



Liebe Leserin, lieber Leser,

herzlich willkommen zu unserem Newsletter für März 2019 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.

Der erste Teil handelt von der Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung.

Der zweite Teil beschäftigt sich mit der Frage, ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitsbescheinigung an den Mitarbeiter im Original auszuhändigen oder ob die Überlassung einer Kopie ausreicht.

Die Tipps im März 2019 stellen Wettbewerbsverbote im Arbeitsverhältnis vor.

Inhalt

1. **Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung**

(BAG vom 23.01.2019 – 7 AZR 733/16)

2. **Aushändigung einer Arbeitsbescheinigung gemäß § 312 SGB III**

(LAG Nürnberg vom 27.09.2018 – 2 Ta 107/18)

3. **Tipps: Wettbewerbsverbote im Arbeitsverhältnis**

Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung (BAG vom 23.01.2019 – 7 AZR 733/16)

Die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses kann gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG nur dann wirksam vorgenommen werden, wenn sie maximal zwei Jahre andauert und innerhalb dieser zwei Jahre eine höchstens dreimalige Verlängerung der Befristung vorgenommen wird.

Weitere Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer beim gleichen Arbeitgeber **nicht bereits vor Abschluss der sachgrundlosen Befristung beschäftigt** war.

Das Bundesarbeitsgericht musste sich – wieder einmal – mit der Frage befassen, unter welchen Voraussetzungen eine vorangegangene Beschäftigung als schädlich im Sinne des § 14 Abs. 2 TzBfG anzusehen ist.



Beispiel

Arbeitnehmer A war vom 19.03.2004 bis 30.09.2005 als gewerblicher Mitarbeiter in einem Versicherungsbüro tätig.

Mit Wirkung zum 19.08.2013 stellte das selbe Versicherungsbüro A erneut sachgrundlos befristet für die Zeit bis zum 28.02.2014 als Versicherungsmakler ein.

Die Parteien verlängerten die Vertragslaufzeit mehrfach, zuletzt bis zum 18.08.2015; zu diesem Zeitpunkt ließ der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auslaufen.

A begehrt nun die Feststellung vor dem Arbeitsgericht, dass ab dem 19.08.2013 keine wirksame sachgrundlose Befristung vereinbart wurde, da in den Jahren 2004 und 2005 eine schädliche Vorbeschäftigung vorgelegen habe.

Hat A Recht?

Vorbeschäftigung bei sachgrundloser Befristung

Die Zulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung ist in § 14 Abs. 2 TzBfG geregelt. Das Verbot einer schädlichen Vorbeschäftigung ist im Gesetz folgendermaßen formuliert, § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG:

„Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit dem selben Arbeitgeber **bereits**

zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.“

Die Norm erfasst von ihrem Wortlaut her damit ohne Einschränkung **sämtliche Vorbeschäftigungen**, die zwischen den Parteien in der Vergangenheit bestanden haben.

Bisherige Rechtsauffassung

Die von Arbeitgebern bevorzugte Auslegungsvariante, dass ein Mehrarbeitszuschlag erst bei Überschreiten einer entsprechenden Vollzeitarbeit bezahlt werden muss, wurde lange Zeit auch von der Rechtsprechung vertreten (EUGH vom 15.12.1994 – C-399/92 und BAG 26.04.2017 – 10 AZR 589/15).

2017 wurde diese Rechtsprechung vom 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgegeben, indem dieser die Auffassung vertrat, es komme auf einen Vergleich der **einzelnen Lohnbestandteile** an (BAG vom 23.03.2017 – 6 AZR 161/16).

BAG vom 06.04.2011

Dieses im Gesetz normierte unbeschränkte Vorbeschäftigungsverbot ging nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts zu weit, weshalb es im Jahr 2011 (Urteil vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09) entschied, dass die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund bereits dann möglich ist, wenn zwischen den Parteien **mehr als drei Jahre lang** kein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Diese vom Bundesarbeitsgericht ins Leben gerufene 3-Jahre-Frist orientierte sich an der allgemeinen Verjährungsfrist des § 195 BGB.

In der Folge erfuhr diese Rechtsprechung allerdings **herbe Kritik**, da es für diese Auslegung im Gesetz keinerlei Anhaltspunkte gab. Deshalb entschieden diverse Landesarbeitsgerichte, dass die zeitliche Einschränkung der Norm unzulässig sei.

Bundesverfassungsgericht vom 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14

Der allgemeinen Kritik schloss sich im letzten Jahr schließlich auch das **Bundesverfassungsgericht** an und gab zu bedenken, dass sich die vom

Bundesarbeitsgericht entwickelte 3-Jahres-Frist nicht aus dem Gesetz ergebe (Bundesverfassungsgericht – Beschluss vom 06.06.2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14).

