

DR. BITZER

Anwaltskanzlei

Ausgabe 1 / 2013

**Liebe Leserinnen und Leser,**

kürzlich sah ich in den Spiegel eines Hotelzimmers – und war entzückt über das braungebrannte, faltenlose, ausgeruhte Gesicht, das mich dort anstrahlte. Warum sehe ich zu Hause nicht auch so aus?

Hotels haben ein verständliches Interesse daran, ihre Gäste glücklich zu machen. Und ein Spiegel, der den „Input“ ein wenig aufpöppelt, bevor er als „Output“ wieder herauskommt, trägt dazu bei. Aber der Schein trügt. Eine realistische Wahrnehmung unausgeschlafener Augen trägt dagegen dazu bei, die Lebensführung zu ändern. Auf dieses Korrektiv möchte ich persönlich nicht verzichten.

Was das mit dem Arbeitsrecht zu tun hat? In meiner anwaltlichen Praxis stelle ich häufig fest, dass



auch Personalverantwortliche in der Hektik des Tagesgeschäfts dazu neigen, die Augen vor Defiziten zu verschließen. Das ist gefährlich. Nur wer den Verfall des Haltbarkeitsdatums seiner Arbeitsverträge, Betriebsvereinbarungen und sonstigen Dokumente wahrnimmt, handelt auch (rechtzeitig).

Ob zu Hause oder im Büro: Ich wünsche Ihnen den Mut für den Blick in Ihr wahres Gesicht. Es lohnt sich!

*Ihr*

*Dr. Peter Bitzer*

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

## Konkurrenztätigkeit nach Freistellung

**Ausgangslage:** Der Streit über die Wirksamkeit einer **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses wird sehr häufig durch einen **gerichtlichen Vergleich** oder außergerichtlich durch Abschluss eines **Aufhebungsvertrages** (richtiger: Abwicklungsvertrages) beendet.

Nahezu ebenso häufig vereinbaren die Parteien in diesem Vergleich bzw. Aufhebungsvertrag, dass der Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung von der Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung **freigestellt** wird. Der Arbeitnehmer hat in der Regel nämlich kein Interesse an der Weiterbeschäftigung, sondern will lediglich die Zahlung der Vergütung sicherstellen. Der Arbeitgeber wiederum möchte den Arbeitnehmer in der Regel nicht mehr im Betrieb sehen.

In einem vom **Bundesarbeitsgericht** (Urteil vom 17.10.2012, Akt-

### Impressum:

Herausgeber & V.i.S.d.P.: Rechtsanwalt Dr. Peter Bitzer, Berrenrather Straße 393 ,  
50937 Köln – Sülz, Telefon: 0221 – 47 40 45 1, Fax: 0221 – 47 40 45 2,  
homepage: bitzer-anwalt.de

tenzeichen: 10 AZR 809/11) unterschiedenen Fall hatten die Parteien im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses am 1. Dezember 2009 einen **Vergleich** geschlossen, der zur **Freistellungsproblematik** sinngemäß folgenden Inhalt hatte:

**Das Arbeitsverhältnis endet aufgrund der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers zum 31. Januar 2010.**

**Der Arbeitnehmer wird bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses unter Fortzahlung der vertragsgemäßen Vergütung und unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen von der Arbeitsleistung freigestellt.**

Der Arbeitnehmer stand jedoch spätestens seit dem 1. Dezember 2009 in einem **neuen Arbeitsverhältnis** mit einer **Wettbewerberin** des Arbeitgebers und erzielte dort ein entsprechendes Monatsgehalt. Das fand der Arbeitgeber gar nicht lustig und verlangte Rückzahlung der im Freistellungszeitraum an den Arbeitnehmer gezahlten Vergütung.

**Das Urteil:** Der Arbeitgeber ging mit seiner Klage baden! Er ging also leer aus, obwohl feststand, dass der Arbeitnehmer gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot verstoßen hatte.

Wie ist eigentlich die **Rechtslage** hinsichtlich Nebentätigkeit, konkurrierender Wettbewerbstätigkeit und Anrechnung von Zwischenverdienst während des Freistellungszeitraums?

- Während der Freistellung kann der Arbeitnehmer grundsätzlich einer anderweitigen **Nebentätigkeit** nachgehen. Das ist zwar umstritten, dürfte sich aber bereits daraus ergeben, dass der Arbeitgeber mit der Freistellung auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichtet. Ein Grund für ein Nebentätigkeitsverbot ist dann nicht mehr sichtbar.
- Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Arbeitnehmer sich auf das Gehalt zumindest die **Einkünfte** aus dieser anderweitigen Nebentätigkeit **anrechnen** lassen muss. Diese Frage ist zu verneinen, falls die **Freistellungsvereinbarung** eine Anrechnung nicht vorsieht. Der Arbeitnehmer kann seinen Zwischenverdienst dann also behalten.
- Eine anderweitige Tätigkeit bei einem **Konkurrenzunternehmen** ist dem Arbeitnehmer dagegen grundsätzlich verwehrt. Denn bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei seinem

bisherigen Arbeitgeber bleibt das **vertragliche Wettbewerbsverbot** bestehen.

Gegen dieses vertragliche Wettbewerbsverbot hatte der Arbeitnehmer durch die Begründung eines Arbeitsverhältnisses bei dem Konkurrenzunternehmen klar verstoßen. Das ändert aber nichts daran, dass die daraus erzielte Vergütung auf den Gehaltsanspruch nicht anzurechnen ist. Denn die Freistellungsvereinbarung in dem gerichtlichen Vergleich enthielt dazu eben keine Regelung.

**Ergebnis:** Der Arbeitgeber ist dadurch allerdings nicht rechtlos gestellt. Er kann nämlich **Schadensersatz** von dem Arbeitnehmer nach **§ 61 I Halbsatz 1 HGB** verlangen. Diesen Weg hatte der Arbeitgeber in dem entschiedenen Fall allerdings nicht verfolgt.

### **Vorsicht Falle: Bei Mitteilung offener Urlaubstage im Kündigungsschreiben**

Das hatte sich der Arbeitgeber etwas anders vorgestellt: Als er das Arbeitsverhältnis zu seinem Angestellten kündigte, teilte er darin dem Mitarbeiter wunschgemäß auch die Anzahl der abzugeltenden Urlaubstage mit - immerhin 43 Urlaubstage.

**Das Problem:** Später stellte der Arbeitgeber einen Fehler bei der Berechnung fest und wollte dem Arbeitnehmer nur noch 13 Tage Urlaub auszahlen. Das gefiel wiederum dem Arbeitnehmer nicht sonderlich gut. Seine Zahlungsklage hatte vollen Erfolg (LAG Köln, Urteil vom 04.4.2012, Aktenzeichen: 9 Sa 797/11)!

Die Kölner Richter sahen in der Erklärung des Arbeitgebers im Kündigungsschreiben ein so genanntes **deklaratorisches Schuldanerkenntnis**. Das bedeutet: Mit einer derartigen Erklärung wird bezweckt, die Anzahl der abzugelenden Urlaubstage **abschließend verbindlich** festzulegen, damit es später eben keinen Streit mehr darüber gibt. Es soll dann eben später nicht mehr darüber gestritten werden, ob die mitgeteilten Urlaubstage wirklich bestehen oder nicht.

**Wichtig:** Es kommt für die Beurteilung immer auf den Einzelfall an. In dem entschiedenen Fall waren - wie in der Praxis üblich - bereits in den Lohnabrechnungen die offenen Urlaubsansprüche (fehlerhaft) ausgewiesen. Da die **Lohnabrechnungen** selbst aber gerade nicht verbindlich und etwaige fehlerhafte Angaben also irrelevant sind, spielte die spätere ausdrückliche Bestätigung des Arbeitgebers im Kündigungsschreiben eine zentrale Rolle.

Damit stellte er die Anzahl der Urlaubstage nämlich endgültig außerhalb jeder Diskussion. Hinzu kam noch, dass der Mitarbeiter zuvor ausdrücklich darum gebeten hatte, ihm die Anzahl der Urlaubstage mitzuteilen.

