzrecht. Arbeitsschutz | Arbeitszeit | Arbeitssicherheit | Arbeitswissenschaft. Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2023 (zitiert: HK-ArbSchG-Bearbeiter).
- Kollmer, Norbert/Klindt, Thomas/Schucht, Carsten*, Arbeitsschutzgesetz mit BetrSichV, BaustellV, LasthandhabV, PSA-BV, BiostoffV, MuSchArbV, LärmVibrationsArbSchV, OStrV, ArbMedVV, ArbStättV, EMFV. Kommentar, 4. Auflage, München 2021 (zitiert: Kollmer/Klindt/Schucht-Bearbeiter).
- Körner, Anne et al.*, beck-online.GROSSKOMMENTAR zum SGB (Kasseler Kommentar), Stand: 15.11.2025, München 2024 (zitiert: BeckOGK-Bearbeiter).
- Kort, Michael*, Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung bei der Einführung von „Ethik-Richtlinien“, in: Bauer, Jobst-Hubertus, et al. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, München 2009, S. 477–492 (zitiert: Kort, in: FS Buchner).
- Kottwitz, Maria U./Otto, Kathleen/Hünefeld, Lena*, Belastungsfaktoren, Ressourcen und Beanspruchungen bei Soloselbstständigen und Mehrfachbeschäftigten, Dortmund/Berlin/Dresden 2019.
- Krause, Rüdiger/Bayreuther, Frank/Niemann, Jan-Malte*, Kündigungsschutzgesetz, 17. Auflage, München 2026 (zitiert: KBN-Bearbeiter).

- Krause-Pilatus, Annabelle/Rinne, Ulf*, Selbstständige Erwerbstätigkeit in Deutschland (Aktualisierung 2024), BMAS Forschungsbericht 643, Bonn 2024.
- Kreutz, Peter*, Grundsätzliches zum persönlichen Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung, ZfA 2003, S. 361–388.
- Küttner, Wolfdieter*, Personalbuch 2025. Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 32. Auflage, München 2025 (zitiert: Küttner Personalbuch-Bearbeiter).
- Langer, Cosima/Mauch, Kathrin*, Datenlücke Solo-Selbstständigkeit. Anforderungen zur Verbesserung der Datenlage, Berlin 2023.
- Langer, Cosima/Mauch, Kathrin*, Eine Statusfrage? Erwerbshybridisierung im Kontext der Solo-Selbstständigkeit. Einflüsse aus dem Sozial-, Arbeits- und Steuerrecht, Berlin 2025.
- Laux, Helga/Schlachter, Monika*, Teilzeit- und Befristungsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, München 2011 (zitiert: Laux/Schlachter-Bearbeiter).
- Lerch, Sascha/Weinbrenner, Lars*, Vertragliche Ausweitung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, NZA 2011, S. 664–670.
- Linck, Rüdiger/Preis, Ulrich*, Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 8. Auflage, München 2026 (zitiert: Linck/Preis-Bearbeiter).
- Linsenmaier, Wolfgang*, Normsetzung der Betriebsparteien und Individualrechte der Arbeitnehmer, RdA 2008, S. 1–13.
- Löwisch, Manfred*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 30.8.2000 - 4 AZR 563/99, SAE 2001, S. 295–297.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Auflage, München 2017.
- Maties, Martin*, Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, in: Henssler, Martin, et al. (Hrsg.), Moderne Arbeitswelt. Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 323–342 (zitiert: *Maties*, in: FS Wank).

