



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für Dezember 2021 unserer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei, **BECK.Kanzlei für Arbeitsrecht**. Auch in diesem Monat werden wir Sie über aktuelle Entscheidungen und Entwicklungen im Arbeitsrecht informieren.

Im ersten Teil stellen wir Ihnen eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vor, bei dem geklärt werden musste, ob ein Betrieb, der Fenster, Türen, Markisen und Fliegengitter montiert, als Betrieb des Baugewerbes zu qualifizieren ist

Im zweiten Teil beschäftigte sich das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Zugang eines Dokuments im Rahmen eines Prozesses dargelegt und bewiesen werden kann, das per Einwurf-Einschreiben übermittelt wurde.

In den Tipps im Dezember 2021 stellen wir Ihnen die wichtigsten Aspekte einer Nebentätigkeit im Arbeitsverhältnis vor.

Inhalt

1. **Sozialkassenpflicht in der Bauwirtschaft für Montagearbeiten**

(BAG vom 14.07.2021 – 10 AZR 135/19)

2. **Zugangsnachweis bei einem Einwurf-Einschreiben**

(LAG Baden-Württemberg vom 28.07.2021 – 4 Sa 68/20)

3. **Tipps: Nebentätigkeit im Arbeitsverhältnis**

Sozialkassenpflicht in der Bauwirtschaft für Montagearbeiten (BAG vom 14.07.2021 – 10 AZR 135/19)

Betriebe des Baugewerbes sind nicht nur an die gesetzlichen Vorgaben wie alle anderen Betriebe auch gebunden, vielmehr enthält ein vielschichtiges System aus allgemeinverbindlichen und nicht allgemeinverbindlichen Tarifverträgen weitere zu beachtende Vorgaben.

Diese ergeben sich unter anderem aus dem Bundesrahmentarifvertrag für das Bauhauptgewerbe, dem zwingend zu beachtenden Branchenmindestlohn aus dem Tarifvertrag Mindestlohn und nicht zuletzt aus dem Verfahrens-Tarifvertrag, der Vorgaben zur Abführung der Sozialkassenbeiträge enthält.

In der Praxis kommt es immer wieder zu Diskussionen und Streitigkeiten, ob insbesondere Betriebe des Ausbaugewerbes auch unter den Geltungsbereich dieser umfassenden Tarifverträge fallen.

Aktuell musste sich das Bundesarbeitsgericht mit der Frage befassen, ob ein Betrieb, der Fenster, Türen, Markisen und Fliegengitter montiert, als Betrieb des Baugewerbes zu qualifizieren ist (Urteil vom 14.07.2021 – 10 AZR 135/19).



Beispiel

Arbeitgeber A baut arbeitszeitlich überwiegend industriell vorgefertigte und vor ihrer Montage nicht oder nicht wesentlich veränderte Fenster und Türen ein, darüber hinaus führt er damit im Zusammenhang stehende vorbereitende Werkstattarbeiten (Setzen von Tür- und Fenstergriffen usw.) sowie Verkaufstätigkeiten aus. Im Rahmen der Prüfung des Hauptzollamts auf einer Baustelle werden Mitarbeiter von A befragt, die dort Fenster einbauen. Sie erklären, sie arbeiten für A als Monteure bzw. als Fenstermonteure.

Nach Durchführung einer Prüfung durch die Arbeitsagentur kommt diese zum Ergebnis, dass der Betrieb von A ein Betrieb des Baugewerbes sei.

Daraufhin verlangt die SOKA-BAU Sozialkassenbeiträge in Höhe von 232.840,20 € von A nach.

Da A von dieser Feststellung vollkommen überrascht wird, da nach seiner Ansicht arbeitszeitlich überwiegend Türen, Fenster und Fensterele-

mente aus Rohmaterialien und Halbzeugen hergestellt und Handelstätigkeiten ausgeführt werden, verweigert er die Zahlung. Daraufhin klagt die SOKA-BAU die Forderung vor dem zuständigen Arbeitsgericht ein.

Ist A ein Betrieb des Baugewerbes und damit zur Zahlung verpflichtet?

