

Zur Konkurrenz – noch in der Kündigungsfrist

Von einem der profiliertesten Rechtsanwälte im Arbeitsrecht unseres Landes hörte ich vor etwa 20 Jahren in einem Vortrag, dass die Kündigung eines hochbezahlten und leitenden Mitarbeiters sehr einfach sei. Es bedürfte nur eines Blatt Papiere und eines Füllhalters. Und natürlich einer sofortigen Einstellung der Vergütungszahlung.

Regelmäßig seien diese Mitarbeiter im Rahmen ihres Aufstieges eine solche Reihe von regelmäßigen Zahlungsverpflichtungen eingegangen, dass sei kaum in der Lage seien, eine Zeit von ein bis zwei Monaten ohne neue Zahlung zu überstehen. Und in dieser Situation wird man dann natürlich aus Arbeitgebersicht keine Probleme mit Vergleichsverhandlungen haben.

Wie alle Verallgemeinerungen, so ist auch dieser forsche Satz in der Wirklichkeit das eine oder andere Mal bestätigt, aber auch das eine oder andere Mal widerlegt worden. Aber natürlich hat dieser Satz einen wahren Kern. Der hochqualifizierte Mitarbeiter wird in aller Regel tatsächlich einen relativ hohen Lebensstandard haben und ein hoher Lebensstandard ist in unserer auf Krediten und Darlehen basierenden Wohlstandsgesellschaft mit entsprechenden laufenden Verbindlichkeiten verbunden. Aber das alleine wäre zu kurz gegriffen. In bestimmten Branchen wird der hochqualifizierte Mitarbeiter, der möglicherweise auch einen guten Ruf hat, umgehend versuchen müssen, diesen guten Ruf für eine Bewerbung zu nutzen und möglicherweise sogar die „Deutungshoheit“ über das Ausscheiden zu erlangen, bevor der bisherige Arbeitgeber seine Version in der Szene verbreitet. Dass der gekündigte Mitarbeiter seine Fühler ausstreckt und sich um eine weitere Beschäftigung bemüht, ist nicht nur üblich, es ist sogar gewünscht – selbst aus Sicht des bisherigen Arbeitgebers. Ohne eine solche Anschlussbeschäftigung steigt für diesen im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens das Annahmeverzugslohnrisiko sonst unerträglich an. Und wenn keine Konkurrenzschutzklausel mit entsprechender Karenzentschädigung vereinbart wurde, ist auch nichts daran auszusetzen, dass sich der gekündigte Mitarbeiter beim Wettbewerb nach einer neuen Beschäftigungsmöglichkeit umtut. Aber je länger die Kündigungsfrist andauert, desto ungeduldiger wird der neue Arbeitgeber im ungünstigsten

Falle und desto größer ist die Versuchung des gekündigten Arbeitnehmers, bereits in der Kündigungsfrist, während das alte Arbeitsverhältnis noch besteht, für den neuen Arbeitgeber tätig zu werden, sei es vor dem Hintergrund einer Freistellung, sei es vor dem Hintergrund einer Krankschreibung.

Die einfachste Variante, die wir besprechen wollen, geschieht vor dem Hintergrund einer wirksam vereinbarten nachlaufenden Konkurrenzklausel mit wirksamer Karenzentschädigung gemäß § 74 HGB. Sollte ein Verstoß gegen eine solche Vereinbarung nachweisbar werden, ergeben sich sowohl gegenüber dem neuen Arbeitgeber, als auch gegenüber dem bisherigen Arbeitnehmer Möglichkeiten, diese Beschäftigung auf dem einstweiligen Rechtswege zu unterbinden und ggf. Schadensersatz zu verlangen. Denn auch der Wettbewerber verhält sich rechtswidrig, er verstößt zwar nicht gegen das Wettbewerbsverbot, wohl aber gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften (§§ 3, 4 Ziff. 10 UWG).

Die zweiteinfachste Variante ist die, wo vor dem Hintergrund einer – falschen - Krankschreibung Konkurrenztätigkeit erfolgt. Auch hier ist natürlich die Nachweisbarkeit Grundvoraussetzung. Aber in diesem Falle ist sowohl eine außerordentliche Kündigung in aller Regel gerechtfertigt, als auch ein Schadensersatzanspruch und man wird auch strafrechtlich einen Betrugstatbestand feststellen können. Die schärfste Klinge ist in diesem Falle nämlich die falsche Krankschreibung und erst in zweiter Linie wird dann die Konkurrenztätigkeit während des Laufens des Arbeitsverhältnisses ins Gewicht fallen. Dabei ist natürlich die Kombination, dass der bisherige Arbeitgeber im Rahmen der Entgeltfortzahlung ohne Gegenleistungsanspruch die Tätigkeit für die Konkurrenz finanzieren soll, ein gewichtiges Argument.

Die schwierigere Variante ist die Konkurrenztätigkeit während der Kündigungsfrist vor dem Hintergrund einer Freistellung durch den Arbeitgeber. Hier hat der Arbeitgeber von sich aus auf den Gegenleistungsanspruch verzichtet. Er hat auch selbst die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeleitet. Die Konkurrenztätigkeit während des bestehenden Arbeitsverhältnisses rechtfertigt – ohne dass dies ein absoluter Kündigungsgrund wäre – zumindest regelmäßig eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. Erfurter Kommentar, 11. Auflage 2011, Müller-Glöge, § 626 BGB Rz. 102 f. m. w.