- Maul-Sartori, Mathias*, Die neue Arbeitsbedingungenrichtlinie. EU-Arbeitsrecht weiter auf dem Vormarsch, NZA 2019, S. 1161–1165.
- Mayr, Daniela*, Arbeitsrechtlicher Schutz Soloselbständiger am Beispiel der Plattformarbeit, Berlin 2021.
- Mehrens, Christian/Breucker, Julia*, Überstundenzuschläge für Teilzeitbeschäftigte – Was gilt nun?, NZA 2025, S. 455–461.
- Monsef, Roschan/Schäfer, Holger/Schmidt, Jörg*, Der Trend zur Zweitbeschäftigung – Nur eine Frage des Geldes?, IW-Trends 2021, S. 45–67.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 26. Auflage, München 2026 (zitiert: *ErfK-Bearbeiter*).
- Natzel, Ivo*, Die Betriebszugehörigkeit im Arbeitsrecht, München 1999.
- Neumann, Dirk/Fenski, Martin/Kühn, Thomas*, Bundesurlaubsgesetz nebst allen anderen Urlaubsbestimmungen des Bundes und der Länder. Kommentar, 12. Auflage, München 2021 (zitiert: *NFK-Bearbeiter*).
- Oetker, Hartmut*, Handelsgesetzbuch. Kommentar, 8. Auflage, München 2024 (zitiert: *Oetker-Bearbeiter*).
- Oligmüller, Peter*, Nebentätigkeitsproblematik im Individualarbeitsrecht, Düsseldorf 1979.
- Pauly, Michael*, Zulässigkeit und vertragliche Regelung von Mehrfacherwerbstätigkeit im Arbeitsverhältnis. Arbeitsrechtliche Neubewertung der sog. Nebentätigkeit, Baden-Baden 2025.
- Pöhler, Anne-Christin et al.*, Untersuchung der sozialen Lage von Selbstständigen in Deutschland. BMAS Forschungsbericht 676, Bonn 2026.
- Pongratz, Hans J./Bührmann, Andrea D.*, Diskontinuität und Diversität beruflicher Selbstständigkeit, in: Bührmann, Andrea D./Fachinger, Uwe/Welskop-Deffaa, Eva M. (Hrsg.), Hybride Erwerbsformen. Digitalisierung, Diversität und sozialpolitische Gestaltungsoptionen,

- Wiesbaden 2018, S. 51–75 (zitiert: *Pongratz/Bühmann*, in: *Hybride Erwerbsformen*).
- Preis, Ulrich*, Heimarbeit, Home-Office, Global-Office – das alte Heimarbeitsrecht als neuer Leitstern für die digitale Arbeitswelt?, *SR* 2017, S. 173–182.
- Preis, Ulrich/Ulber, Daniel*, Die Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen, *RdA* 2013, S. 211–226.
- Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard/Temming, Felipe*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 12. Auflage, München 2025 (zitiert: *Preis/Vossen/Temming Kündigung-Bearbeiter*).
- Prölss, Jürgen/Martin, Anton*, Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, europäischem Recht, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen. Kommentar, 32. Auflage, München 2024 (zitiert: *Prölss/Martin/Armbrüster-Bearbeiter*).
- Rancke, Friedbert et al.*, Mutterschutz | Elterngeld | Elternzeit. MuSch | BEEG | MuSchEltZV | PflegeZG | FPfZG | Kindergeldrecht | UVG. Handkommentar, 6. Auflage, Baden-Baden 2022 (zitiert: *HK-MuSchG-Bearbeiter*).
- Reinfeld, Roland*, Arbeitnehmer-Nebenpflichten und Betriebsvereinbarungen, *AuA* 1994, S. 41–44.
- Richardi, Reinhard*, Betriebszugehörigkeit als Rechtsproblem, in: Martinek, Oswin, et al. (Hrsg.), *Arbeitsrecht und soziale Grundrechte. Festschrift Hans Floretta zum 60. Geburtstag*, Wien 1983, S. 595–606 (zitiert: *Richardi*, in: *FS Floretta*).
- Richardi, Reinhard*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar, 18. Auflage, München 2026 (zitiert: *Richardi-Bearbeiter*).
- Richardi, Reinhard/Dörner, Hans-Jürgen/Weber, Christoph*, Personalvertretungsrecht. Bundespersonalvertretungsgesetz. Kommentar, 6. Auflage, München 2024 (zitiert: *Richardi/Dörner/Weber-Bearbeiter*).

- Rolfs, Christian*, Wen schützt das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht? – Empfiehlt sich eine Neuausrichtung seines Anwendungsbereichs. Gutachten B zum 74. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 74. Deutschen Juristentages. Stuttgart 2024. Band I, München 2024 (zitiert: *Rolfs*, in: Verhandlungen des 74. DJT).
- Rolfs, Christian et al.*, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 78. Edition (Stand: 01.12.2025), München 2025 (zitiert: BeckOK ArbR-Bearbeiter).
- Rolfs, Christian et al.*, Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 79. Edition (01.12.2025), München 2025 (zitiert: BeckOK SozR-Bearbeiter).
- Säcker, Franz-Jürgen et al.*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5, 9. Auflage, München 2023 (zitiert: MüKoBGB-Bearbeiter).
- Schäfer, Horst*, Pflicht zu gesundheitsförderndem Verhalten?, NZA 1992, S. 529–534.
- Schaub, Günter*, Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 21. Auflage, München 2025 (zitiert: Schaub ArbR-HdB-Bearbeiter).
- Schiefer, Bernd/Baumann, Esther*, Das neue Mutterschutzgesetz, DB 2017, S. 2929–2937.
- Schmitt, Jochem/Küfner-Schmitt, Irmgard/Schmitt, Laura*, Entgeltfortzahlungsgesetz. Aufwendungsausgleichsgesetz. Kommentar, 9. Auflage, München 2023 (zitiert: Schmitt-Bearbeiter).
- Söllner, Alfred*, Grenzen des Tarifvertrags, NZA 1996, S. 897–906.
- Spelge, Karin*, Der Beschluss des BVerfG vom 11. Dezember 2024 - Stärkung der Tarifautonomie oder mehr Fragen als Antworten?, ZTR 2025, S. 227–243.
- Spelge, Karin*, Die Rechtsfolge diskriminierender Tarifregelungen – Anpassung nach oben als Ende der Fahnenstange?, NZA 2025, S. 288–294.

Thüsing, Gregor/Mathy, Regina, Teilzeitdiskriminierung, Überstundenzuschläge und Tarifautonomie – Kritische Gedanken zu BAG, 19. 12. 2018 – 10 AZR 231/18, SR 2019, S. 292–302.

Ulber, Daniel, Die grundrechtliche Architektur der Tarifautonomie, NZA 2025, S. 918–923.

Ulber, Daniel, Die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien vor dem BVerfG, NZA 2025, S. 449–455.

Waltermann, Raimund, „Umfassende Regelungskompetenz“ der Betriebsparteien zur Gestaltung durch Betriebsvereinbarung?, RdA 2007, S. 257–267.

Wank, Rolf, Nebentätigkeit, Heidelberg 1995.

Wertheimer, Frank, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Arbeitsverhältnissen, Köln 1998.

Wertheimer, Frank/Krug, Margarete, Rechtsfragen zur Nebentätigkeit von Arbeitnehmern, BB 2000, S. 1462–1468.

Wiebauer, Bernd, Arbeitsschutz und Digitalisierung, NZA 2016, S. 1430–1436.

Wiedemann, Herbert, Neuere Rechtsprechung zur Verteilungsgerechtigkeit und zu den Benachteiligungsverboten, RdA 2005, S. 193–200.

Wiedemann, Herbert, Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften. Kommentar, 9. Auflage, München 2023 (zitiert: *Wiedemann-Bearbeiter*).

Wiese, Günther et al., GK-BetrVG. Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz. Band II, 12. Auflage, Hürth 2022 (zitiert: *GK-BetrVG-Bearbeiter*).

Woerz, Anja/Klinkhammer, Patrick, Arbeitsrechtliche Regelungen zur Beschränkung von Nebentätigkeiten, ArbRAktuell 2012, S. 183–186.

Zwanziger, Bertram, Gleichbehandlung in Tarifverträgen - Schlussfolgerung aus der Nachtarbeitszuschlag-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2025, S. 234–251.