Betrieb des Baugewerbes

Ein **Betrieb des Baugewerbes** unterliegt zahlreichen Verpflichtungen. So muss er seinen gewerblichen Mitarbeitern in der Lohngruppe 1 einen **Branchenmindestlohn** von derzeit 12,85 € brutto sowie in der Lohngruppe 2 in Höhe von 15,70 € brutto bezahlen (im Tarifgebiet Ost beträgt der Mindestlohn sowohl in Lohngruppe 1 als auch in Lohngruppe 2 12,85 € brutto), auch müssen die weitreichenden Vorgaben aus dem **Bundesrahmentarifvertrag** für das Bauhauptgewerbe zwingend umgesetzt werden.

Schließlich ist ein Betrieb des Baugewerbes jedoch auch verpflichtet, **Sozialkassenbeiträge** in Höhe von 20,8% in den alten Bundesländern sowie in Höhe von 18,9% in den neuen Bundesländern zu bezahlen.

Vor dem Hintergrund dieser weitreichenden Regelungen muss in Zweifelsfällen genau geprüft werden, ob es sich bei dem zu beurteilenden Betrieb tatsächlich um einen Betrieb des Baugewerbes handelt. Insbesondere bei **Mischbetrieben**, die unterschiedliche Tätigkeiten erbringen, können eventuell Ausnahmetatbestände greifen.

Fachlicher Geltungsbereich

§ 1 Abs. 2 Abschnitt V des Bundesrahmentarifvertrages (BRTV), des Verfahrens-Tarifvertrages (VTV) oder auch des Tarifvertrages Mindestlohns enthält **42 Tätigkeitsbeispiele**, die klassische Tätigkeiten des Bauhauptgewerbes beinhalten.

Nummer 37 definiert schließlich **Trocken- und Montagebauarbeiten** (z.B. Wand- und Deckeneinbau bzw. -verkleidungen, Montage von Baufertigteilen), einschließlich des Anbringens von Unterkonstruktionen und Putzträgern als Tätigkeiten, die von Betrieben des Baugewerbes ausgeführt werden.

Nach § 1 Abs. 2 Abschnitt I sind schließlich nicht nur Betriebe erfasst, die nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeiten geprägten Zweckbestimmung und nach ihrer betrieblichen Einrichtung **gewerblich Bauten aller Art erstellen**; gemäß § 1 Abs. 2 Abschnitt II sind vielmehr auch Betriebe erfasst, die nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeiten geprägten Zweckbestimmung und nach ihrer betrieblichen Einrichtung gewerblich bauliche Leistungen erbringen, die – mit oder ohne Lieferung von Stoffen oder Bauteilen – der **Erstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken** dienen.

Der **fachliche Geltungsbereich** für die baugewerblichen Tarifverträge ist damit **sehr weit gefasst**.

BAG vom 14.07.2021 – 10 AZR 135/19

Das Bundesarbeitsgericht musste die Frage entscheiden, ob der von der SOKA-BAU in Anspruch genommene Betrieb als Betrieb des Baugewerbes zu qualifizieren sei.

Nach den Feststellungen der Richter hatte die SOKA-BAU im Verfahren schlüssig vorgetragen, dass im streitgegenständlichen Zeitraum durch den Betrieb **arbeitszeitlich überwiegend** industriell vorgefertigte und vor ihrer Montage nicht oder nicht wesentlich veränderte **Fenster und Türen eingebaut** wurden und damit im Zusammenhang stehende **vorbereitende Werkstattarbeiten** (wie das Setzen von Tür- und Fenstergriffen) sowie Verkaufstätigkeiten ausgeführt wurden.

Der Einwand des Betriebes, in seiner Werkstatt seien **arbeitszeitlich überwiegend** Türen, Fenster und Fensterelemente aus Rohmaterialien **hergestellt** und **Handelstätigkeiten** aufgeführt worden, wurde lediglich pauschal behauptet und nicht bewiesen.

Aus diesem Grund bewerteten die Erfurter Richter die Tätigkeiten des Betriebes als bauliche Leistungen, indem sie auf einem kleinen und speziellen Gebiet **Gebäude in Stand halten oder ändern** (Fensterreparaturen oder Montage von Markisen bzw. Fliegengittern).

