

Arbeitsplatzwechsel – was ist zu beachten?

Bernhard Debong, Karlsruhe¹

Chancen auf einen neuen Arbeitsplatz oder eine Niederlassung ergeben sich häufig kurzfristig. Der Arbeitnehmer möchte sein bisheriges Arbeitsverhältnis dann möglichst schnell und problemlos beenden, um nahtlos auf die neue Stelle zu wechseln. Darüber hinaus fragen sich wechselwillige Arbeitnehmer manchmal auch, ob es möglich ist, noch während des bestehenden bisherigen Arbeitsverhältnisses die eigene berufliche Zukunft an anderer Stelle optimal vorzubereiten.

1. Kündigung und Einhaltung von Kündigungsfristen

Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag ordentlich gekündigt werden kann, kann jederzeit ohne Angabe von Gründen unter Einhaltung der für ihn geltenden Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis beenden. Nach Ablauf der Kündigungsfrist kann er den Arbeitsplatz grundsätzlich frei wechseln².

Enthält der Arbeitsvertrag eine Klausel, wonach das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer bestimmten Frist (z.B. sechs Monate) ordentlich gekündigt werden kann, ist diese Frist für den Arbeitnehmer maßgebend, solange sich aus einem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag keine längeren Kündi-

gungsfristen ergeben. Kürzere als die in § 622 Abs. 1 BGB vorgesehenen Kündigungsfristen von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats können einzelvertraglich nur in Kleinbetrieben mit in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmern wirksam vereinbart werden. Die Kündigungsfrist darf aber auch dann vier Wochen nicht unterschreiten (§ 622 Abs. 5 Nr. 2 BGB). Derart kurze Kündigungsfristen spielen bei Krankenhausärzten - nach Ablauf der Probezeit - regelmäßig keine Rolle.

Ist das Arbeitsverhältnis befristet, kann auch der Arbeitnehmer vor Fristablauf nur ordentlich kündigen, wenn im Arbeitsvertrag oder in einem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung ausdrücklich vorgesehen ist (§ 15 Abs. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz). Anderenfalls kann auch ein Arbeitnehmer ein befristetes Arbeitsverhältnis vorzeitig nur außerordentlich aus wichtigem Grund im Sinne des § 626 BGB wirksam kündigen.

Lange Kündigungsfristen wie sie z.B. in Chefarztdienstverträgen üblich sind oder gar der Ausschluss der ordentlichen Kündigung sind bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber von erheblicher Bedeutung für den Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber

muss nicht nur während des Laufs der Kündigungsfrist die Vergütung zahlen, sondern den Arbeitnehmer grundsätzlich auch bis zum Ende der Kündigungsfrist vertragsgemäß beschäftigen³. Ist die ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber wie z.B. in § 35 Abs. 2 Ärzte-TV/VKA ausgeschlossen, verleiht dies dem Arbeitnehmer eine starke Position in einem etwaigen Kündigungsschutzprozess sowie bei Abfindungsverhandlungen. Bei Ausschluss der ordentlichen Kündigung kann der Arbeitgeber auch keinen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG stellen⁴.

Will der Arbeitnehmer schnellstmöglich das bisherige Arbeitsverhältnis beenden, um eine andere Tätigkeit aufzunehmen, kann sich der „gute Kündigungsschutz“ aber als Hemmschwelle für die berufliche Flexibilität des Arbeitnehmers erweisen.

Kann das unbefristete Arbeitsverhältnis von beiden Seiten nur aus wichtigem Grund im Sinne des § 626 BGB gekündigt werden, gilt der damit verbundene Ausschluss der ordentlichen Kündigung für den Arbeitnehmer jedoch zeitlich nicht uneingeschränkt. Vielmehr kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis in einem solchen Fall nach Ablauf von fünf Jahren ordentlich kündi-

1 Rechtsanwalt Dr. Bernhard Debong, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Medizinrecht, Kanzlei für ArztRecht, Karlsruhe

2 Zu Einschränkungen bei einem wirksamen nachvertraglichen Wettbewerbsverbot vgl. unten

3 Zur einseitigen Freistellung während des Laufs der Kündigungsfrist vgl. Debong, Rechtsschutz des Chefarztes bei Freistellung und Kündigung, ArztR 2015, 257 ff.

