

NEWSLETTER ARBEITSRECHT

9/15

Rechtsprechung

Außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist

Ist das Arbeitsverhältnis ordentlich unkündbar, kann der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist auch auf einen verhaltensbedingten Grund stützen, der an sich „nur“ eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde.

Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist auf Grund tarifvertraglicher Vorschriften ordentlich unkündbar. Auf Grund verschiedener Vorfälle kündigt der Arbeitgeber im September 2013 „außerordentlich mit sozialer Auslauffrist“ zum 31.3.2014. Das LAG gibt der erhobenen Kündigungsschutzklage mit der Begründung statt, dass eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern nicht in Betracht komme.

Das BAG hebt die Entscheidung des LAG auf und verweist die Sache zur erneuten Entscheidung über die Kündigungsgründe zurück. Der Arbeitgeber kann auch im Fall einer tariflich ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitsverhältnisses eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist aussprechen. Im Anwendungsbereich des § 626 I BGB besteht keine Verpflichtung des Arbeitgebers, stets *fristlos* zu kündigen. Vielmehr kann der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung – etwa aus sozialen Erwägungen – mit einer Auslauffrist aussprechen, selbst wenn alle rechtlichen Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung vorliegen. Für sich genommen erlaubt die Gewährung einer Auslauffrist auch nicht den zwingenden Schluss, dass damit dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers doch objektiv zumutbar sei. Dies ist vielmehr anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Sinn und Zweck der Unkündbarkeitsvorschriften des einschlägigen Tarifvertrags stehen einer solchen Sichtweise nicht entgegen. Zwar wird bei Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Ausgeschlossen ist dies jedoch nicht. Das gilt etwa in dem Fall, dass die Pflichtverletzung so gravierend ist, dass sie zwar grundsätzlich eine fristlose Kündigung rechtfertigt, es dem Arbeitgeber aber auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls zumutbar ist, dennoch die „fiktive“ ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten, etwa weil die Gefahr einer Wiederholung des Pflichtverstoßes zwar über den Lauf der ordentlichen Kündigungsfrist, nicht aber darüber hinaus ausgeschlossen ist (zu einem solchen Fall BAG, NZA-RR 2012, 12). Ist dagegen die Pflichtverletzung so angelegt, dass sie „nur“ eine ordentliche Kündigung nach § 1 II KSchG rechtfertigen könnte, führt der Ausschluss der ordentlichen Kündigung regelmäßig nicht dazu, dass ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung (mit notwendiger Auslauffrist) bestünde. Sofern es nur um einen die ordentliche Kündigung rechtfertigenden Grund im Verhalten des Arbeitnehmers geht, ist vielmehr Sinn und Zweck der (tariflichen) Unkündbarkeit, dass sich der Arbeitgeber von der freiwillig eingegangenen, gesteigerten Vertragsbindung nicht lösen kann.

Kritik: Die Begründung der Entscheidung ist nur schwer verständlich. Das liegt auch an den missverständlichen Orientierungssätzen, die der Originalentscheidung vorangestellt sind. Darin stellt das BAG etwa fest, dass ein Verhalten, welches an sich nur eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde, in Ausnahmefällen „gerade wegen der infolge des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung langen Bindungsdauer“ einen wichtigen Grund i.S. von § 626 BGB darstellen könne. Am Schluss der Entscheidungsgründe stellt das Gericht hingegen klar, dass ein solcher Fall zur Vermeidung von

Wertungswidersprüchen gerade kein Anwendungsfall der außerordentlichen Kündigung mit Auslauf-
frist sein soll (vgl. Zusammenfassung oben). Hier versucht das BAG offenbar die Quadratur des
Kreises. Für den Praktiker ist von Bedeutung, dass es in jedem Fall ratsam ist, im Fall vertraglicher
oder tariflicher ordentlicher Unkündbarkeit stets beide Kündigungsarten (fristlos sowie fristlos mit
sozialer Auslauffrist) zu kombinieren.

BAG, Urteil vom 13.5.2015 – 2 AZR 531/14

Gegenstand eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots

***Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer im Rahmen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots
die Gewährung eines zinslosen Darlehens an ein im Aufbau befindliches Konkurrenzunterneh-
men untersagen.***

Die Parteien vereinbarten ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, in dem sich der Arbeitnehmer
verpflichtet, zwei Jahre nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Konkurrenzunternehmen
weder mittelbar noch unmittelbar „irgendwie zu unterstützen“. Der Arbeitnehmer gewährt noch vor
der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer Firma, die im Wettbewerb mit seinem Arbeitgeber
steht, ein zinsloses Darlehen in Höhe von 75.000 Euro. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnis-
ses nimmt der Arbeitnehmer keine unmittelbare Konkurrenz Tätigkeit auf; er belässt jedoch das ver-
gebene Darlehen bei dem Wettbewerber und fordert es innerhalb der nächsten zwei Jahre auch nicht
zurück. Der Arbeitgeber meint, dass es sich um eine unzulässige Wettbewerbshandlung handle und
hält aus diesem Grund die vertraglich vereinbarte Karrenzentschädigung zurück. Der Arbeitnehmer
erhebt Zahlungsklage.

