

## NEWSLETTER ARBEITSRECHT

2/15

### Rechtsprechung

---

#### **Wettbewerbstätigkeit nach fristloser Kündigung**

*Ein Arbeitnehmer, der gegen seine fristlose Kündigung Klage erhebt und anschließend eine Wettbewerbstätigkeit aufnimmt, handelt auf eigenes Risiko, sofern sich die Kündigung später als unwirksam herausstellt.*

Der Arbeitnehmer ist bei seinem Arbeitgeber als Gutachter auf dem Gebiet der Bahnelektrifizierung und Bahnstromversorgung tätig. Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis am 24.8.2011 fristlos. Der Arbeitnehmer erhebt dagegen Kündigungsschutzklage. Während des laufenden Kündigungsschutzprozesses führt er im eigenen Namen einzelne Prüfaufträge für Konkurrenten seines Arbeitgebers durch. Als der Arbeitgeber hiervon erfährt, kündigt er das Arbeitsverhältnis vorsorglich erneut wegen vertragswidriger Wettbewerbstätigkeit fristlos.

Nach Auffassung des BAG hat weder die erste noch die zweite außerordentlichen Kündigung zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt. Da bereits für die erste angegriffene Kündigung keine rechtfertigende Gründe bestehen, bestand das Arbeitsverhältnis über den 24.8.2011 hinaus fort. Der Arbeitnehmer war daher grundsätzlich an das vertragsimmanente Wettbewerbsverbot gebunden. Dieses gilt während der gesamten rechtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses. Aus diesem Grund verhält sich ein Beschäftigter grundsätzlich vertragswidrig, wenn er nach Zugang einer von ihm gerichtlich angegriffenen fristlosen Kündigung eine Konkurrenztaetigkeit aufnimmt, sofern sich die Kündigung später als unwirksam herausstellt. Die Obliegenheit zur Aufnahme einer Zwischenbeschäftigung aus § 615 S. 2 BGB rechtfertigt es nicht, eine Konkurrenztaetigkeit im Geschäftsbereich des Arbeitgebers während eines – für den Arbeitnehmer erfolgreichen – Kündigungsschutzprozesses aufzunehmen. Allerdings stellt nicht jeder Wettbewerbsverstoß während eines Kündigungsverfahrens einen wichtigen Grund nach § 626 BGB dar. Im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung ist vielmehr zu berücksichtigen, dass sich der Arbeitgeber seinerseits widersprüchlich verhält, wenn er eine (aus seiner Sicht wirksame) außerordentliche Kündigung ausspricht und den Arbeitnehmer gleichzeitig zur Enthaltung von Wettbewerb auffordert. In gewissen Grenzen ist daher die Hinnahme von Wettbewerbshandlungen des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber zumutbar. Es spricht insoweit zu Gunsten des Arbeitnehmers, wenn die Wettbewerbstätigkeit erstmals durch die ausgesprochene Kündigung ausgelöst worden ist. In diesem Fall besteht in der Regel für die Zeit nach Prozessende keine negative Verhaltensprognose. Auch ist zu berücksichtigen, ob der Wettbewerb auf Dauer oder nur als Übergangslösung angelegt ist. Schließlich sind auch etwaige für den Arbeitgeber entstehende Schäden zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund rechtfertigen die von dem Arbeitnehmer im vorliegenden Fall angefertigten einzelnen Gutachten nicht die Annahme, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit der Parteien nach Abschluss des Kündigungsrechtsstreits nicht mehr möglich sei.

**Ausblick:** Das BAG entscheidet hier nach dem Motto „zwei Schritte vor – einen zurück“. Wettbewerbshandlungen eines Arbeitnehmers nach Ausspruch einer (unwirksamen) Kündigung sollen zwar „an sich“ eine Vertragspflichtverletzung des fortbestehenden Arbeitsvertrags bewirken; gleichzeitig öffnet das BAG betroffenen Beschäftigten zahlreiche Türen, um entsprechende Zwischenbeschäftigungen sanktionsfrei ausüben zu können. Entscheidend ist nach Auffassung des Gerichts offenbar, dass die Wettbewerbstätigkeit den Charakter einer vorübergehenden Beschäftigung hat. Das ist bei vereinzelt Beratungsaufträgen sicher der Fall; kritisch dürfte es dagegen werden, wenn der Betroffene sogleich nach Ausspruch der Kündigung den Aufbau eines eigenen Konkurrenzunternehmens

mens in Angriff nimmt oder ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit langen Kündigungsfristen bei einem Wettbewerber einget. Welche Umstände im Einzelnen vorliegen müssen, damit die vom BAG geforderte „Interessenabwägung“ zu Gunsten des Arbeitgebers ausgeht, lässt die Entscheidung freilich offen.