Daran ändere sich auch dadurch nichts, wenn für die Arbeiten ausschließlich Materialien, Werkzeug und Arbeitsmethoden eines **Ausnahmegewerks** im Sinne des § 1 Abs. 2 Abschnitt VII verwendet würden. Für Schreinerarbeiten griffen nämlich die Rückausnahme überwiegend ausgeführter Montagebauarbeiten.



Hinweis

Aufgrund der Qualifizierung des Betriebes als Betrieb des Baugewerbes mussten somit tatsächlich mehr als eine Viertelmillion Euro an Sozialkassenbeiträgen nachentrichtet werden.

Zugangsnachweis bei einem Einwurf-Einschreiben
(LAG Baden-Württemberg vom 28.07.2021 – 4 Sa 68/20)

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, wie empfangsbedürftige Willenserklärungen wie Kündigungen, Abmahnungen oder auch Einladungen zu Mitarbeitergesprächen möglichst einfach, schnell, zugleich aber vor allem rechtssicher **zugestellt** werden können. Gerade bei Kündigungen wird deutlich, dass es nicht nur auf den Nachweis des Zugangs an sich, sondern viel mehr auch auf den **konkreten Zeitpunkt** des Zugangs ankommt.

Die sicherste Methode ist die **persönliche Übergabe** an den Mitarbeiter, der auf einer Kopie ein **Empfangsbekennnis** unterzeichnet. Wenn der Mitarbeiter aber **nicht anwesend** ist, beispielsweise aufgrund einer Erkrankung, muss ein Dokument häufig auch an sein Zuhause **übermittelt** werden. In diesen Fällen stellt sich die Frage, welche Methode sicher ist.

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg musste sich in einem aktuellen Fall mit der Frage befassen, unter welchen Voraussetzungen der Zugang eines Dokuments im Rahmen eines Prozesses dargelegt und bewiesen werden kann, das per **Einwurf-Einschreiben** übermittelt wurde (Urteil vom 28.07.2021 – 4 Sa 68/20).



Beispiel

Arbeitnehmerin A ist seit vielen Jahren bei Betrieb B beschäftigt. Nach einer langen Krankheitsphase lud B seine Mitarbeiterin per Brief zu einem betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) ein, wobei diese Einladung per Einwurf-Einschreiben versandt wurde. B sah einige Tage später im Sendungsstatus, dass der Brief zugestellt wurde.

Nachdem A daraufhin nicht zu dem Gespräch erschienen ist, kündigte der Arbeitgeber aus krankheitsbedingten Gründen das Arbeitsverhältnis ordentlich.

A setzt sich gegen die Kündigung zur Wehr und bemängelt insbesondere, dass sie zu keinem Zeitpunkt zu einem BEM-Gespräch eingeladen worden sei.

Wird der Arbeitgeber den Zugang der Einladung zum BEM-Gespräch nachweisen können?

Einwurf-Einschreiben

Eine unter **Abwesenden** abgegebene Willenserklärung ist **zugegangen**, wenn sie derart in den **Machtbereich des Empfängers** gelangt ist, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge damit zu rechnen ist, dass dieser von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis nehmen kann, § 130 Abs. 1 BGB.

Bei Beförderung durch die Post ist dies regelmäßig dann der Fall, wenn der Brief zur **üblichen Zeit in den Briefkasten des Empfängers** eingeworfen wird.

Wie beim „klassischen“ Einschreiben auch, erhält der Einsender bei der Aufgabe eines Einwurf-Einschreibens zur Post zunächst einen sog. **Einlieferungsbeleg**. Beim Einwurf-Einschreiben erfolgt sodann jedoch **keine persönliche Übergabe** beim Empfänger, sondern der Postbote wirft das Einwurf-Einschreiben mit der normalen Post in den **Briefkasten**. Damit wird der Zugang des Schriftstücks unmittelbar bewirkt.

Vor der Einlage in den Briefkasten **scant** der Zusteller den auf dem Umschlag aufgeklebten **Barcode**, der unter anderem die **Sendungsnummer** enthält und bestätigt zugleich den elektronisch generierten Zeitpunkt der Zustellung mit seiner Unterschrift auf dem sog. **Auslieferungsbeleg**.