N.). Hierbei stützt sich die herrschende Rechtsprechung auf den allgemeinen Rechtsgedanken aus § 60 HGB, der auch über die Handelsbranche hinaus allgemein im Arbeitsleben gesehen wird. Grundsätzlich wird daher eine außerordentliche Kündigung möglich sein, eine vorherige Abmahnung wird wegen dieses allgemeinen Rechtsgedankens auch nicht erforderlich sein. Aber selbstverständlich kommt es immer nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die Besonderheiten des Einzelfalles an. Die Frage, ob bereits die Freistellung von der Arbeit eine solche Besonderheit des Einzelfalles ist, die einer Konkurrenztaetigkeit die Qualität als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung nimmt, ist grundsätzlich auch schon seit einigen Jahren beantwortet (s. Erfurter Kommentar aaO. m. w. N.).

Gleichwohl stellt sich natürlich die Frage im Rahmen einer Verhältnismäßigkeits-Abwägung, ob der Arbeitgeber tatsächlich noch angesichts der von ihm ausgehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses und angesichts der Freistellung ein schützenswertes Interesse an der Wettbewerbskarenz seines Mitarbeiters hat und ob eine Verletzung dieses schützenswerten Interesses eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der Kündigungsfrist unzumutbar macht. In einer lesenswerten Zusammenfassung und Ausarbeitung nimmt sich Leuchten dieses Themas an (s. NZA 2011, 391 ff.). Dankenswerterweise weist der Verfasser auch auf einen Nebensatz in einer Entscheidung des BAG hin, wonach dieses darüber nachdenkt, seine bisherige sehr rigide Rechtsprechung aufzuweichen und dann doch einen Unterschied zu machen zwischen der Konkurrenztaetigkeit im bislang unbeschädigten Arbeitsverhältnis und der Konkurrenztaetigkeit im gekündigten Arbeitsverhältnis. Der Lösungsansatz dieses Verfassers basiert auf den §§ 74, 74 a HGB. Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot kann nämlich auch bei Vereinbarung einer Karenzentschädigung noch nichtig sein, wenn der Arbeitgeber kein geschäftliches Interesse an diesem Konkurrenzverbot hat, wenn er also quasi aus Schikane handelt. Dann soll der Arbeitnehmer diesen Vorwurf formulieren und den Arbeitgeber dazu verpflichten, sein geschäftliches Interesse an der Aufrechterhaltung des vertraglichen Wettbewerbsverbotes zu formulieren. Auf den ersten Blick erscheint diese Überlegung bestechend. Aus Sicht des Arbeitgebers ist die Konstellation recht ähnlich. Zahlt der in dem gesetzlich geregelten Fall die Karenzentschädigung, so zahlt er andererseits in der Kündigungsfrist

auch eine Vergütung und erreicht damit, dass der Mitarbeiter sich noch nicht beim Wettbewerb verdingen kann. Aber diese Lösung greift zu kurz. Im Arbeitsverhältnis bestehen auch während der Kündigungsfrist neben der möglicherweise suspendierten Leistungspflicht noch Leistungstreuepflichten und Fürsorgepflichten in beiderlei Richtung. Und während im laufenden Arbeitsverhältnis auch der Arbeitnehmer noch die Möglichkeit einer Kündigung selbst während des Laufes der Kündigungsfrist hat, regelmäßig mit einer sehr viel kürzeren Kündigungsfrist, wenn nichts anderes vereinbart wurde, als die Kündigungsfristen des § 622 II BGB, besteht diese Möglichkeit für den ehemaligen Arbeitnehmer in Genuss der Karenzentschädigung nicht.

Die voraussichtliche Lösung des Bundesarbeitsgerichts wird sich wohl eher aus der verfassungskonformen Reduktion des vertraglichen Konkurrenzschutzes ergeben. Bereits bei einfacheren Tätigkeiten ist das Bundesarbeitsgericht bereit, derartige Einschränkungen vorzunehmen zum Schutz der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers. Und das Bundesarbeitsgericht unterscheidet auch sehr genau zwischen der Tätigkeit für einen Konkurrenten und einer Konkurrenztaetigkeit. Ein Briefbote, der für einen Wettbewerber des Briefzustellers Prospekte austrägt, wird nicht in Konkurrenz tätig. Und so wird möglicherweise eine andere, pragmatischere Lösung eines Tages höchstrichterlicher Rechtsprechung. Zumindest für den Fall, dass der Arbeitgeber eine vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem gekündigten Arbeitnehmer verweigert, wird man möglicherweise die Zulässigkeit einer Konkurrenztaetigkeit annehmen können – selbstverständlich unter Berücksichtigung der so erzielten Einkünfte und deren Abzug von den Vergütungsansprüchen des Mitarbeiters. Für den Heimlichtuer sollte weiterhin die Sanktion der außerordentlichen Kündigung vorbehalten bleiben.

Uwe Jahn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht