

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 Sa 443/11

5 Ca 1342/11 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 26.06.2012

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 26.06.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ...als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ...als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 05.10.2011 – 5 Ca 1342/11 – wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 05.10.2011 – 5 Sa 1342/11 – insoweit geändert, wie die Beklagte im Antrag zu 4) verurteilt worden ist, an den Kläger einen über EUR 1.355,64 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 18.05.2011 hinausgehenden Betrag zu zahlen. Der weitergehende Antrag zu 4), die weitergehende Berufung und die Klagerweiterung in der Berufung werden abgewiesen.

Der Kläger trägt 40 %, die Beklagte 60 % der Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Rechtmäßigkeit zweier fristloser Kündigungen sowie wechselseitige Zahlungsansprüche.

Die Beklagte wurde im Jahr 1998 vom Kläger als deren Alleingesellschafter gegründet. Sie befasst sich mit Arbeitnehmerüberlassung und beschäftigt mehr als 10 Arbeitnehmer.

Im Jahr 2001 wurde die Ehefrau des Klägers Mitgesellschafterin mit einem Gesellschafteranteil von 51 %. Sie wurde zur Geschäftsführerin der Beklagten bestellt. Der Kläger war ab 01.06.2001 auf der Grundlage eines schriftlichen Anstellungsvertrags (Bl. 5 – 8 d. A.) zu einem Bruttomonatsgehalt von zuletzt EUR 6.500,00 für die Beklagte tätig. Im Jahr 2007 trennten sich die Eheleute. Am 22.03.2011 wurde der Gesellschaftsvertrag der Beklagten geändert. Den Gesellschaftern war es nunmehr ge-

stattet, mit der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar in Wettbewerb zu treten. Das Geschäftsjahr vom 01.07.2010 bis 30.06.2011 schloss die Beklagte mit Gewinn ab.

Der Kläger besitzt seit etwa 1998 ein Kreditkartenvertragsverhältnis zur Firma A. E. mit der Kreditkarten-Nr. 3750-844572-64001. Zu diesem Hauptkonto ist zu Gunsten der Ehefrau des Klägers ein Unterkonto mit der Kreditkarten-Nr. 3750-844572-67012 eingerichtet worden. Zahlungen über beide Kreditkarten werden über das Geschäftskonto der Beklagten ausgeglichen. Daneben besitzen der Kläger und seine Ehefrau beide eine I.-Kundenkreditkarte, die ebenfalls über das Geschäftskonto der Beklagten abgewickelt wird. Der Kläger übergab in der Vergangenheit seine Belege zu den Kreditkartenzahlungen der Buchhalterin der Beklagten, die diese zur Buchung an den Steuerberater weiterleitete.

Am 05.10.2009 bezahlte der Kläger die von ihm privat geschuldete Jagdsteuer in Höhe von EUR 1.750,00 vom Firmenkonto der Beklagten. Eine Rechnung des Rechtsanwalts L. über EUR 565,85 vom 27.01.2011 wegen eines Ermittlungsverfahrens gegen den Kläger zahlte dieser ebenfalls vom Firmenkonto.

Am 10.03.2011 fand die Bilanzbesprechung der Beklagten statt, an der der Kläger, seine Ehefrau und damalige Geschäftsführerin der Beklagten sowie der Steuerberater teilnahmen. Der Inhalt dieser Besprechung ist zwischen den Parteien streitig.

Am 16.04.2011 kaufte der Kläger mit der I.-Kundenkreditkarte bei I. für EUR 817,91 privat Möbel ein. Dieser Beleg wurde der Ehefrau des Klägers am 26.04.2011 vorgelegt.

Der Belastung ihres Kontos mit der Monatsrechnung der A.-E.-Card des Klägers vom 09.05.2011 für April 2011 widersprach die Beklagte. Der Kläger erstattete den Rechnungsbetrag in Höhe von EUR 1.378,64 aus eigenen Mitteln. Wegen der einzelnen Positionen der Monatsabrechnung wird auf die Anlage K 4 (Bl. 54 f d. A.) Bezug genommen.

Am 05.05.2011, dem Kläger am selben Tag zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos und hilfsweise fristgemäß.

Am 10.05.2011 wurde die P. P. L. GmbH gegründet, ein Konkurrenzunternehmen der Beklagten. Gesellschafterin der P. ist die Mutter des Klägers. Der Kläger ist seit dem 10.05.2011 deren Geschäftsführer.

Am 04.08.2011 suchte der Kläger die Firma L. S. auf, einen Kunden der Beklagten, und bot 3 dort beschäftigten Arbeitnehmern der Beklagten, den Herren N., W. und D. an, zur P. zu wechseln. Diese sollten ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fristlos kündigen. Ferner wurde den Arbeitnehmern zugesagt, es würde keine Probezeit in den neuen Arbeitsverhältnissen vereinbart und sie erhielten für den Fall des Wechsels eine Prämie von 100,00 EUR. Die Beklagte erwirkte gegen die P. eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung, die von der P. akzeptiert worden ist.

Mit Schreiben vom 10.08.2011 (Bl. 62 f. d. A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut fristlos.

Der Kläger hält beide Kündigungen für unwirksam, er macht Verzugslohnansprüche geltend sowie die Zahlung der Kreditkartenrechnung vom 09.05.2011 und meint, Zahlungsansprüche der Beklagten bestünden nicht.

Er hat vorgetragen:

Von Anfang an seien beide A.-E.-Kreditkarten sowohl von ihm, als auch von seiner Ehefrau auch zur Bestreitung privat veranlasster Einkäufe genutzt worden. Dies sei für die Buchhaltung der Beklagten kein Problem gewesen. Sowohl ihm als auch seiner Ehefrau sei es gestattet, den firmeneigenen PKW auch privat zu nutzen. Der Privatanteil werde aufgrund einer Vereinbarung mit dem Finanzamt geschätzt. Der geschätzte Teil werde als Privatentnahme gebucht und dem betroffenen Gesellschafter auf dessen Gesellschafterkonto belastet. Dasselbe gelte für alle weiteren privaten Einkäufe. So habe seine Ehefrau eine Urlaubsreise nach M. mit der Kreditkarte bezahlt. Am Jahresende seien dann jeweils die Gewinnansprüche der Gesellschafter

mit den Privatentnahmen vom Gesellschafterkonto verrechnet worden. Es sei stets ein ausreichender Gewinn durch die Beklagte erwirtschaftet worden.

Auf der Bilanzbesprechung am 10.03.2011 habe sich seine Ehefrau das Abrechnungssystem erläutern lassen und Fragen gestellt. Beanstandungen habe sie nicht erhoben und auch keine Verbote ausgesprochen. Demnach gebe es keinen Grund für die fristlose Kündigung vom 05.05.2011. Auch die mit Schreiben vom 10.08.2011 genannten Kündigungsgründe träfen nicht zu und seien unerheblich. Nach der Änderung des Gesellschaftervertrags sei es ihm gestattet gewesen, mit der Gesellschaft in Wettbewerb zu treten. Seine Tätigkeit für die P. sei daher zulässig.

Die Beklagte schulde ihm auch sein Gehalt ab 05.05.2011. Er habe sich der Not gehorchend bei der Firma P. anstellen lassen. Allerdings sei dieses Unternehmen zunächst noch nicht in der Lage gewesen, ihm ein Gehalt zu zahlen. Er handele ausschließlich zur Sicherung seiner persönlichen Existenz, da er – unstreitig – keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld I oder andere Sozialleistungen habe und auf Arbeitslosengeld II-Bezug angewiesen sei. Eigenes Einkommen habe er bei der Firma P. erst ab September 2011 erzielt.

Schließlich müsse ihm die Beklagte den Betrag auf der Kreditkarten-Abrechnung vom 09.05.2011 (Anlage K 4) erstatten. Es handele sich nahezu ausschließlich um Spritrechnungen, die wegen seiner Außendiensttätigkeiten betrieblich veranlasst gewesen seien.

Gegenforderungen der Beklagten bestünden nicht. Die – unstreitig – privat von ihm geschuldeten Zahlungen, die die Beklagte bewirkt habe, seien als Privatentnahmen in das Gesellschafterkonto aufgenommen worden und würden mit der Jahresabrechnung verrechnet.

Wegen der Anträge der Parteien in erster Instanz wird auf das angefochtene Urteil des Arbeitsgerichts verwiesen.

Die Beklagte hat erwidert:

Es habe nur eine Absprache gegeben, dass Tankrechnungen für den Firmenwagen über die Kreditkarte abgewickelt werden sollten. Als Angestellter sei der Kläger nicht berechtigt gewesen, zu Lasten der Beklagten private Einkäufe zu tätigen. Hiervon habe ihre damalige Geschäftsführerin erst im Februar 2011 erfahren, als ihr ihre Buchhalterin einen entsprechenden Beleg vorgelegt habe. Auf der Bilanzbesprechung am 10.03.2011 habe der Steuerberater erklärt, dass das Abbuchen privater Kosten über das Firmenkonto auf einer Absprache mit dem Kläger beruhe. Ihre damalige Geschäftsführerin, die Ehefrau des Klägers, habe erklärt, von dieser Handlungsweise nichts zu wissen und damit nicht einverstanden zu sein. Sie habe für die Zukunft derartige Handlungsweisen verboten und erklärt, der Kläger müsse privat veranlasste Käufe auch selbst bezahlen. In einem persönlichen Gespräch später sei diese Anweisung wiederholt worden.

Nachdem ihr dann am 26.04.2011 der Einkaufsbeleg von I. vorgelegt worden sei, habe sie die Zahlungsvorgänge in der Vergangenheit untersuchen lassen und dabei festgestellt, dass der Kläger eine Vielzahl privater Vorgänge über das Geschäftskonto abgerechnet habe, z. B. die Rechnung des Rechtsanwalts L. (EUR 565,85), die Rechnung der Firma I. (EUR 817,91) und die Jagdsteuer für 2009 (EUR 1.750,00). Diese 3 Beträge müsse ihr der Kläger zurückzahlen. Den Gesamtbetrag macht die Beklagte mit ihrer Widerklage geltend.

Dieser Sachverhalt rechtfertige darüber hinaus die fristlose Kündigung vom 05.05.2011.

Jedenfalls gerechtfertigt sei die fristlose Kündigung vom 10.08.2011. Die Ergänzung des Gesellschaftervertrags habe nur die gesellschaftsrechtliche Ebene berührt, nicht das Arbeitsverhältnis. Dem Kläger sei das aktive Abwerben von Kunden verboten, ebenso wie das aktive Abwerben von Mitarbeitern. Hierbei habe der Kläger auch versucht, ihre Arbeitnehmer zur rechtswidrigen Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zu überreden.

Den Betrag aus der Kreditkarten-Abrechnung vom 09.05.2011 müsse sie nicht bezahlen. Sie bestreite die betriebliche Notwendigkeit der dort getätigten Aufwendungen.

Der Kläger müsse sich auf seinen vermeintlichen Annahmeverzugsanspruch seine Einnahmen bei der Firma P. gegenrechnen lassen und hierüber Auskunft erteilen. Ein angemessenes Geschäftsführergehalt betrage 6.500,00 EUR. Es könne nicht sein, dass der Kläger als Fremdgeschäftsführer für ein Konkurrenzunternehmen der Beklagten unentgeltlich tätig sei und dies zu ihren Lasten gehe.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 05.10.2011 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 05.05.2011 nicht aufgelöst worden ist und hat den weiteren Kündigungsschutzantrag des Klägers sowie die Widerklage der Beklagten abgewiesen. Ferner hat das Arbeitsgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger für die Monate Mai bis Juli 2011 EUR 19.500,00 als Vergütung zu zahlen und die Beklagte auch verurteilt, an den Kläger EUR 1.378,64 nebst geltend gemachten Zinsen zu zahlen.