Das Bundesverfassungsgericht verurteilte die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in ungewohnter Schärfe und wies es darauf hin, dass selbstverständlich auch die Rechtsprechung an **Gesetz und Recht gebunden** sei und die Entscheidung damit **verfassungswidrig** war.

Einschränkend gab das Bundesverfassungsgericht lediglich zu bedenken, dass in **sehr seltenen Ausnahmefällen** eine sachgrundlose Befristung trotz Vorbeschäftigung wirksam sein kann, wenn ein früheres Arbeitsverhältnis schon sehr lange zurück liegt, ganz anders geartet war oder nur von sehr kurzer Dauer gewesen ist.

Weitere Erläuterungen oder Klarstellungen nahm das Bundesverfassungsgericht nicht vor.

BAG vom 23.01.2019 – 7 AZR 733/16

Im dargestellten Fall hatte das Bundesarbeitsgericht aktuell einen Fall zu beurteilen, bei dem vor Abschluss eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages zwischen den selben Arbeitsvertragsparteien bereits **acht Jahre zuvor** ein (wiederum befristetes) Arbeitsverhältnis bestanden hat, das über ca. eineinhalb Jahre lief.

Das Bundesarbeitsgericht nahm sich der in der aktuellen Entscheidung vom 23.01.2019 (Az. 7 AZR 733/16) die Kritik des Bundesverfassungsgerichts zu Herzen und entschied – anders als im Jahr 2011 –, dass die **zweite sachgrundlose Befristung** aufgrund einer schädlichen Vorbeschäftigung acht Jahre zuvor **unwirksam** war.

In der derzeit allein vorliegenden Pressemitteilung bezog sich das Bundesarbeitsgericht explizit auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und entschied gleichzeitig, dass die vom Bundesverfassungsgericht auf-

gestellten **Ausnahmetatbestände nicht erfüllt** seien.

Kein Ausnahmetatbestand erfüllt

Das Bundesverfassungsgericht lässt eine **Einschränkung des Anwendungsbereichs** des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG durch verfassungskonforme Auslegung zu, soweit das **Verbot der sachgrundlosen Befristung unzumutbar** ist, weil eine Gefahr der Kettenbefristung nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten.

Das **Verbot** der sachgrundlosen Befristung kann danach insbesondere **unzumutbar** sein, wenn

- eine Vorbeschäftigung **sehr lange zurück** liegt,
- **ganz anders geartet** war oder
- von **sehr kurzer Dauer** gewesen ist.

Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass keiner dieser Ausnahmetatbestände im vorliegenden Fall erfüllt war, insbesondere lag das vorangegangene Arbeitsverhältnis **acht Jahre** und damit – so die Auffassung der Richter – **nicht sehr lange zurück**.

Kein Vertrauensschutz

Das Versicherungsunternehmen konnte sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Befristung **im Vertrauen auf die im Jahr 2011 ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts** vereinbart zu haben.

Vielmehr mussten Unternehmen bei Abschluss der Verträge jedenfalls die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass die vom Bundesarbeitsgericht vorgenommene verfassungskonforme Auslegung der Norm vor dem Bundesverfassungsgericht **keinen Bestand** haben könnte.

Aushändigung einer Arbeitsbescheinigung gemäß § 312 SGB III
(LAG Nürnberg vom 27.09.2018 – 2 Ta 107/18)

Bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sind Arbeitgeber verpflichtet, den ausgeschiedenen Mitarbeitern eine sogenannte **Arbeitsbescheinigung gemäß § 312 SGB III** auszuhändigen. In dieser Bescheinigung sind insbesondere die Art der Tätigkeit, Beginn, Ende, Unterbrechung und Grund für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses und das Arbeitsentgelt und die sonstigen Geldleistungen, die die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer erhalten oder zu beanspruchen hat, anzugeben.

Auf diese Weise wird die Arbeitsagentur in die Lage versetzt, das Arbeitslosengeld korrekt berechnen zu können.

Das Landesarbeitsgericht Nürnberg musste sich in diesem Zusammenhang mit der Frage befassen, ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitsbescheinigung an den Mitarbeiter **im Original** auszuhändigen oder ob die Überlassung einer Kopie ausreicht (LAG Nürnberg vom 27.09.2018 – 2 Ta 107/18).



Beispiel

Nachdem Mitarbeiterin B zum 31.10.2018 aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist, hatte ihr Arbeitgeber auf eigene Veranlassung weder ein Arbeitszeugnis erstellt noch eine Arbeitsbescheinigung übersandt.