Nach Auffassung des BAG ist die Klage unbegründet. Der Arbeitnehmer hat auf Grund der fort dau-
ernden Darlehensgewährung bzw. der mangelnden Rückforderung des Darlehens nach der Beendi-
gung des Arbeitsverhältnisses eine Wettbewerbshandlung begangen, die vom Geltungsbereich des
nachvertraglichen Wettbewerbsverbots erfasst ist. Durch das sich auf die gesamte Karenzzeit erstre-
ckende wettbewerbsverbotswidrige Verhalten ist der Anspruch auf die Karenzentschädigung gem.
§ 326 I 1 BGB entfallen. Nach den vertraglichen Vereinbarungen war es dem Arbeitnehmer unter-
sagt, in „irgendeiner“ Form für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu werden. Das beinhaltet auch die
Mitwirkung an der Gründung eines solchen Unternehmens. Die umfassende Reichweite des Verbots
war dem Arbeitnehmer auch ohne weiteres erkennbar. Die bloße Tatsache, dass im Einzelfall geklärt
werden muss, ob das Verhalten des Arbeitnehmers unter die sachliche Reichweite des Wettbewerbs-
verbots unterfällt, führt nicht zu einem Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 I 2 BGB),
sondern betrifft lediglich die Anwendung des Verbots auf einen konkreten Streitfall. Das Wettbe-
werbsverbot dient auch dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers
(§ 74a I 1 AGB). Mit nachvertraglichen Wettbewerbsverboten soll entweder der Schutz von Be-
triebsgeheimnissen gesichert oder der Einbruch eines ausgeschiedenen Mitarbeiters in den Kunden-
oder Lieferantenkreis unter Ausnutzung besonderer Kenntnisse oder persönlicher Kontakte verhin-
dert werden. Auch wenn das bloße Interesse des Arbeitgebers, Konkurrenz auf dem Markt zu
verhindern, regelmäßig nicht geschützt ist, kann im Einzelfall ein berechtigtes geschäftliches In-
teresse daran bestehen, dass sich der ausgeschiedene Mitarbeiter nicht in erheblichem wirtschaftlichem
Umfang an einem Konkurrenzunternehmen beteiligt und somit mittelbar im Wettbewerb zum
Arbeitgeber tritt. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Mitarbeiter nicht nur eine bloße Kapitalbe-
teiligung an einem anderen Unternehmen erwirbt, sondern das Kapital gezielt zur Gründung des
Konkurrenzunternehmens gewährt wird oder die Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf das
Konkurrenzunternehmen ermöglicht. Der Gewährung steht im vorliegenden Fall die mangelnde
Rückforderung des Darlehens nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gleich, denn das Darle-
hen war nach den Feststellungen der Vorinstanz für das Fortbestehen des Wettbewerbers des Arbeit-
gebers von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Nach dem eigenen Vortrag des Arbeitnehmers ist
davon auszugehen, dass er das Wettbewerbsunternehmen durch die Überlassung seines Darlehens

„am Leben gehalten“ hat. Da der Arbeitnehmer während der Karenzzeit auch über keine nennenswerten anderweitigen Einkünfte verfügte, ging es ihm offenbar darum, mit der Darlehensgewährung später einen wirtschaftlichen Gewinn zu erwirtschaften. Vor einem solchen Verhalten darf sich der Arbeitgeber berechtigterweise durch das Wettbewerbsverbot schützen.