4 Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG hat das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen.

gen⁵. Die Kündigungsfrist beträgt in diesem Fall sechs Monate (§ 15 Abs. 4 TzBfG). Dagegen bleibt für den Arbeitgeber die ordentliche Kündigung zeitlich uneingeschränkt ausgeschlossen.

2. Unwirksamkeit zu langer Kündigungsfristen?

Hat ein Arbeitnehmer eine neue Stelle in Aussicht, kann er aber bei Einhaltung der für ihn geltenden ordentlichen Kündigungsfrist das bisherige Arbeitsverhältnis nicht mehr rechtzeitig kündigen, ist zu überlegen, ob der Arbeitnehmer nicht an die Kündigungsfrist gebunden ist, weil diese zu lang und damit unwirksam ist.

In der Tat hat das Bundesarbeitsgericht in einem Urteil vom 26.10.2017⁶ eine einseitig vom Arbeitgeber vorgeformulierte Kündigungsfrist von drei Jahren zum Monatsende wegen unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) als unwirksam erachtet. In diesem Fall hatte der Arbeitgeber eine Gehaltserhöhung von monatlich 1.000,- € brutto auf 2.800,- € brutto mit einer beidseitigen Verlängerung der Kündigungsfrist auf drei Jahre zum Monatsende verbunden.

Das Bundesarbeitsgericht hat in dieser Entscheidung ausgeführt, dass bei einer vom Arbeitgeber vorgeformulierten, wesentlich längeren Kündigungsfrist als der gesetzlichen Regelfrist des § 622 Abs. 1 BGB nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls unter Beachtung von Artikel 12 Abs. 1 GG zu prüfen ist, ob die verlängerte Frist eine unangemessene Beschränkung der beruflichen Bewegungsfreiheit des Arbeitnehmers darstellt. Dies hat das Bundesarbeitsgericht im konkreten Fall bejaht, weil das Recht des Arbeitnehmers auf freie Arbeitsplatzwahl trotz des mit der auch für den Arbeitgeber geltenden langen Kündigungsfrist

verbundenen Arbeitsplatzerhalts, der Erhöhung des Grundentgelts von 1.000,- € brutto und der zu erzielenden Höchstvergütung von monatlich 2.800,- € brutto erheblich und unangemessen eingeschränkt worden sei.

Ist die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist unwirksam, gilt für den Arbeitnehmer die gesetzliche Frist des § 622 Abs. 1 BGB. Diese beträgt vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats.

Nach diesem Grundsatzurteil des Bundesarbeitsgerichts bleibt aber weiter offen, wo im Einzelfall die Grenze der noch wirksamen Frist für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer zu ziehen ist. Die in Arbeitsverhältnissen mit Krankenhausärzten, insbesondere mit Chefärzten, häufig verbreiteten Kündigungsfristen von sechs Monaten zum Quartalsende oder zum Ende eines Kalenderhalbjahres dürften regelmäßig (noch) wirksam sein.

Damit ist es dem Arbeitnehmer in der Regel nicht möglich, sich auf die Unwirksamkeit der für ihn geltenden Kündigungsfrist zu berufen, auch wenn ihn deren Einhaltung an der rechtzeitigen Aufnahme der neuen Stelle hindert.

3. Möglichkeiten der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei kurzfristigem Wechsel

Damit stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer im Falle eines beabsichtigten Stellenwechsels ohne Bindung an Kündigungsfristen eine außerordentliche Kündigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses erklären könnte. Eine solche Kündigung ist nur wirksam, wenn ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Das ist nur dann der Fall, wenn dem Kündigenden aufgrund von Tatsachen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortset-

zung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Das Bundesarbeitsgericht hat bereits mit Urteil vom 1.10.1970⁷ entschieden, dass ein beabsichtigter Stellenwechsel keine außerordentliche Kündigung rechtfertigt. Es sei dem Arbeitnehmer durchweg zumutbar, die Kündigungsfrist abzuwarten.