Wegen der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Gegen dieses ihr am 19.10.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 14.11.2011 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 19.01.2012 am 23.12.2011 begründet. Der Kläger hat gegen das ihm am 24.10.2011 zugestellte Urteil am 22.11.2011 Berufung eingelegt und diese am 22.12.2011 begründet.

Er trägt vor:

Bei der Entscheidung über die fristlose Kündigung vom 10.08.2011 habe das Arbeitsgericht den Sachverhalt nicht hinreichend gewürdigt. Die Beklagte sei von ihm maßgeblich gegründet und geführt worden. Als die Beklagte im Jahre 2001 weiteren Kredit benötigt habe, habe der Kreditgeber die Kreditvergabe von der Sicherungsübereignung eines Geschäftsanteils von 51 % und einem entsprechenden Einfluss

auf die Geschäftsführung der Beklagten abhängig gemacht. Deswegen sei der Gesellschafteranteil in dieser Höhe an seine Ehefrau übertragen worden, die durch einen Treuhandvertrag an den Kreditgeber gebunden gewesen sei. Bereits im Dezember 2001 seien die Kredite getilgt worden und die Treuhand vom Kreditgeber freigegeben worden. Es sei dann aber versäumt worden, den Gesellschafteranteil seiner Ehefrau an ihn zurück zu übertragen. Die fristlose Kündigung vom 05.05.2011 habe ihn in eine finanzielle Notlage versetzt. Er habe nicht nur keine Vergütung mehr bezogen, sondern auch keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld I gehabt. Er habe nicht mehr über die Mittel verfügt, die privaten Krankenversicherungsbeiträge zu zahlen. Wenn er nicht über unterstützungswillige und -fähige Eltern verfügt hätte, hätte sein Sohn sein Auslandsstudium abbrechen müssen. Er habe schlicht und ergreifend keine andere Wahl gehabt, als die ihm von seiner Mutter angebotene Hilfe als Geschäftsführer der neu gegründeten P. tätig zu sein, anzunehmen. Richtig sei, dass er am 04.08.2011 einen Wettbewerbsverstoß begangen habe. Dieser könne die fristlose Kündigung jedoch nicht rechtfertigen. Seine Tätigkeit für die P. sei der Beklagten schon zum Gründungszeitpunkt und mit Aufnahme der Tätigkeit bekannt geworden. Ob ein ungerechtfertigt gekündigter Arbeitnehmer Wettbewerb betreiben dürfe, sei streitig und eine Frage des Einzelfalls. Durch die Änderung des Gesellschaftsvertrags habe nicht nur das gesellschaftsrechtliche sondern auch das arbeitsrechtliche Verbot aufgehoben werden sollen. Der Abwerbungsversuch selbst sei ausschließlich nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien zu beurteilen und nicht anders, als wenn ein Arbeitgeber und ein Arbeitnehmer außerhalb des Arbeitsverhältnisses in Konflikt gerieten.

Mit der Berufung hat der Kläger seinen Zahlungsanspruch aus Annahmeverzug hinsichtlich des Gehalts für die Zeit vom 11. – 31.08.2011 erweitert und insoweit erklärt, dieser Betrag sei noch nicht gezahlt.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils wie folgt zu erkennen:

1. Es wird festgestellt, dass auch die von der Beklagten mit Schreiben vom 10.08.2011 erklärte fristlose Kündigung unwirksam ist.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 4.433,33 EUR brutto (Restvergütung für den Zeitraum 11.08.2011 – 31.08.2011) zu zahlen,
3. die Berufung der Berufungsklägerin vom 14.11.2011 kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen
sowie
das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck zum Az 5 Ca 1342/11, verkündet am 05. Oktober 2011, wird insoweit aufgehoben, als das Gericht erster Instanz dem Feststellungsantrag zu 1. sowie den Zahlungsanträgen zu 2. bis 4. stattgegeben und die Widerklage abgewiesen hat. Die Klage ist insgesamt abzuweisen.

Widerklagend wird der Kläger zu verurteilen sein,

an die Beklagte 3.133,76 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen,

hilfsweise, für den Fall, dass das Gericht die fristlosen Kündigungen für unwirksam erachten sollte, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aufzulösen.

Sie trägt vor:

Nicht der Kläger, sondern die ehemalige Geschäftsführerin Frau B. habe den wirtschaftlichen Erfolg der Beklagten erarbeitet und sichergestellt. Mit der Abtretung des Geschäftsanteils an diese sei ein letzter Versuch unternommen worden, das wirtschaftliche Überleben der Beklagten sicherzustellen. Frau B. sei es gelungen, die wirtschaftliche Situation der Beklagten zu stabilisieren und Mittel zu erwirtschaften, die die Ablösung der Kredite ermöglichten. Von der Tätigkeit des Klägers für die P. habe sie erst durch eine Auskunft der Firma K. L. am 20.07.2011 erfahren. Mit der Änderung des Gesellschaftervertrags seien auch die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nicht aufgehoben worden. Der Kläger habe gezielt die Firma L. S. aufgesucht, um diesen Kunden und ihre Mitarbeiter abzuwerben. Der Kläger habe mit vorsätzlicher und sittenwidriger Schädigungsabsicht gehandelt. Er habe die Beklagte

bzw. seine Ehefrau „fertig machen“ wollen. Wegen der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung steht dem Kläger auch das Restgehalt für August 2011 nicht zu.