*BAG, Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 644/13*

---

## Urlaubsgewährung bei Arbeitgeberwechsel

***Den Arbeitnehmer trifft die Beweislast dafür, dass ein von ihm verlangter Urlaub nicht bereits von einem früheren Arbeitgeber gewährt worden ist (§ 6 I BUrlG).***

Der Arbeitnehmer tritt im April 2010 in ein Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber. Der Arbeitsvertrag sieht einen Urlaubsanspruch von 30 Tagen vor. Im Jahr 2010 gewährt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Urlaubstag. Im Anschluss daran ist der Arbeitnehmer vom 15.11.2010 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.5.2011 arbeitsunfähig erkrankt. Der Arbeitnehmer verlangt vor dem Arbeitsgericht die Abgeltung von 29 Urlaubstagen aus dem Jahr 2010.

Nach Auffassung des BAG ist entscheidungserheblich, inwieweit der Arbeitnehmer vor Beginn des Arbeitsverhältnisses im April 2010 für das Urlaubsjahr 2010 von einem früheren Arbeitgeber Urlaub erhalten hat. Diesbezüglich haben die Vorinstanzen keine Feststellungen getroffen. Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich für das Jahr 2010 seinen vollen Urlaubsanspruch in Höhe von 30 Arbeitstagen erworben. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Teilurlaub nach § 5 I lit. a BUrlG liegen nicht vor. Danach erwirbt ein Arbeitnehmer für Zeiten, für die er wegen Nichterfüllung der Wartezeit in diesem Kalenderjahr keinen vollen Urlaubsanspruch erwirbt, nur einen Teilurlaubsanspruch. Im vorliegenden Fall hat der Arbeitnehmer die sechsmonatige Wartezeit gem. § 4 BUrlG noch im fraglichen Urlaubsjahr 2010 vollendet. Der somit entstandene Urlaubsanspruch abzüglich des einen genommenen Tags wurde auf Grund der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers in das Jahr 2011 übertragen (§ 7 III 2 BUrlG). Er ist auch nicht mit Ablauf des Übertragungszeitraums am 31.3.2011 erloschen, da § 7 III BUrlG rechtskonform so auszulegen ist, dass der Urlaubsanspruch nicht erlischt, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig ist. Das genannte Urlaubskontingent steht dem Arbeitnehmer allerdings nicht zu, soweit er vor dem Eintritt in das streitgegenständliche Arbeitsverhältnis von einem anderen Arbeitgeber Urlaub erhalten hat (§ 6 I BUrlG). Die genannte Vorschrift regelt den Urlaubsanspruch, wenn ein Arbeitnehmer während des Urlaubsjahres den Arbeitgeber wechselt. Demnach sind Ansprüche im neuen Arbeitsverhältnis ganz oder teilweise ausgeschlossen, soweit Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers bereits im früheren Arbeitsverhältnis erfüllt worden sind. Das Gesetz formuliert insoweit eine negative Anspruchsvoraussetzung für die Geltendmachung von Urlaubsansprüchen gegenüber dem neuen Arbeitgeber. Dem Arbeitnehmer als Gläubiger des Urlaubsanspruches obliegt es insoweit, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass die Anrechnungsvoraussetzungen des § 6 I BUrlG nicht vorliegen. Dafür gelten die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast. Im Streitfall muss der Sachverhalt noch entsprechend aufgeklärt werden.

**Praxishinweis:** Die Vorschrift des § 6 BUrlG wird in der Praxis häufig übersehen. In Unternehmen werden vielfach anlässlich des Ausscheidens von Beschäftigten keine Urlaubsbescheinigungen ausgestellt und auch einstellende Arbeitgeber fragen nicht immer danach. Dadurch kann schnell eine „doppelte“ Begünstigung von Arbeitnehmern entstehen, wenn diese bei einem Ausscheiden in der zweiten Jahreshälfte von ihrem alten Arbeitgeber den (gesetzliche geschuldeten) vollen Jahresurlaub erhalten und ihnen der neue Arbeitgeber bei nahtlosem Übergang in ein neues Arbeitsverhältnis für das verbleibende Rumpfjahr einen Teilurlaubsanspruch gewährt. Zu beachten ist, dass die Kürzungsregelung des § 6 BUrlG nur bei tatsächlich (durch Naturalgewährung oder Urlaubsabgeltung) erfüllten Urlaubsansprüchen eingreift; das alleinige Bestehen eines *Anspruchs* des Arbeitnehmers gegen den früheren Arbeitgeber reicht insoweit nicht aus.