Nachdem gerichtliche Aufforderungen zu keiner Reaktion des Arbeitgebers führten, klagte sie mit Erfolg vor dem Arbeitsgericht. Auf Antrag der B setzte das Gericht zudem Zwangsgeld gegen ihren Arbeitgeber wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen fest.

Hiergegen legte der Arbeitgeber Beschwerde ein, da er alle geforderten Arbeitspapiere in der Zwischenzeit übermittelt hatte. Das Arbeitsgericht entschied jedoch, dass die Festsetzung des Zwangsgeldes zulässig war, da sowohl die Arbeitsbescheinigung als auch das Zeugnis im Original hätte übermittelt werden müssen.

Vor dem Landesarbeitsgericht begehrt das Unternehmen weiterhin die Rücknahme des Zwangsgeldes, da aus seiner Sicht die Übermittlung von Kopien ausreichend sei.

Zu Recht?

Arbeitsbescheinigung gemäß § 312 SGB III

Bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses sind Unternehmen verpflichtet, eine Arbeitsbescheinigung zu erstellen. Hierzu regelt das Gesetz in § 312 Abs. 1 SGB III folgendes:

„(1) Der Arbeitgeber hat auf Verlangen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers oder auf Verlangen der Bundesagentur alle Tatsachen zu bescheinigen, die für die Entscheidung über den Anspruch auf Arbeitslosengeld oder Übergangsgeld erheblich sein können (Arbeitsbescheinigung); dabei hat er den von der Bundesagentur hierfür vorgesehenen Vordruck zu benutzen [...] die Arbeitsbescheinigung ist der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber auszuhändigen.“

Das Gesetz trifft keine Aussage darüber, ob der Arbeitgeber die Arbeitsbescheinigung **im Original**, d.h. unter Wahrung der Schriftform gemäß § 126 BGB oder in Kopie dem Arbeitnehmer aushändigen muss.

LAG vom 27.09.2018 – 2 Ta 107/18

Zunächst entschied das LAG Nürnberg im September 2018, dass ein Arbeitgeber verpflichtet ist, ein **Arbeitszeugnis** zu erstellen, was mit einer **Originalunterschrift** des Arbeitgebers bzw. eines fachlichen Vorgesetzten des Arbeitnehmers versehen ist. Damit kann der Arbeitnehmer die Überlassung des **Originalzeugnisses** gemäß § 109 GewO verlangen.

Eine andere Auffassung vertrat das Gericht bei der Arbeitsbescheinigung.

Kopie einer Arbeitsbescheinigung genügt

Die Arbeitsbescheinigung gemäß § 312 SGB III muss vom Arbeitgeber im Gegensatz zum Arbeitszeugnis **nur als Kopie des Originals** übermittelt werden.

Zwar ist die Bescheinigung unter Verwendung des von der Bundesagentur für Arbeit vorgesehenen Vordrucks schriftlich zu erteilen und mit Unterschrift und Datumsangabe zu versehen.

Im öffentlichen Recht findet aber – mit Ausnahme des öffentlich-rechtlichen Vertrags -

§ 126 BGB, welcher die (strenge) Schriftform normiert) keine Anwendung.

Insofern erkennt die Arbeitsagentur inzwischen auch **maschinelle Bescheinigungen** an, wenn sie vollumfänglich der aktuellen Fassung des Papiervordrucks entsprechen.



Hinweis

Damit können Arbeitnehmer ebenfalls nur eine Kopie des Originals verlangen mit der Folge, dass die Aufforderung zur Übersendung des Originals regelmäßig ins Leere gehen wird.

Tipps: Wettbewerbsverbote im Arbeitsverhältnis

Ein Arbeitnehmer ist gemäß § 241 Abs. 2 BGB grundsätzlich zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitgebers verpflichtet. Aufgrund dieser Rücksichtnahmepflicht muss er die Ziele und Zwecke des Arbeitgebers fördern und unterstützen. Hierzu zählt auch die Verpflichtung zur **Unterlassung von Wettbewerb** während des **rechtlichen Bestehens des Arbeitsverhältnisses**.

Als Rechtsgrundlage werden die **Vorschriften für Handlungsgehilfen** gemäß §§ 60, 61 HGB analog herangezogen, da eine ausdrückliche arbeitsrechtliche Norm nicht existiert.

Zeitlicher Geltungsbereich

Das Wettbewerbsverbot nach § 60 HGB gilt nur, solange das **Arbeitsverhältnis besteht**. Es beginnt mit dem Zeitpunkt der **vertraglichen Beschäftigungsaufnahme**, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer die Arbeit tatsächlich wie vereinbart aufnimmt, es sei denn das Arbeitsverhältnis wird von den Parteien in keiner Weise in Vollzug gesetzt.