Die Kündigung vom 05.05.2011 sei wirksam. Es sei unbestritten, dass der Kläger und seine Ehefrau private Einkäufe über das Geschäftskonto getätigt hätten, die über die Gesellschafterkonten ausgeglichen worden seien. Diese Handhabungsweise habe auch nicht die fristlose Kündigung begründen sollen. Vielmehr habe der Kläger private Ausgaben über die Beklagte abrechnen lassen und die Beklagte sogar als Rechnungsempfängerin ausgewiesen, etwa bei dem Beleg der Firma I. und der Rechnung der Firma G.. Darin liege der Versuch eines Betrugs durch den Kläger, da dieser habe erreichen wollen, dass die Beklagte seine privaten Rechnungen zahle. Ferner sei damit zumindest der Versuch einer Umsatzsteuerhinterziehung durch die Beklagte zu Lasten des Finanzamts zu sehen. Eine Zuordnung der privaten Rechnungen auf dem Gesellschafterkonto wäre nicht erfolgt. Richtig sei, dass die Rechnung der Firma G. tatsächlich vom Kläger privat beglichen worden sei. Dies sei allerdings erst geschehen, nachdem sie die Begleichung abgelehnt habe. Dieses Vorgehen des Klägers rechtfertige eine Kündigung auch ohne Abmahnung.

Vergütung für den Zeitraum Mai bis Juli 2011 stehe dem Kläger zum einen wegen der fristlosen Kündigung nicht zu, zum anderen müsse sich der Kläger sein Einkommen bei der Firma P. anrechnen lassen. Der Kläger könne als Fremdgeschäftsführer auch nicht auf ein Gehalt für seine Tätigkeit verzichten. Darin sei ein böswilliges Unterlassen zu sehen. Jedenfalls müsse der Kläger den Eigenanteil seiner privaten Nutzung des PKW, den er bei der Firma P. nutze, gegenrechnen lassen.

Sie sei auch nicht verpflichtet, den Betrag von 1.378,64 EUR zu erstatten. Mit diesen Ausgaben habe die Beklagte nichts zu tun. Eine Verrechnung mit dem Gesellschafterkonto sei nicht möglich, da nicht dargelegt sei, dass Gewinnansprüche bestünden. Im Übrigen sei der Gesellschaftsanteil des Klägers mittlerweile eingezogen worden.

Der Kläger sei auch verpflichtet, die im Wege der Widerklage geltend gemachten Beträge für die Jagdsteuer, die Rechnung des Rechtsanwalts L. und die Rechnung der Firma I. zu zahlen. Der Kläger habe nicht dargelegt, wann und zu welchem Zeit-

punkt eine Verrechnung der Jagdsteuer mit einem etwaigen Gewinnanspruch erfolgt sei. Eine Verrechnung der weiteren Rechnungen mit Gewinnansprüchen sei nicht möglich, da der Kläger nicht behauptet habe, dass ihm Gewinnansprüche zustünden.

Der Kläger erwidert hierzu:

Er bleibe dabei, dass es Aufgabe der Buchhaltung der Beklagten gewesen sei, eingereichte Belege nach betrieblichen und nicht betrieblichen Aufwendungen zu trennen. Im Zweifel habe die Buchhaltung auch nachfragen können. Sämtliche Kreditkartenverfügungen seien zunächst per Lastschrift von der Beklagten bezahlt worden. Die I.-Rechnung sei ohne weiteres als privat zu erkennen gewesen. Gleiches gelte für die Rechnung der Firma G., die er auch privat bezahlt habe.

Er habe Vergütung nur bis einschließlich August 2011 verlangt. Bis Ende August habe er bei der P. tatsächlich nichts verdient. Auch ein Firmenfahrzeug habe er erst ab September 2011 erhalten, vorher habe er den PKW einer Bekannten genutzt.

Der Anspruch auf die EUR 1.378,64 ergebe sich, wie das Arbeitsgericht ausgeführt habe, aus den Gepflogenheiten der Parteien bis zur Kündigung. Der Beschluss über die Einziehung seines Gesellschafteranteils sei nichtig.

Die Beträge aus der Widerklage seien auf seinem Gesellschafterkonto in der Vergangenheit belastet worden und mit Gewinnansprüchen verrechnet worden. Ein entsprechender Gewinn sei immer in ausreichender Höhe vorhanden gewesen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im Einzelnen wird auf den Inhalt der Akte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. b) und c) statthaften, form- und fristgemäß eingelegten und begründeten Berufungen der Parteien sind zulässig.

Die Berufung des Klägers ist jedoch in vollem Umfang unbegründet. Auch der mit der Klagerweiterung in der Berufungsinstanz geltend gemachte Anspruch steht dem Kläger nicht zu. Die Berufung der Beklagten ist bis auf einen Teilbetrag von 23,00 EUR unbegründet. In Höhe von 23,00 EUR ist das Urteil des Arbeitsgerichts geändert und weitergehende Klage abgewiesen worden. Im Übrigen ist die Berufung der Beklagten unbegründet.

I.

Der Klagantrag zu 1. ist begründet. Die fristlose Kündigung der Beklagten vom 05.05.2011 ist unwirksam. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung liegen nicht vor.

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsvertrag von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsvertrags bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsvertrags nicht zugemutet werden kann. Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“, d. h. typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist oder nicht (zuletzt BAG vom 27.01.2011 – 2 AZR 825/09 – Juris, Rn 24).

Die Beklagte hat bereits das Vorliegen eines wichtigen Grundes an sich für die fristlose Kündigung vom 05.05.2011 nicht dargelegt.