Der Arbeitnehmer kann das Arbeitsverhältnis daher nur dann außerordentlich aus wichtigem Grund kündigen, wenn er deutlich mehr vorbringen kann, als nur die Absicht, die Stelle zu wechseln. Die außerordentliche Kündigung des Arbeitnehmers aus wichtigem Grund ist außerdem fristgebunden. Sie kann nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der für die außerordentliche Kündigung maßgebenden Tatsachen erfolgen (§ 626 Abs. 2 BGB). Zudem muss ein Arbeitnehmer, der die außerordentliche Kündigung auf eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers stützen will, den Arbeitgeber zuvor einschlägig abgemahnt haben.

Liegen die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht vor und könnte der Arbeitnehmer bei Einhaltung der für ihn geltenden ordentlichen Kündigungsfrist die neue Stelle nicht (rechtzeitig) antreten, kann er mit dem Arbeitgeber in Verhandlungen um den Abschluss eines Auflösungsvertrages eintreten. Einvernehmlich können die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Bindung an Kündigungsfristen beenden. Der Auflösungsvertrag bedarf wie auch die Kündigung zu seiner Wirksamkeit der Schriftform. Die elektronische Form, also auch

⁵ vgl. dazu auch Andreas, Wechsel der Chefarzt-Stelle, *ArztR* 2010, 172 ff., 174

⁶ Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.2017 - 6 AZR 158/16 - *NJW* 2018, 891 ff.

⁷ Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 1.10.1970 - 2 AZR 542/69 DB 1971, 54

der bloße Austausch eines Vertragsdokuments per E-Mail, ist ausgeschlossen (§ 623 BGB).

Hält der wechselwillige Arbeitnehmer die für ihn geltende ordentliche Kündigungsfrist nicht ein, hat er keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung und kommt auch kein Auflösungsvertrag zustande, wird der Arbeitnehmer vertragsbrüchig, wenn er nicht bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist bei seinem bisherigen Arbeitgeber arbeitet. Ein solches Verhalten verpflichtet den Arbeitnehmer grundsätzlich zum Ersatz des dem Arbeitgeber hieraus entstehenden Schadens⁸. Der Arbeitgeber ist allerdings verpflichtet, den Schaden durch zumutbare Maßnahmen (wie z.B. die Beschäftigung eines Vertreters) gering zu halten. Dies führt häufig dazu, dass der Arbeitgeber keinen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, weil er aus der eingesparten Vergütung für den vorzeitig weggegangenen Arbeitnehmer dessen Vertretung finanzieren und die Ursächlichkeit des Vertragsbruchs für einen weitergehenden Schaden nicht beweisen kann. „Sowieso-Schäden“, wie etwa die Kosten für eine Stellenanzeige, sind ohnehin nicht ersatzpflichtig.

4. Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Wettbewerbsverbot während des bestehenden Arbeitsverhältnisses

Solange das Arbeitsverhältnis rechtlich besteht, ist dem Arbeitnehmer jede Konkurrenzaktivität

zum Nachteil seines Arbeitgebers grundsätzlich untersagt. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitsvertrag hierzu keine Regelung enthält. Der Arbeitnehmer darf im Marktbereich seines Arbeitgebers Dienste und Leistungen nicht Dritten anbieten⁹.

Ein wechselwilliger Arbeitnehmer muss dieses arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot beachten, wenn er sich mit dem Gedanken trägt, vor Ablauf der für ihn geltenden Kündigungsfrist, ohne Ausspruch einer (wirksamen) außerordentlichen Kündigung und ohne Abschluss eines Auflösungsvertrags vorzeitig zu einem konkurrierenden Arbeitgeber (Krankenhaus, MVZ oder Arztpraxis) zu wechseln. Verstößt der Arbeitnehmer mit der Aufnahme der neuen Tätigkeit gegen das Wettbewerbsverbot im noch bestehenden bisherigen Arbeitsverhältnis, kann der bisherige Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Aufnahme der konkurrierenden Tätigkeit gerichtlich im Wege der einstweiligen Verfügung verbieten lassen.