**Das sagt der Anwalt:** Derartige Fehler können den Arbeitgeber teuer zu stehen kommen. Dennoch sollte der Arbeitgeber auch in einem derartigen Fall nicht vorschnell die Flinte ins Korn werfen. Denn in bestimmten Ausnahmefällen kann er seine Erklärung (also seine Mitteilung an den Arbeitnehmer) noch **anfechten**. Dann existiert diese Erklärung rechtlich nicht mehr.

### Kündigung ohne Abmahnung unwirksam

**Kündigungsschutzprozesse** sind aus Sicht des Arbeitgebers fast immer mit einem hohen wirtschaftlichen Risiko verbunden. Ein Unterliegen im Kündigungsschutzprozess kann teuer werden, weil die **rückständigen Gehälter** nachzuzahlen sind - und das ohne Gegenleistung, weil der gekündigte Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist (bzw. nach Ausspruch einer fristlosen Kündigung) bis zum Urteil natürlich keine Arbeitsleistung erbringt.

Bei verhaltensbedingten Kündigungen ist eine der häufigsten Fehlerquellen auf Arbeitgeberseite eine fehlende oder fehlerhafte Abmahnung.

**Grundsatz: Bei Vertragspflichtverletzungen des Arbeitnehmers muss grundsätzlich zunächst eine Abmahnung ausgesprochen werden**

Grundsätzlich gehen die Gerichte davon aus, dass der Arbeitnehmer schon durch die Androhung einer Kündigung (also durch eine Abmahnung) sein Verhalten künftig ändert. Der Ausspruch einer Kündigung ohne vorherige Abmahnung ist daher grundsätzlich unverhältnismäßig. Die Kündigung ist dann unwirksam.

**Ausnahme 1: Auch nach Ausspruch einer Abmahnung ist eine Verhaltensänderung in Zukunft nicht zu erwarten (Wiederholungsgefahr)**

Der einfachste (und dümmste) Fall dieser Art liegt sicher vor, wenn der Arbeitnehmer selbst auch noch klarstellt, sein Fehlverhalten auch künftig wiederholen zu wollen, wenn er also völlig uneinsichtig und unbelehrbar ist. Das ist in dieser Form eher selten.

**Ausnahme 2: Die Pflichtverletzung ist so schwerwiegend, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber unzumutbar und für den Arbeitnehmer erkennbar ausgeschlossen ist**

Das leuchtet jedem sofort ein. Aber glauben Sie mir, über nichts streiten alle Beteiligten bei einer verhaltensbedingten Kündigung mehr, als über eben diese Frage: **Wann genau** ist eine Pflichtverletzung eigentlich **derart** schwerwiegend, dass eine vorherige Abmahnung entbehrlich ist? Dazu ein konkretes **Beispiel des Bundesarbeitsgerichts** (Urteil vom 25.10.2012, Aktenzeichen: 2 AZR 495/11):

**Der Sachverhalt:** Der klagende **Chefarzt** eines Krankenhauses erhielt eine fristlose Kündigung, weil er nach der Behauptung des Arbeitgebers in zahlreichen Fällen **Operationen zum Führen privater Telefonat unterbrochen** hatte. Er habe täglich mindestens ein Telefonat von bis zu 5 Minuten Länge geführt. Teilweise habe er den Operationssaal für die Dauer von deutlich mehr als 5 Minuten verlassen und dabei den noch nicht operierten Patienten zurückgelassen. Jede Verlängerung der Narkose bedeute für den Patienten eine erhebliche Belastung, die mit schwerwiegenden zusätzlichen Risiken einhergehe.

Der Chefarzt **verteidigte** sich damit, dass ihm bei laufenden Operationen ein anderes Mitglied des Operationsteams das Telefon ans Ohr gehalten habe. Im Übrigen führe selbst eine Verlängerung der Operation um wenige Minuten nicht zu einer Erhöhung der Komplikationsrate.