1. Die Beklagte hat die fristlose Kündigung in zweiter Instanz anders begründet, als noch vor dem Arbeitsgericht. Dort hatte sie behauptet (Seite 2 des Schriftsatzes vom 22.06.2011), Einkäufe des Klägers, die mit der Kreditkarte getätigt worden seien,

würden vom Geschäftskonto der Beklagten abgebucht. Die Absprache der Parteien sei dahin gegangen, dass nur Tankrechnungen abgebucht werden durften, die im Zusammenhang mit der Nutzung des Firmen-PKW durch den Kläger entstanden seien. Mit weiterem Schriftsatz vom 14.09.2011, dort Seite 2 (Bl. 74 d. A.) hat die Beklagte ausgeführt, der Kläger habe zu Unrecht u. a. Zigaretten und Lebensmittel über das Konto der Beklagten abbuchen lassen. Er sei als Angestellter der Beklagten nicht berechtigt gewesen, private Einkäufe zu tätigen. In zweiter Instanz ist dieser Kündigungsvorwurf demgegenüber nicht aufrecht erhalten worden. Vielmehr hat die Beklagte nunmehr ausgeführt, es sei „unbestritten“, dass auch der Kläger über die Kreditkarte private Einkäufe getätigt habe, die über das Geschäftskonto der Beklagten ausgeglichen worden seien. Das Steuerbüro der Beklagten habe die Ausgaben gebucht. Dabei sei zwischen privat und betrieblich veranlassten Ausgaben unterschieden und Privatausgaben dem jeweiligen Gesellschafterkonto zugeschrieben worden. Die jeweiligen Forderungen der Beklagten seien dann durch Verrechnung mit Entnahmeansprüchen ausgeglichen worden. Die Beklagte führt insoweit weiter aus, dass diese Handhabungsweise gerade nicht die fristlose Kündigung habe begründen sollen. Vielmehr habe der Kläger private Leistungen in Anspruch genommen, die der Beklagten von den Leistungserbringern unter Ausweisung von Umsatzsteuer in Rechnung gestellt worden seien. Der Kläger habe damit versucht, private Ausgaben als betrieblich veranlasst darzustellen, so etwa bei dem Einkauf bei der Firma I. oder bei der Rechnung der Firma G. Recycling. Zur Begründung ihrer fristlosen Kündigung führt die Beklagte dann weiter aus, hierin liege ein versuchter Betrug des Klägers zu Lasten der Beklagten und eine Umsatzsteuerhinterziehung durch die Beklagte.

2. Legt man diesen letzten Sachvortrag der Beklagten zugrunde, ist damit ein wichtiger Grund an sich nicht dargelegt. Zu diesem gehörte in jedem Fall auch, dass der Kläger tatsächlich mit Täuschungsvorsatz und Schädigungsabsicht zum Nachteil der Beklagten gehandelt hat. Es muss ihm also mit zumindest Eventualvorsatz darauf angekommen sein, dass seine Privatrechnungen von der Buchhaltung der Beklagten nicht als solche erkannt worden wären und er so die Befreiung von seinen Verbindlichkeiten durch Zahlungen der Beklagten erlangte. Für einen derartigen Eventualvorsatz ist aber nichts ersichtlich.

Auch nach dem Vorbringen der Beklagten ist es gerade unstrittig, dass es jahrelange Praxis bei der Beklagten war, dass die Gesellschafter ihre privaten Einkäufe über die A.-E.-Kreditkarte oder die I.-Kundenkreditkarte über die Buchhaltung der Beklagten abwickeln. Die Unterscheidung zwischen privaten und betrieblichen Vorgängen durfte der Kläger daher als in der Buchhaltung bekannt voraussetzen. Allein der Umstand, dass die Rechnung auf die Beklagte lautet, lässt nicht den Schluss zu, dass der Kläger sich diese offensichtlich privaten Vorgänge bezahlen lassen wollte. Ebenso wenig ist erkennbar, dass der Kläger beabsichtigte, zum Nachteil des Fiskus Umsatzsteuer für die Beklagte zu hinterziehen. Auch tatsächlich ist hinsichtlich der I.-Rechnung das passiert, was nahe liegt. Die Buchhalterin der Beklagten ist mit der Rechnung zur damaligen Geschäftsführerin gegangen und beide haben festgestellt, dass es sich um einen Privateinkauf des Klägers handelt. Entsprechend ist der Rechnungsbetrag dem Gesellschafterkonto des Klägers gutzuschreiben. Vergleichbares gilt für die Rechnung der Firma G., die ebenfalls von der Mitarbeiterin der Beklagten als privat veranlasst erkannt worden ist.

3. Ihren Vortrag erster Instanz, der Kläger habe gegen die ihm im Gespräch am 10.03.2011 erteilte Anweisung, zukünftig keine Privatausgaben über die Kreditkarte mehr abzuwickeln, verstoßen, hat die Beklagte in der Berufung nicht wiederholt. Eine fristlose Kündigung kommt wegen eines Verstoßes gegen diese Anweisung auch nur in Betracht, wenn der Kläger vorher einschlägig abgemahnt worden wäre. Das ist unstrittig nicht der Fall gewesen.

II.

Der Klagantrag zu 5. ist hingegen unbegründet. Die fristlose Kündigung der Beklagten vom 10.08.2011 ist wirksam.

1. Die gesetzlichen Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB liegen vor.

a) Wichtiger Grund an sich für die fristlose Kündigung ist die Abwerbung von 3 bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeitern unter Verwendung unlauterer Mittel, näm-

lich der Aufforderung an diese Mitarbeiter, unter Missachtung der Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis der Beklagten zu beenden und zur P. zu wechseln sowie der Abwerbungsversuch hinsichtlich des Kunden L. S. am 04.08.2011.

Eine Konkurrenz­­tätigkeit des Arbeitnehmers im bestehenden Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich ein wichtiger Grund an sich im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB (BAG vom 26.06.2008 – 2 AZR 190/07 –Juris, Rn 15). Ist ein Arbeitnehmer jedoch gekündigt und hat seinerseits mit einer Kündigungsschutzklage den Fortbestand des gekündigten Arbeitsverhältnisses geltend gemacht, ist eine differenzierte Betrachtungsweise geboten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird ein Arbeitnehmer nicht schon dann von dem für die rechtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses geltenden Wettbewerbsverbot befreit, wenn der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung ausspricht, die der Arbeitnehmer für unwirksam hält und deswegen gerichtlich angreift. Die Beendigung oder die Suspendierung des Wettbewerbsverbotes bis zur Zeit der gerichtlichen Klärung der Wirksamkeit der streitigen Kündigung kann nicht allein mit der Erwägung begründet werden, der Arbeitgeber habe mit seiner Kündigung bereits als erster die Treue aufgekündigt und deswegen brauche sich auch der Arbeitnehmer zunächst nicht mehr an bestehende vertragliche Bindungen zu halten. Nicht nur der Arbeitgeber verhält sich widersprüchlich, wenn er sich einerseits vom Arbeitnehmer sofort trennt und andererseits von diesem bis zur Klärung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses erwartet, mit ihm (noch) nicht in Wettbewerb zu treten. Ein Widerspruch, der einen Rechtfertigungsgrund ausschließt, liegt vielmehr auch in dem Verhalten des Arbeitnehmers, der einerseits um seinen Arbeitsplatz kämpft, diesen aber andererseits durch Wettbewerbshandlungen möglicherweise gefährdet. Allein die Priorität der Vertragsverletzung durch den Arbeitgeber erlaubt nicht von vornherein nachfolgende objektive Vertragsverstöße des Arbeitnehmers.

Ein verhaltensbedingter wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung wegen eines Wettbewerbsverstoßes setzt nach § 626 BGB aber nicht nur die objektive und rechtswidrige Verletzung einer bestehenden Unterlassungspflicht, sondern darüber hinaus nach der ständigen Rechtsprechung auch ein schuldhaftes, vorwerfbares Verhalten des Arbeitnehmers voraus. Der Grad des Verschuldens sowie die Art und Auswirkung der Konkurrenz­­tätigkeit sind für die weiter erforderliche Interessenabwä-

gung von Bedeutung, ob der verhaltensbedingte Grund dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar gemacht hat (BAG, Urteil vom 25.04.1991 – 2 AZR 624/90 – Juris, Rn 59, 60, 62; bestätigt durch BAG vom 28.01.2010 – 2 AZR 1008/08 -).

Mit dieser Rechtsprechung ist daher davon auszugehen, dass auch die Konkurrenz-tätigkeit im bereits gekündigten Arbeitsverhältnis, dessen Fortbestand zwischen den Parteien streitig ist, grundsätzlich als wichtiger Grund für eine Kündigung geeignet ist. Dass der Kläger durch die Aufnahme einer Tätigkeit als Geschäftsführer der P. sowie durch den Abwerbungsversuch hinsichtlich der 3 Mitarbeiter der Beklagten und der versuchten Abwerbung des Kunden L. S. der Beklagten gegen dieses Konkurrenzverbot verstoßen hat, ist zwischen den Parteien nicht streitig.

b) Die fristlose Kündigung ist vorliegend auch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung gerechtfertigt.

Dabei ist für das Gericht nicht so sehr entscheidend, dass der Kläger als Geschäftsführer der P. sich maßgeblich für ein Konkurrenzunternehmen engagiert hat, sondern vor allem, dass er wettbewerbswidrig und damit auch in hohem Maße pflichtwidrig im Hinblick auf die gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber bestehenden Verpflichtungen aus § 241 Abs. 2 BGB dadurch verstoßen hat, dass er dessen Mitarbeiter rechtswidrig abgeworben hat. Auch die versuchte Abwerbung des Kunden L. S. mag nicht wettbewerbswidrig sein, verstößt aber gegen das Konkurrenzverbot aus dem Arbeitsvertrag und richtet sich gezielt gegen die Beklagte.

aa) Im Hinblick auf die vom Kläger unwidersprochen dargelegte wirtschaftliche Situation erscheint die Aufnahme einer Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen noch nicht als dermaßen pflichtwidrig, dass sie die fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Der Kläger stand mit Ausspruch der unwirksamen ersten fristlosen Kündigung und Wegfall sämtlicher Vergütungsansprüche praktisch vor dem wirtschaftlichen Nichts. Leistungsansprüche gegenüber der Bundesagentur für Arbeit standen ihm nicht zu, da sein bisheriges Arbeitsverhältnis sozialversicherungsfrei geführt worden war. Er war dringend auf die Erzielung von Einnahmen angewiesen und konnte im Hinblick

auf die Änderung in § 7 Abs. 2 des Gesellschaftervertrags es vertretbarer Weise für zulässig erachten, eine Wettbewerbstätigkeit aufzunehmen. Zwar betrifft § 7 Abs. 2 des Gesellschaftervertrags vornehmlich nur die Stellung des Klägers als Gesellschafter der Beklagten. Es ist aber nicht ersichtlich, warum die Beklagte der einen Gesellschafterin Wettbewerb erlaubt, dem anderen Gesellschafter, nur weil er Arbeitnehmer ist, dieses jedoch verboten sein soll.

bb) Die Erlaubnis zum Wettbewerb rechtfertigt aber nicht, dass der Kläger seinerseits mit wettbewerbswidrigen Mitteln gegen die Beklagte vorgeht. Durch den Versuch der Abwerbung der Mitarbeiter der Beklagten unter gleichzeitiger Verleitung zum Vertragsbruch hat der Kläger gegen § 4 Nr. 10 UWG verstoßen. Danach handelt unlauter, wer Mitbewerber gezielt behindert. Hierzu zählt nach der Rechtsprechung des BGH auch das Verleiten zum Vertragsbruch von Arbeitnehmern eines Mitbewerbers bei Verwendung unlauterer Mittel, wie etwa der Aufforderung, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen (Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage, § 4 UWG, Rn 10.107).

Dies hat der Kläger unstreitig getan. Er hat die Mitarbeiter N., W. und D. der Beklagten aufgefordert, ihr Arbeitsverhältnis bei der Beklagten fristlos zu kündigen, um bei der P. anzufangen.

Damit hat der Kläger zugleich nicht nur „normalen“ Wettbewerb betrieben, sondern vorsätzlich versucht, die Beklagte zu schädigen. Dieses Verhalten betrifft entgegen der Auffassung des Klägers nicht nur eine neben dem Arbeitsverhältnis bestehende Sonderbeziehung, sondern berührt auch die Rücksichtnahmeverpflichtung des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis. Wie die Beklagte sich nicht darauf zurückziehen kann, die Erlaubnis zum Wettbewerb in § 7 Abs. 2 des Gesellschaftervertrags beziehe sich nur auf den Kläger als Gesellschafter, nicht als Arbeitnehmer, so kann sich der Kläger auch nicht darauf berufen, seinen Verstoß gegen Wettbewerbsvorschriften zum Nachteil der Beklagten begehe er nur als Wettbewerber, und dieser habe auf das Arbeitsverhältnis keinen Einfluss. Maßgeblich für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung des Klägers ist, dass dieser durch sein Verhalten zu erkennen gegeben hat, dass es ihm trotz Geltendmachung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses darauf ankommt, nicht nur für den eigenen Lebensunterhalt zu sorgen,

sondern auch die Beklagte zu schädigen. Dies wird auch belegt durch die versuchte Abwerbung des Kunden L. S.. Dies rechtfertigt auch unter Berücksichtigung aller weiteren Gesamtumstände die fristlose Kündigung.

2. Die Kündigungserklärungsfrist aus § 626 Abs. 2 BGB hat die Beklagte eingehalten. Der zur Kündigung berechtigende Vorfall ereignete sich am 04.08.2011. Die Kündigung hat die Beklagte mit Schreiben vom 10.08.2011 erklärt.

III.

Damit steht zugleich fest, dass der Klagantrag zu 1., soweit damit die Unwirksamkeit der hilfsweise von der Beklagten erklärten fristgemäßen Kündigung geltend gemacht worden ist, unbegründet ist. Die fristgemäße Kündigung der Beklagten vom 05.05.2011 könnte das Arbeitsverhältnis nur zum 31.08.2011 beenden, da der Kläger bei einer Beschäftigungszeit ab 01.06.2001 eine Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Monatsende hat.

Die Klage gegen die fristgemäße Kündigung ist unbegründet, da das Arbeitsverhältnis bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist infolge der am 10.08.2011 erklärten fristlosen Kündigung endete.

IV.

Die gemäß § 533 ZPO zulässige Erweiterung der Klage durch den Kläger im Hinblick auf die Vergütung für die Zeit vom 11. – 31.08.2011 ist ebenfalls unbegründet, da das Arbeitsverhältnis in jenem Zeitraum nicht mehr bestand.

V.

Die Anträge zu 2. und 3. des Klägers sind begründet. Die Beklagte ist verpflichtet an den Kläger Vergütung für die Monate Mai bis Juli 2011 zuzüglich Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe zu zahlen.

1. Für die Zeit vom 01. – 05.05.2011 folgt der Vergütungsanspruch des Klägers aus § 611 BGB. In dieser Zeit bestand zwischen den Parteien unstreitig ein Arbeitsverhältnis. Der Kläger hat die von ihm geschuldete Arbeitsleistung erbracht.

2. Für die Zeit vom 06.05. – 31.07.2011 folgt der Vergütungsanspruch des Klägers aus § 615 BGB. Der Kläger hat sich hierauf kein tatsächliches oder fiktives anderweitiges Erwerbseinkommen anrechnen zu lassen.

a) Mit Ausspruch der unwirksamen fristlosen Kündigung befand sich die Beklagte nach ständiger Rechtsprechung gemäß § 615 Satz 1 BGB in Verzug.

b) Eine Anrechnungsverpflichtung nach § 11 Nr. 1 KSchG auf diesen Verzugslohnanspruch besteht nicht. Nach dieser Vorschrift hat sich der Kläger auf seinen Verzugslohnanspruch das anrechnen zu lassen, was er durch anderweitige Arbeit verdient hat.

Besteht Streit über die Frage, ob der Arbeitnehmer Einnahmen erzielt hat, ist der Arbeitgeber beweispflichtig. Der Arbeitnehmer ist ihm hinsichtlich der Höhe der erzielten Einnahmen auskunftspflichtig (ständige Rechtsprechung, vgl. Erfurter Kommentar, 11. Auflage, § 11 KSchG, Rn 6).

Seiner Auskunftspflicht ist der Kläger nachgekommen. Er hat angegeben, im Zeitraum ab dem 06.05. bis zum 31.07.2011 tatsächlich kein Einkommen erzielt zu haben. Ein Gehalt sei ihm nicht gezahlt worden, einen Dienstwagen habe er erst ab September zur privaten Nutzung von der P. zur Verfügung gestellt bekommen.

Diesen Ausführungen des Klägers ist die Beklagte nicht mit substantiiertem Vorbringen entgegen getreten. Sie hat nicht dargelegt und unter Beweis gestellt, dass und welches Einkommen der Kläger tatsächlich bezogen hat.

c) Auf den Anspruch des Klägers ist auch kein fiktives Erwerbseinkommen nach § 11 Nr. 2 KSchG anzurechnen. Nach dieser Vorschrift hat sich der Arbeitnehmer das anrechnen zu lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unter-

lassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast gilt hier das gleiche wie bei § 11 Nr. 1 KSchG.

Der Kläger hat die Erzielung von Erwerbseinkommen nicht böswillig unterlassen. Daher kann offen bleiben, ob die vom Wortlaut her an sich nicht auf den vorliegenden Sachverhalt passende Vorschrift des § 11 Nr. 2 KSchG analog dann Anwendung findet, wenn jemand es zwar nicht unterlässt eine Arbeit anzunehmen, wie es der Wortlaut der Vorschrift verlangt, sondern eine Arbeit annimmt, aber hierfür kein Gehalt erzielt, obwohl die Arbeit üblicherweise vergütet wird.

Auch für den Fall einer analogen Anwendung des § 11 Nr. 2 KSchG auf den vorliegenden Sachverhalt, wäre jedenfalls von der Beklagten darzulegen und nachzuweisen, dass der Kläger böswillig gehandelt hat, indem er auf einen Gehaltsanspruch gegenüber der P. verzichtet hat. Das ist ebenfalls von der Beklagten darzulegen, die ja auch nachweisen müsste, wenn der Kläger eine ihm zumutbare Arbeit gar nicht erst angetreten hätte.