Sendungsverfolgung

Der Versender kann den Status der Sendung, die **Sendungsverfolgung**, online über www.deutschepost.de/Briefstatus oder telefonisch über den Kundenservice der Deutschen Post in Erfahrung bringen. Der unterzeichnete **Auslieferungsbeleg** selbst kann via Internet allerdings **nicht abgerufen** werden.

Für den Absender besteht jedoch die Möglichkeit, eine **Reproduktion des Auslieferungsbelegs** – gegen Gebühr – im Kundenservice anzufordern.

Diese elektronische Reproduktion kann nach Zustellung noch für mehrere Monate bei der Deutschen Post beantragt werden.

Kommt es im Prozess zwischen den Parteien zum Streit darüber, ob und insbesondere wann eine Erklärung zugegangen ist, ist der Beweis durch denjenigen zu führen, der sich auf den **Zugang beruft**. Dann ist entscheidend, ob die beweisbelastete Partei den Zugangsnachweis führen kann.

LAG Baden-Württemberg vom 28.07.2021 – 4 Sa 68/20

In dem vom LAG Baden-Württemberg zu beurteilenden Verfahren ging es um die Frage, ob die gekündigte Arbeitnehmerin eine Einladung zu einem BEM-Gespräch erhalten hat.

Der Arbeitgeber hatte das Einladungsschreiben an die Mitarbeiterin per Einwurf-Einschreiben versandt und konnte im Rahmen des Verfahrens lediglich den **Einlieferungsbeleg** vorlegen. Dies genügte den Richtern allerdings nicht.

Im Rahmen der Beweiswürdigung hätte der Arbeitgeber eine **Reproduktion des elektronisch archivierten Auslieferungsbeleges** vorlegen müssen, da nur aus diesem der **Namen des Zustellers** sowie die **Uhrzeit der Zustellung** herausgelesen hätte werden können.



Hinweis

Wie bei der Zustellung durch einen Boten muss bewiesen werden können, wer, wann und wo ein Schreiben übergeben hat. Dies kann nur der **Auslieferungsbeleg** leisten, nicht jedoch der Sendungsstatus. Aus diesem Grund ist immer zu empfehlen, neben dem Einlieferungsbeleg eine Reproduktion des Auslieferungsbeleges bei der Deutschen Post zu beantragen und diesen dem zugestellten Schreiben beizufügen.

Tipps: Nebentätigkeit im Arbeitsverhältnis

Einem Arbeitnehmer steht die Verwendung seiner Arbeitskraft außerhalb der Arbeitszeit grundsätzlich frei. Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet er sich nur, dem Arbeitgeber während der vereinbarten Arbeitszeit zur Verfügung zu stehen.

Soweit die Nebentätigkeit **beruflicher Natur** ist, kann sich der Arbeitnehmer auf das **Grundrecht der freien Berufswahl** berufen, Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.

Nichtberufliche Tätigkeiten sind durch das Recht auf **freie Entfaltung der Persönlichkeit** geschützt, Art. 2 Abs. 1 GG und stehen daher dem Arbeitnehmer ebenfalls als Nebentätigkeiten frei.

Die **Untersagung einer Nebentätigkeit** durch den Arbeitgeber ist grundsätzlich nur wirksam, wenn dieser ein **berechtigtes Interesse** daran hat. Erforderlich ist eine Abwägung der gegenläufigen Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

In den Tipps stellen wir Ihnen die wichtigsten Aspekte einer Nebentätigkeit im Arbeitsverhältnis vor.

Einschränkungen

Auch ohne besondere (tarif-)vertragliche Regelungen ergeben sich Grenzen für die Ausübung von Nebentätigkeiten. Berechtigte Interessen des Arbeitgebers sind im Regelfall beeinträchtigt, wenn sich Nebentätigkeiten der Beschäftigten negativ auf die **Wahrnehmung des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit** auswirken können.

Durch die Übernahme einer Nebentätigkeit darf die **Integrität des Arbeitgebers** nicht in Frage gestellt werden. Es genügt die **nicht fernliegende, objektiv nachvollziehbare Gefahr** einer Beeinträchtigung berechtigter Arbeitgeberinteressen.

Hiernach ist eine Nebenbeschäftigung unzulässig, wenn sie

- zu einer **erheblichen Beeinträchtigung der Arbeitskraft** des Arbeitnehmers führt,
- **entgegenstehende Wettbewerbsinteressen** des Arbeitgebers berührt oder
- **Schwarzarbeit** vorliegt.

Einschränkungen bestehen während des Urlaubs und während einer Arbeitsunfähigkeit des AN.

Erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitskraft

Unzulässig ist die Aufnahme einer Nebentätigkeit, die den Arbeitnehmer daran hindert, seinen **Arbeitspflichten aus dem Hauptarbeitsverhältnis** nachzukommen.

Das ist beispielsweise anzunehmen, wenn ein Schlosser eine Nebentätigkeit bei einem Gebäudereinigungsunternehmen aufnimmt und dort **körperlich und zeitlich so beansprucht** wird, dass er seinen **normalen Arbeitspflichten nicht mehr** genügt.

In diesen Fällen kann der Hauptarbeitgeber eine **Abmahnung** aussprechen. Leistet der Arbeitnehmer infolge der Nebentätigkeit **schlechte Arbeit**, können auch **Schadensersatzansprüche** begründet sein.

Verstoß gegen Arbeitszeitgesetz

Eine Begrenzung kann sich zudem aus § 2 Abs. 1 Satz 2 ArbZG ergeben, wonach bei der Beschäftigung in mehreren Arbeitsverhältnissen die **einzelnen Beschäftigungen zusammen die gesetzliche Höchstgrenze der Arbeitszeit** nicht überschreiten dürfen.

Geht der Arbeitnehmer gleichwohl eine entsprechende Vereinbarung ein, so ist nach Auffassung der Rechtsprechung der die **Höchstgrenze überschreitende Arbeitsvertrag nichtig**, soweit es sich nicht nur um eine geringfügige oder um eine gelegentliche Überschreitung handelt (BAG vom 14.12.1967 - 5 AZR 74/67).

§ 2 Abs. 1 Satz 2 ArbZG ist insofern als **gesetzliche Verbotsnorm** nach § 134 BGB zu bewerten.

Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften

Nach § 60 HGB darf der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals in dem Handelszweig des Prinzipals **weder ein Handelsgewerbe betreiben**, noch für **eigene oder fremde Rechnung Geschäfte** machen.

Dies gilt auch für **Nebentätigkeiten**. Für die übrigen Arbeitnehmer und auch Auszubildende besteht zwar **keine gesetzliche Regelung**. Für deren Nebenbeschäftigung gelten jedoch gem. § 241 Abs. 2 BGB **dieselben Wettbewerbsbeschränkungen** wie für Handlungsgehilfen während des Bestands des Arbeitsverhältnisses.

Insbesondere ist eine Nebenbeschäftigung verboten, durch die der Arbeitnehmer eine **vorwiegend sittenwidrige Schädigung** des Arbeitgebers gem. § 826 BGB oder **unlauteren Wettbewerb** im Sinne des UWG begehen würde.

Vertragliches Verbot von Nebentätigkeiten

Schließlich kann **vertraglich** explizit ein **Verbot von Nebentätigkeiten** vereinbart.

Eine Vereinbarung kann auch den Inhalt haben, dass eine Nebentätigkeit **zumindest anzuzeigen** ist oder einer **Genehmigung des Arbeitgebers** bedarf. Die Möglichkeit eines solchen individualvertraglichen Verbots bzw. der Vereinbarung einer entsprechenden Anzeige- oder Genehmigungspflicht folgt aus der den Parteien zustehenden **Vertragsfreiheit**.

Vorausgesetzt wird dann jedoch stets ein **berechtigtes Interesse des Arbeitgebers**, da andernfalls die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers, sich neben seiner Hauptbeschäftigung noch weiter zu betätigen, **zu weit eingeschränkt** würde.

Unzulässig ist aber – als ein jedenfalls zu weitgehender Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers – eine Klausel, die dem Arbeitnehmer **jede vom Arbeitgeber nicht genehmigte Nebentätigkeit verbietet**.

Kontakt:



Rechtsanwälte Beck und Schwanke PartGmbH
Nordostpark 16
90411 Nürnberg

Telefon: +49 911 49 52 02 - 0
Telefax: +49 911 49 52 02 - 99
www.arbeitsrecht-beck.de
info@arbeitsrecht-beck