Da es nicht auf den tatsächlichen, sondern auf den **rechtlichen Bestand** des Arbeitsverhältnisses ankommt, gilt das Verbot auch während

- der **Freistellungsphase einer Altersteilzeit** im Blockmodell,
- einer angeordneten **Kurzarbeit** sowie
- des **Ruhens des Arbeitsverhältnisses**, z.B. wegen Elternzeit oder während einer Suspendierung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht.

Das Wettbewerbsverbot endet schließlich, wenn das Arbeitsverhältnis **rechtlich beendet** worden ist, d.h. mit dem letzten Tag des rechtlichen Bestandes. Somit ist der Arbeitnehmer **auch während einer (unwiderruflichen) Freistellung** verpflichtet, nicht in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber zu treten.

Inhalt des Wettbewerbsverbots

Nach dem Wortlaut des § 60 Abs. 1 HGB ist es sowohl verboten, ein **eigenes Handelsgewerbe** zu betreiben als auch **Geschäfte in dem Handelszweig des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung** zu machen.

Untersagt sind dabei nur Handelsgewerbe derselben Art wie die des Prinzipals, also in dessen Geschäfts- bzw. Marktbereich. Dagegen ist eine sonstige gewerbliche Tätigkeit grundsätzlich erlaubt.

Für die Frage, ob eine Tätigkeit im selben Handelszweig vorliegt, ist nicht die rechtliche Einordnung der einzelnen Rechtsgeschäfte entscheidend, sondern inwieweit die Tätigkeit den **Interessen des Arbeitgebers zuwider** läuft. Entscheidend ist damit eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.

Als **Konkurrenzgeschäft** ist schließlich jede spekulative, auf Gewinn gerichtete Teilnahme am Geschäftsverkehr zu verstehen. Von den Verboten hingegen nicht erfasst wird die Befriedigung **eigener, privater Bedürfnisse** und das Anlegen eigener Vermögenswerte im Bereich der Tätigkeit seines Prinzipals sowie Geschäfte mit dem Prinzipal selbst.

In der Praxis ist u.a. untersagt das **Vorfühlen bei Kunden, Versenden von Einladungen, Versenden von Abschiedsbriefen zu Kundenabwerbung, die Gewährung von Darlehen** sowie die **Tätigkeit im eigenen oder fremden Namen**.

Einwilligung des Arbeitgebers

Sollte der Arbeitgeber **einverstanden** sein, dass der Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis Konkurrenzaktivitäten ausübt, greift das Verbot des § 60 Abs. 1 HGB selbstverständlich nicht.

Die Einwilligung kann vom Arbeitgeber entweder **ausdrücklich oder stillschweigend**, während und auch nach der verbotenen Tätigkeit abgegeben werden. Sollte es im Nachhinein jedoch zum Streit kommen, ob eine solche Einwilligung seitens des Arbeitgebers vorlag, wäre der Arbeitnehmer **darlegungs- und beweispflichtig**.

Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes

Verstößt der Arbeitnehmer gegen das Wettbewerbsverbot im laufenden Arbeitsverhältnis, ist der Arbeitgeber berechtigt, **arbeitsrechtliche Maßnahmen** zu ergreifen. Konkret bedeutet dies, dass der Arbeitgeber entweder eine **Abmahnung** aussprechen kann; im Wiederholungsfalle bzw. bei einem schwerwiegenden Verstoß kann der Arbeitgeber berechtigt sein,

eine (gegebenenfalls sogar **außerordentliche Kündigung**) auszusprechen.

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber einen **Unterlassungsanspruch** gegenüber dem Arbeitnehmer geltend machen, sofern weitere Beeinträchtigungen befürchtet werden müssen; unter Umständen sogar im Rahmen einer **einstweiligen Verfügung**.

Schließlich kann der Arbeitgeber bei vorliegenden Voraussetzungen gemäß § 61 Abs. 1 HGB **Schadensersatz** fordern wegen des Betreibens eines Handelsgewerbes selbst, des Abschlusses einzelner Geschäfte im Rahmen des Handelsgewerbes oder verbotener Konkurrenzfähigkeit.

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Nach der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer grundsätzlich frei, in Konkurrenz mit dem Arbeitgeber zu treten.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein **nachvertragliches Wettbewerbsverbot** vereinbart worden ist, § 74 HGB.

Nach § 74 Abs. 1 HGB bedarf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot der **Schriftform**. Zudem ist es nur dann wirksam, wenn der Arbeitgeber eine sogenannte **Karenzentschädigung** bezahlt, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht, § 74 Abs. 2 HGB.

Sollte der Arbeitgeber keine oder eine zu geringe Karenzentschädigung bezahlen, müsste sich der Arbeitnehmer nicht an das nachvertragliche Wettbewerbsverbot halten.

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.de