**Das Urteil:** Alle Instanzen bis hin zum Bundesarbeitsgericht hielten die Kündigung für **unwirksam**. Dass der Arzt eine **erhebliche Vertragspflicht verletzt** hatte, bejahte das BAG allerdings. Den Arzt traf schließlich eine gesteigerte Verantwortung für Leben und Gesundheit der Patienten während der Operationen. Deshalb musste er alle Störungen vermeiden, die die Konzentration der Mitglieder des Operationsteams beeinträchtigen konnten und nicht durch Notfälle bedingt waren.

Die Klinik hätte aber nach Ansicht des BAG zunächst eine **Abmahnung** aussprechen müssen. Sie hatte nämlich für Fälle **dienstlich** veranlasster Telefonate **billigend in Kauf genommen**, dass die **Konzentration** der Mitglieder eines Operationsteams durch Telefonate beeinträchtigt wurde, auch ohne dass ein Not- oder Ausnahmefall vorlag. Daraus habe der Arzt zwar nicht den Schluss ziehen dürfen, das Krankenhaus dulde in gleicher Wei-

se auch das Führen **privater** Telefonate während laufender Operationen. Sein **vertragswidriges** Verhalten erscheint unter diesen Umständen jedoch in einem deutlich **milderen Licht**. Mit privaten Telefonaten sei schließlich keine andere Beeinträchtigung der ärztlichen Konzentration und Gefahr für die Sterilität der Umgebung verbunden als mit dienstlich veranlassten Telefonaten. Sie erhöhten die fraglichen Risiken nur in quantitativer, nicht in qualitativer Hinsicht.

**Das sagt der Anwalt:** Das Urteil ist nicht richtig oder falsch. Es ist das Ergebnis einer subjektiven Bewertung. Ich persönlich habe ein Problem mit der Bewertung, weil ein Arzt - ohne jegliches Wenn und Aber - private Telefonate während einer Operation zu unterlassen hat. Der Umstand, dass die Klinikleitung unbeanstandet gelassen hatte, dass der Arzt in der Vergangenheit dienstliche Telefonate geführt hatte, ändert daran nichts.

Klar ist aber auch, dass das Argument des BAG grundsätzlich richtig ist. Der Arbeitgeber kann natürlich nicht ein bestimmtes Fehlverhalten jahrelang hinnehmen und dann bei einem weiteren Fehlverhalten gleicher Art ohne Vorwarnung eine Kündigung aussprechen.

- Das Urteil zeigt einmal mehr, wie gefährlich der Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung aus Sicht des **Arbeitgebers** ist. Der Arbeitgeber sollte daher vor Ausspruch der Kündigung genau überlegen, ob eine Abmahnung wirklich entbehrlich ist. Bestehen insoweit Bedenken, sollte er kaufmännische Überlegungen unter Abwägung der Prozessrisiken anstellen. Dann kann der Ausspruch einer Kündigung im Ergebnis zwar immer noch sinnvoll sein. Aber dann ist das Risiko für den Arbeitgeber kalkulierbar und auch eine etwaige Niederlage im Kündigungsschutzprozess bereits eingepreist.
- Aus Sicht des **Arbeitnehmers** stellt das Urteil eine echte "Munitionskammer" dar. Auch bei schwerwiegenden Vertragsverletzungen sollte der Arbeitnehmer nicht vorschnell die Flinte ins Korn werfen. Mit guter Verteidigungsstrategie lassen sich im Kündigungsschutzprozess häufig noch erhebliche Erfolge erzielen.

### **ELSTAM: 2013 kommt die elektronische Lohnsteuerkarte**

Für Arbeitsentgelt, das im Arbeitszeitraum 2013 gezahlt wird, also ab dem 1. Januar 2013, gilt die elektronische Lohnsteuerkarte bzw. das Verfahren der elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmale (**ELStAM**). Die Umsetzung erfolgt schrittweise seit dem 01.12.2012. Durch das neue Verfahren können Arbeitgeber bei der Finanzverwaltung bestimmte Steuerabzugsmerkmale abrufen, wie zum Beispiel die Freibeträge und die Steuerklasse der Arbeitnehmer.