Dem Wettbewerbsverbot unterliegt auch der Arbeitnehmer, der nach Ausspruch einer Kündigung des Arbeitgebers und verweigerter Beschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses, einer anderen Arbeit nachgehen möchte. Verstößt der gekündigte Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot, kann dies eine - unter Umständen auch fristlose - Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

Die Brisanz eines solchen Verstoßes macht ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz deutlich¹⁰. Ein Chefarzt hatte sich durch Kündigungsschutzklage erfolgreich gegen mehrere fristlose Kündigungen seines Krankenhausträgers zur Wehr gesetzt. Während des laufenden Kündigungsschutzprozesses hatte dieser Chefarzt in einem Kranken-

haus gearbeitet, das 104 km Luftlinie und 151 km per Straße von seinem bisherigen Krankenhaus entfernt lag. Wegen der Aufnahme dieser Tätigkeit und des hierin angeblich liegenden Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot erhielt der Chefarzt eine weitere außerordentliche Kündigung. Zwar hielt das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz auch diese nachgeschobene Kündigung im Ergebnis für unwirksam. Es führte in seinem Urteil aber das Folgende aus:

„Ebenso wie im Vorprozess kann im Streitfall zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass die nach Ausspruch der fristlosen Kündigung vom ... fortgesetzte Tätigkeit des Klägers am D. in M.-Stadt nach der Art der beiden Unternehmen (Krankenhäuser der Grund- und Regelversorgung) ungeachtet ihrer räumlich weiten Entfernung (Verkehrsverbindung von ca. 150 km) schutzwürdige Interessen der Beklagten gefährdet hat und das Wettbewerbsverbot in dem von der Beklagten unwirksam gekündigten Arbeitsverhältnis der vom Kläger aufgenommenen bzw. fortgesetzten anderweitigen Arbeits-tätigkeit entgegenstand.“

Gerettet hat den Chefarzt in diesem Fall nur die bei jeder Kündigung vorzunehmende Interessenabwägung. Hierzu hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt¹¹:

„Im Hinblick darauf, dass der Kläger zur Aufrechterhaltung seines Lebensstandards und zum Erhalt seiner Fähigkeiten als Chirurg auf eine entsprechend anderweitige Tätigkeit an einem anderen Krankenhaus angewiesen ist, erscheint der mit der Kündigung gemachte Vorwurf eines Wettbewerbsverstoßes im Streitfall jedenfalls als weniger schwerwiegend, zumal der Kläger seine anderweitige Tätigkeit an einem räumlich weit entfernten Krankenhaus ohne jede Schädigungsabsicht aufgenommen hat. Auch bei Annahme einer bestehen-

⁸ vgl. dazu auch Andreas, a.a.O. *ArztR* 2010, 172 ff., 174 f.

⁹ vgl. dazu Linck in Schaub, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 17. Auflage 2017, § 53 Rdnr. 56 mit Nachweisen zur Rechtsprechung

¹⁰ Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 26.1.2015 - 2 Sa 367/14, *ArztR* 2016, 234 ff.

¹¹ Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz a.a.O. *ArztR* 2016, 234 ff., 237

den Wettbewerbssituation zwischen den beiden Krankenhäusern ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die dem Kläger vorgeworfene Konkurrenzfähigkeit tatsächlich zu bestimmten nachteiligen Auswirkungen auf den Betrieb der Beklagten geführt haben soll. Die Beklagte hat lediglich allgemein auf die von ihr angeführten Überschneidungen im Einzugsbereich der Patienten verwiesen. Sie hat aber selbst nicht behauptet, dass aufgrund der ab Februar 2009 aufgenommenen Tätigkeit des Klägers am D. in M.-Stadt Patienten aus ihrem Einzugsbereich nach M.-Stadt gewechselt oder andere konkrete Auswirkungen festzustellen seien.“

Diese Ausführungen zeigen, dass ein Arbeitnehmer eine untergeschobene Kündigung wegen einem - angeblichen - Verstoß gegen das vertragliche Konkurrenzverbot selbst dann fürchten muss, wenn er eine räumliche Entfernung von 150 km zu seinem bisherigen Arbeitsort einhält. Daher muss die Frage, ob und konkret welche anderweitige Beschäftigung während des laufenden Kündigungsschutzprozesses ausgeübt werden kann, unbedingt vorab mit dem Rechtsanwalt abgestimmt werden, der den Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess vertritt.

Zu den Wettbewerbshandlungen, die dem Arbeitnehmer während des laufenden Arbeitsverhältnisses verboten sind, gehören auch das Abwerben von Patienten und/oder Mitarbeitern des bisherigen Arbeitgebers. Gleiches gilt für Vorbereitungsmaßnahmen, die der Aufnahme einer nach Wettbewerbsrecht unzulässigen Betätigung dienen¹². Hierzu können beispielsweise die Verteilung von Unterlagen wie Werbeprospekte, Visitenkarten usw. an die bisherigen Patienten mit dem Ziel gehören, diese Patienten „nahtlos“ am neuen Arbeitsplatz weiter behandeln zu können.

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Ist das Arbeitsverhältnis wirksam beendet, ist der Arbeitnehmer in der anderweitigen Verwendung seiner Arbeitskraft grundsätzlich frei. Er kann daher seinem ehemaligen Arbeitgeber Konkurrenz machen. Grenzen setzt lediglich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Für Ärzte, die bei anderen Ärzten zur Aus- und/oder Weiterbildung angestellt waren, gilt zudem ein berufsrechtliches Wettbewerbsverbot von einem Jahr¹³.

Im Übrigen müssen nachvertragliche Wettbewerbsverbote mit Arbeitnehmern schriftlich vereinbart werden, um wirksam zu sein (§ 110 Satz 2 GewO in Verbindung mit § 74 Abs. 1 HGB). Darüber hinaus ist das Wettbewerbsverbot für den Arbeitnehmer nur verbindlich, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine sogenannte Karenzentschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens der Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Vergütung entspricht. Ist mit dem Arbeitnehmer zwar ein Wettbewerbsverbot vereinbart, fehlt aber die Zusage einer Karenzentschädigung, ist das Wettbewerbsverbot nichtig und braucht vom Arbeitnehmer nicht beachtet zu werden¹⁴.

Sowohl während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses als auch nach dessen Beendigung muss der Arbeitnehmer die Schranken des § 17 Abs. 2 UWG beachten. Danach ist es einem Arbeitnehmer u.a. verboten, Unterlagen wie z.B. Listen mit Patientendaten, die dem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis unterliegen, unbefugt zu verwerten. Ein Fall der unbefugten Verwertung liegt u.a. vor, wenn solche Listen ohne Zustimmung des Arbeitgebers für eigene berufliche Zwecke des Arbeitnehmers verwendet werden. Verstöße gegen § 17 UWG sind mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht.

5. Fazit

Kann oder will ein Arbeitnehmer bei einem beabsichtigten Stellenwechsel die für ihn geltende Kündigungsfrist nicht einhalten, sind die Möglichkeiten auszuloten, die neue Stelle ohne Bindung an die Kündigungsfrist antreten zu können. Dabei ist nicht nur geschicktes Verhalten des Arbeitnehmers sondern auch Kreativität bei der Gestaltung der beruflichen Veränderung gefragt. Dies setzt wiederum Kenntnis der rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen voraus. Ein Arbeitnehmer sollte in solchen Situationen möglichst frühzeitig rechtlichen Rat einholen.

¹² so schon zutreffend Andreas, a.a.O. ArztR 2010, 172 ff., 175

¹³ Nach § 29 Abs. 2 MuBO ist es berufswidrig, wenn sich Ärztinnen und Ärzte innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr ohne Zustimmung der Praxisinhaberin oder des Praxisinhabers im Einzugsbereich derjenigen Praxis niederlassen, in welcher sie in der Aus- oder Weiterbildung mindestens drei Monate tätig waren.

¹⁴ zu den Einzelheiten vgl. Oetker in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage 2018, § 74 HGB