Kritik: Das BAG beschreitet mit seinem Urteil eine Gradwanderung. Der bislang geltende Grundsatz, dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote nicht (nur) dazu dienen dürfen, unliebsame Konkurrenz des Arbeitgebers einzuschränken, wird doch stark beschnitten bzw. in sein Gegenteil verkehrt, wenn das BAG meint, die „zielgerichtete wirtschaftliche Unterstützung eines Wettbewerbers“ könne in einer nachvertraglichen Wettbewerbsvereinbarung verboten werden. Warum soll der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an einem derartigen Verbot haben, wenn dieselbe oder eine gleichartige Unterstützung auch durch jeden x-beliebigen Dritten erfolgen könnte? Das BAG gibt damit den ein Wettbewerbsverbot rechtfertigenden inneren Zusammenhang zwischen der „Vorbeschäftigung“ des Arbeitnehmers bei seinem Arbeitgeber und der Wettbewerbshandlung auf, denn das Darlehen hätte der Arbeitnehmer dem Wettbewerbsunternehmen im Streitfall auch dann gewähren können, wenn er niemals bei seinem Arbeitgeber beschäftigt gewesen wäre. Seine Beschäftigung ist mit andere Worten nicht ursächlich für die Konkurrenzfähigkeit geworden. Dann ist aber fraglich, worin das „berechtigtes“ Interesse des Arbeitgebers an der Beschränkung der beruflichen Tätigkeit seines ehemaligen Mitarbeiters liegen soll.

BAG, Urteil vom 7.7.2015 – 10 AZR 260/14

Geschäftsführer – Zulässigkeit des Rechtswegs zum Arbeitsgericht

Ist ein Geschäftsführer von seiner Organstellung abberufen, endet die Fiktion des § 5 I 3 ArbGG. Das gilt nicht nur in den so genannten sic-non-Fällen.

Der Kläger ist als Geschäftsführer eines Vereins beschäftigt. Grundlage seiner Organbestellung bildet ein Anstellungsvertrag, in dem festgelegt ist, dass der Geschäftsführer leitender Angestellter i.S. von § 5 III BetrVG ist. Nach seiner Abberufung klagt der Geschäftsführer vor dem Arbeitsgericht auf angeblich ausstehende Vergütung vor dem Arbeitsgericht.

Das BAG hält den beschrittenen Rechtsweg für zulässig. Die Arbeitsgerichte sind zwar nicht zuständig für Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrags zur Vertretung einer juristischen Person berufen sind (§ 5 I 3 ArbGG). Bei dieser abdrängenden Verweisung handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion, die unabhängig davon eingreift, ob das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis materiell-rechtlich als freies Dienstverhältnis oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Im vorliegenden Fall greift die abdrängende Verweisung jedoch nicht ein, so dass offenbleiben kann, ob der Kläger tatsächlich vertretungsberechtigtes Organmitglied einer juristischen Person im Sinne des Gesetzes war. Nach der Rechtsprechung greift die Fiktionswirkung jedenfalls dann nicht (mehr) ein, wenn der Geschäftsführer bei Klageerhebung von seinem Amt abberufen ist. Das gilt auch dann, wenn die Abberufung erst nach Eingang der Klage erfolgt. Diese Grundsätze gelten nicht nur im Fall so genannter sic-non-Fälle. Die drei Fallgruppen der sic non-Fälle, der aut-aut-Fälle und der et-et-Fälle hat die Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage entwickelt, welche Anforderungen an das klägerische Vorbringen zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte in Abgrenzung zu den ordentlichen Gerichten zu stellen sind. Diese Frage ist unabhängig von den Voraussetzungen der abdrängenden Verweisung des § 5 I 3 ArbGG zu beantworten. Liegen die Voraussetzungen der Fiktionswirkung nicht (mehr) vor, kann der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht nur in Fällen, in denen der Kläger das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses oder arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz behauptet, sondern auch für solche Ansprüche eröffnet

sein, die sowohl auf eine arbeitsrechtliche als auch auf eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden können. Da im Streitfall unstrittig zwischen den Parteien ist, dass der Geschäftsführertätigkeit ein Arbeitsvertrag im Sinne des Arbeitsrechts zu Grunde lag, muss die Frage nicht entschieden werden, ob es für die Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten bei Zahlungsklagen, die entweder auf eine arbeitsrechtliche oder auf eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage gestützt werden können, erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer die Voraussetzungen seiner Arbeitnehmerschaft schlüssig darlegt oder diese im Bestreitensfall auch bewiesen werden müssen.

Praxishinweis: Das BAG erweitert auf seiner bisherige Rechtsprechung zur Eröffnung des arbeitsgerichtlichen Rechtswegs für abberufene Geschäftsführer um einen weiteren Aspekt. Dabei betritt es das unübersichtliche Terrain der sic-non-, aut-aut- und et-et-Fälle. Das Gericht stellt insoweit klar, dass es sich bei der Prüfung der Voraussetzungen der abdrängenden Fiktionswirkung einerseits und den weiteren Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Rechtswegs andererseits um „zwei Paar Schuhe“ handelt. Im Streitfall lag ein so genannter aut-aut-Fall vor, bei dem nach h.M. im Rahmen der Rechtswegbestimmung die behauptete Arbeitnehmereigenschaft bewiesen oder zumindest (wie im Streitfall) unstrittig sein muss (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2014, 67577).

BAG, Beschluss vom 8.9.2015 – 9 AZB 21/15

Günstigkeitsvergleich bei Gehaltsänderung

Ist ein Günstigkeitsvergleich zwischen zwei „Vollzeitarbeitsverhältnissen“ durchzuführen, darf dieser Vergleich nicht allein auf der Grundlage eines hypothetisch ermittelten Arbeitsentgelts pro Stunde durchgeführt werden.

Für das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers gelten zunächst kraft einzelvertraglicher Bezugnahme die branchenüblichen Verbandstarifverträge. Nach einem Betriebsübergang werden diese durch einen kollektivrechtlich geltenden Haustarifvertrag überlagert. Die Verbandstarifverträge sehen für den in Vollzeit tätigen Arbeitnehmer 34 Wochenstunden bei einem Jahresverdienst von 40.000 EUR vor, während der Haustarifvertrag für Vollzeitbeschäftigte eine Arbeitszeit von 38 Wochenstunden bei einem Jahresgehalt von 43.000 EUR vorsieht. Der Arbeitnehmer wird nach dem Betriebsübergang zu den Bedingungen des Haustarifvertrags weiter beschäftigt. Er erhebt Klage vor dem Arbeitsgericht mit dem Ziel, die Fortgeltung der Verbandstarifverträge für sein Arbeitsverhältnis feststellen zu lassen.

Das BAG hält die Klage für unbegründet. Der nach § 4 III TVG zwischen den arbeitsvertraglichen in Bezug genommenen Tarifvorschriften und dem normativ geltenden Haustarifvertrag durchzuführende Günstigkeitsvergleich führt nicht zu dem Ergebnis, dass die Verbandstarifverträge für den Arbeitnehmer günstiger sind. Im vorliegenden Fall sind nach den Grundsätzen des Sachgruppenvergleichs die Arbeitszeit und das Entgelt zu einer vergleichenden Gruppe zusammenzufassen. Es ist nämlich unmöglich, eine längere oder kürzere Arbeitszeit per se als „günstiger“ oder „ungünstiger“ anzusehen, sofern man nicht die dafür geschuldete Kompensation berücksichtigt. Ein Arbeitnehmer wird regelmäßig nicht bereit sein, allein um der „Selbstverwirklichung“ willen unentgeltlich länger zu arbeiten. Allerdings folgt aus dem Zusammenhang zwischen dem zu zahlenden Entgelt und der aufzuwendenden Arbeitszeit entgegen der Auffassung des LAG nicht, dass der Günstigkeitsvergleich ausschließlich auf der Grundlage eines (hypothetisch) zu ermittelnden Arbeitsentgelts pro Stunde durchzuführen wäre. Vielmehr ist eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Diese führt im Streitfall dazu, dass der Arbeitnehmer für ein Vollzeitarbeitsverhältnis nach dem Verbandstarifvertrag jährlich 40.000 EUR und für eine Beschäftigung im Vollzeitverhältnis auf der Grundlage des Haustarifvertrags 43.000 EUR verdient. Auch wenn die aufzuwendende Zeit für den höheren Verdienst höher ist, lässt sich nicht sagen, dass die Vollzeitbeschäftigung auf Grund der Verbandstarifverträge im Vergleich zu den haustarifvertraglichen Regelungen günstiger ist; sie lässt sich allenfalls als ambivalent qualifizieren.

Kritik: Die Begründung der Entscheidung ist nur schwer verständlich, da das BAG zunächst die Verbindung zwischen Arbeitszeit und Entgelt herausstellt, um sie sodann in der Begründung des Ergebnisses wieder (vollständig) zu ignorieren. Denn im Ergebnis stellt das Gericht maßgeblich auf den erhöhten Verdienst ab, ohne die jeweiligen Arbeitszeitlängen in irgendeine Relation zu setzen. Dass es sich in beiden Fällen um „Vollzeitarbeitsverhältnisse“ handelt, überzeugt insoweit nicht, denn damit wird im Ergebnis die Frage ausgeblendet, welchen persönlichen „Freizeitverlust“ der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Gehaltsänderung hinzunehmen hat. Überzeugender erscheint insoweit der vom LAG gewählte Ansatz, den tatsächlichen „Wert“ einer Arbeitsstunde zu ermitteln und diesen für den Sachgruppenvergleich heranzuziehen.

BAG, Urteil vom 15.4.2015 – 4 AZR 587/13