*BAG, Urteil vom 16.12.2014 – 9 AZR 295/13*

---

## **Anhörung des Betriebsrats bei fristloser Kündigung**

*Eine nähere Begründung der den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers betragenden Interessenabwägung ist Rahmen der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG wegen des Grundsatzes der subjektiven Determinierung regelmäßig nicht erforderlich.*

Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin fristlos. Im Rahmen der Betriebsratsanhörung macht er dem Betriebsrat Angaben zu den Sozialdaten der gekündigten Mitarbeiterin und den Kündigungsgrund, nicht aber zu dem Umstand, dass die Arbeitnehmerin beurlaubte Beamtin ist. Ferner wird als ordentliche Kündigungsfrist fünf statt sieben Monate angegeben. Nähere Ausführungen zu einer Interessenabwägung enthält das Anhörungsschreiben nicht. Die Arbeitnehmerin erhebt Kündigungsschutzklage.

Nach Auffassung des BAG scheidet die Kündigung nicht bereits an der fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats (§ 102 I BetrVG). Nach dem Grundsatz der „subjektiven Determination“ muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat zwar vollständig und wahrheitsgemäß über alle ihm bekannten und für seinen Kündigungsentschluss maßgeblichen Tatsachen informieren. Dazu gehören auch Umstände, die den Arbeitnehmer entlasten und deshalb für eine Stellungnahme des Betriebsrats möglicherweise bedeutsam sind. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber auf die Mitteilung von Sozialdaten des Arbeitnehmers nicht vollständig verzichten kann, selbst wenn diese für seinen Kündigungsentschluss ohne Bedeutung waren. Der Wirksamkeit einer auf Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung steht das Unterlassen der Angaben derartiger Daten bei der Betriebsratsanhörung nur dann nicht entgegen, wenn es dem Arbeitgeber auf die genauen Daten ersichtlich nicht ankommt und der Betriebsrat diese Daten jedenfalls ungefähr kennt. In diesem Fall kann der Betriebsrat die Kündigungsabsicht des Arbeitgebers auch so ausreichend beurteilen. Dagegen ist eine nähere Begründung der den Kündigungsentschluss tragenden Interessenabwägung des Arbeitgebers wegen des Grundsatzes der subjektiven Determinierung regelmäßig nicht erforderlich. Die Anhörung zu der Absicht, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, impliziert eine Abwägung zu Lasten des Arbeitnehmers. Auch die im konkreten Fall unterlassene Angabe zu einer Beurlaubung der Arbeitnehmerin im Beamtenverhältnis sowie die fehlerhaft berechnete ordentliche Kündigungsfrist wirken sich auf die Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung nicht aus. Die fehlerhafte Angabe zu den Kündigungsfristen ist jedenfalls nicht so beträchtlich, dass der Betriebsrat die Aussage der mangelnden Zumutbarkeit einer vorübergehenden Weiterbeschäftigung nicht hätte ordentlich prüfen können. Bei der mangelnden Angabe zum ruhenden Beamtenverhältnis der Arbeitnehmerin handelt es sich um einen Umstand, der sich als zusätzliche soziale Absicherung allenfalls zu Lasten der Klägerin auswirken und somit die Abwägung des Betriebsrats nicht maßgeblich zu ihren Lasten beeinflussen konnte.

**Kritik:** Das BAG nimmt in seiner Entscheidung eine stark einzelfallbezogene Modifikation des Grundsatzes der subjektiven Determination vor. Es ist erstaunlich, wie großzügig das Gericht mit fehlerhaften Angaben in der Anhörung bezüglich nicht unerheblicher arbeitsvertragsrelevanter Umstände (Kündigungsfrist, ruhendes Beamtenverhältnis) umgeht und die in diesem Zusammenhang objektive Fehlerhaftigkeit bzw. Lückenhaftigkeit der Anhörung mit der Begründung rechtfertigt, dass die Einflussnahmemöglichkeit des Betriebsrats auf die Willensbildung des Arbeitgebers dadurch nicht beeinträchtigt worden sei. Gleiches gilt für die Interessenabwägung im Rahmen von § 626 BGB. Letztlich bevormundet das BAG die betroffenen Betriebsräte und greift deren Entscheidung vor, wenn bestimmte Umstände für nicht mitteilungs pflichtig gehalten werden, weil sie „nicht zu Lasten der Arbeitnehmerin“ gehen könnten. Es ist nicht die gesetzliche Aufgabe von Betriebsräten, Kündigungen um jeden Preis zu verhindern!

*BAG, Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13*

## **Diskriminierung wegen „Mutterschaft“**

***Ein handschriftlicher Vermerk des Arbeitgebers über das Alter des Kindes einer Bewerberin kann ein Indiz für eine unmittelbare Geschlechterdiskriminierung nach § 22 AGG darstellen.***

Die Klägerin bewirbt sich bei dem Arbeitgeber als Verwaltungsfachfrau. Sie erhält eine Absage. Auf den zurückgesandten Bewerbungsunterlagen ist neben der Angabe „verheiratet, ein Kind“ der handschriftliche Vermerk des Arbeitgebers „7 Jahre alt!“ angebracht. Die Klägerin fühlt sich daraufhin als Frau diskriminiert und erhebt Klage auf Entschädigung nach den Vorschriften des AGG.

Das BAG hält die Sache noch nicht für entscheidungsreif. Das LAG hat zu Unrecht eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts angenommen und eine unmittelbare Benachteiligung ausgeschlossen. Dabei hat es verkannt, dass die vom Arbeitgeber im Lebenslauf gemachte handschriftliche Anmerkung ein Indiz für eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellen kann (§ 22 AGG). Allerdings ist die Klägerin in diesem Zusammenhang nicht wegen ihrer „Mutterschaft“ ungünstiger behandelt worden (vgl. § 3 I 2 AGG). Unter „Mutterschaft“ ist nur der besondere Schutz der Frau im Zusammenhang mit einer kurz bevorstehenden oder gerade erfolgten Entbindung zu verstehen. Hierunter fällt eine sieben Jahre zurückliegende Geburt nicht. Allerdings kann dennoch eine unmittelbare Benachteiligung vorliegen, wenn etwa der Arbeitgeber Äußerungen gegenüber einem Geschlecht macht, die er gegenüber einem anderen Geschlecht nicht machen würde und diese Äußerungen von den tradierten Rollenmustern ausgehen und die Grundlage der Personalauswahl bilden. Das kann auch die pauschale Annahme des Arbeitgebers sein, eines der beiden Geschlechter sei hauptsächlich für die Kinderbetreuung zuständig und als Arbeitskraft deshalb weniger flexibel oder nur mit Einschränkungen verfügbar. Ob der Arbeitgeber seine Bemerkung im konkreten Fall aus einer derartigen Motivation heraus gemacht hat oder das Alter von Kindern bei allen bewerbenden Eltern nachgefragt oder ermittelt wurde, ist bislang nicht festgestellt. Eine mittelbare Diskriminierung liegt dagegen nicht vor. Es mag zwar sein, dass bei dem vom Arbeitgeber gewählten Anknüpfungskriterium (Kindesalter) zahlenmäßig mehr Frauen als Männer nachteilig bei der Bewerberauswahl betroffen sind. Die vom LAG insoweit herangezogene statistische Auswertung „Mikrozensus 2010“ ist jedoch für einen derartigen Nachweis nicht geeignet. Denn darin finden sich nur allgemeine Angaben über die prozentuale Verteilung der Berufstätigkeit von verheirateten Vätern und Müttern, nicht aber Zahlenangaben/Geschlechterquoten hinsichtlich des Erfolges oder Misserfolges von Frauen oder Männern bei Bewerbungen oder *angestrebten* Beschäftigungen.

**Praxishinweis:** Die Entscheidung macht deutlich, wie schwierig die richtige Anwendung der Diskriminierungsvorschriften, insbesondere die Differenzierung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligungen, ist. Im Ergebnis verlangt das BAG von den Gerichten eine „Motivforschung“ im Hinblick auf die „wahren Absichten“ des Arbeitgebers bei seinen Einstellungsentscheidungen. Ohne die Vorschrift des § 22 AGG wäre das ein unmögliches Unterfangen. Arbeitgeber können sich, sollte die Vermutungswirkung eingreifen, allerdings nicht mit dem Hinweis entlasten, dass letztendlich eine Frau eingestellt und diese zudem besser qualifiziert als die abgelehnte Bewerberin sei.

*BAG, Urteil vom 18.9.2014 – 8 AZR 753/13*

## Nachrichten

---

### **Doping am Arbeitsplatz nimmt zu**

*Nach einer aktuellen Studie der DAK mit dem Titel „Update: Doping am Arbeitsplatz“ geht hervor, dass knapp drei Millionen Deutsche verschreibungspflichtige Medikamente nutzen, um am Arbeitsplatz leistungsfähiger zu sein.*

Ein zentrales Ergebnis der Studie ist, dass die Anzahl der Arbeitnehmer, die entsprechende Substanzen zum Doping missbraucht haben, in den vergangenen sechs Jahren stark von 4,7 auf 6,7 Prozent gestiegen ist. Vor allem Beschäftigte mit einfachen Tätigkeiten oder unsicheren Jobs gehören zu den Risikogruppen für den Medikamentenmissbrauch. Demnach sind es entgegen der landläufigen Meinung nicht primär Topmanager oder Kreative, die sich mit Medikamenten zu Höchstleistungen pushen wollen. Der Report wertete auch die Krankenstände der Arbeitnehmer aus. Die Branchen mit dem höchsten Krankenstand waren 2014 das Gesundheitswesen, die Öffentliche Verwaltung sowie Verkehr. Lagerei und Kurierdienste mit jeweils 4,5 Prozent (Quelle: FD-ArbR 2015 367366).