Die Beklagte hat insoweit vorgetragen, dass der Kläger als Fremdgeschäftsführer tätig sei und dementsprechend nicht auf ein Gehalt verzichten könne. Es handle sich um eine Vereinbarung zu ihren Lasten, also um einen Vertrag zu Lasten Dritter. Zuzugeben ist der Beklagten, dass eine Tätigkeit als Fremdgeschäftsführer üblicherweise und regelmäßig mit einer Vergütung verbunden ist. Der Kläger hat jedoch darauf hingewiesen, dass vorliegend besondere Umstände den Verzicht auf Gehaltsansprüche rechtfertigen. Unstreitig ist die P. erst unmittelbar nach Ausspruch der fristlosen Kündigung zur Sicherung der Existenz des Klägers von dessen Mutter gegründet worden. Es liegt auf der Hand, dass ohne jeden Kundenstamm, Vertragsbeziehungen, ohne eigene Mitarbeiter und Vertriebsorganisation ein Zeitarbeitsunternehmen jedenfalls in den ersten Monaten seiner Tätigkeit nicht kostendeckend arbeiten kann. Dass der Geschäftsführer dieses Unternehmens in dieser ersten Zeit auf ein Gehalt verzichtet, kann, da es der Sicherung der Existenz des Unternehmens und seines Anstellungsverhältnisses dient, nicht als böswillig angesehen werden. Böswilligkeit setzt eine vorsätzliche, vorwerfbare Untätigkeit des Arbeitnehmers voraus (BAG vom 24.09.2003 – 5 AZR 500/02 – Juris, Rn 20). Diese vorwerfbare Untätigkeit

hat das Gericht für die ersten 3 Monate eines Arbeitsverhältnisses noch nicht gesehen. Ob und für welchen Zeitraum der Verzicht auf ein Gehalt darüber hinaus noch nicht vorwerfbar ist, muss nicht entschieden werden.

3. Der Höhe nach beläuft sich der geltend gemachte Anspruch auf 3 Bruttomonatsgehälter, das sind EUR 19.500,00.

4. Zinsen stehen dem Kläger gemäß den §§ 286 Abs.1, Abs. 2, 288 Abs. 1 BGB zu.

VI.

Der Antrag zu 4. des Klägers gerichtet auf die Zahlung von EUR 1.378,64 zuzüglich Zinsen ist nur zum (überwiegenden) Teil begründet, nämlich in Höhe von EUR 1.355,64. In Höhe von EUR 23,00 ist der Antrag unbegründet. Auf die Berufung der Beklagten ist insoweit das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen worden.

Anspruchsgrundlage für das Begehren des Klägers ist § 670 BGB. Nach dieser Vorschrift sind Aufwendungen des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber erstattungsfähig, wenn sie vom Arbeitgeber gefordert worden sind oder der Arbeitnehmer sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte, sie im Zusammenhang mit den Arbeitspflichten erfolgt sind, sie durch die gewährte Arbeitsvergütung nicht abgedeckt werden und eine Kostenübernahmeverpflichtung des Arbeitnehmers nicht besteht (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Auflage, § 82, Rn 3 mwN).

1. Bei den in der Anlage K 4 aufgeführten Aufwendungen handelt es sich ganz überwiegend um erforderliche Aufwendungen im Sinne der Rechtsprechung.

a) Das gilt zunächst einmal, soweit in der Abrechnung Zahlungen der damaligen Geschäftsführerin der Beklagten B. B. ausgewiesen sind. Die Zahlungen sind unmittelbar für die Beklagte bzw. ihren gesetzlichen Vertreter erfolgt. Sie sind, wie in der Vergangenheit üblich, dem Kläger zu erstatten. Der Ausgleich zwischen der Beklag-

ten und Frau B. erfolgt entsprechend den Vereinbarungen in der Vergangenheit über das Gesellschafterkonto von Frau B.. Dies betrifft einen Betrag von EUR 147,84.

b) Ebenfalls um erforderliche Aufrechnungen handelt es sich, soweit der Kläger Erstattung von Benzinkosten geltend macht. Dabei handelt es sich um einen Betrag von (EUR 97,50 + EUR 76,95 + EUR 104,00 + EUR 38,01 + EUR 125,00 + EUR 89,00 + EUR 72,45 + EUR 104,00 + EUR 105,00 + EUR 131,88 + EUR 126,01 + EUR 90,00 =) EUR 1.159,80.

Nach dem in zweiter Instanz unstreitigen Vortrag verhält es sich hinsichtlich der Aufwendungen für Benzin durch den Kläger so, dass diese von der Beklagten verbucht und der Privatanteil des Klägers entsprechend der mit dem Finanzamt getroffenen Vereinbarung ermittelt und dem Gesellschafterkonto gutgeschrieben wird. Die Beklagte hat bereits in erster Instanz eingeräumt, dass Aufwendungen für Benzin über die Kreditkarte des Klägers abgerechnet wurden. Daher handelt es sich hierbei auch um erforderliche Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB.

c) Ferner erforderlich sind die Aufwendungen in Höhe von 2 x EUR 24,00, also EUR 48,00 für den Priority-Pass. Nicht erstattungsfähig sind demgegenüber EUR 15,00 für eine Telefonkarte und EUR 8,00 für ein Getränk im Hotel E.. In den beiden letztgenannten Fällen ist vom Kläger nicht nachgewiesen, dass er diese Aufwendungen nach den Umständen für erforderlich halten durfte.

2. Die Gesamtforderung des Klägers reduziert sich damit auf EUR 1.355,64. Die danach erforderlichen Aufwendungen sind im Zusammenhang mit den Arbeitspflichten des Klägers entstanden, sie sind nicht durch seine regelmäßige Vergütung abgedeckt und eine Kostenübernahmeverpflichtung durch den Kläger ist nicht ersichtlich.

3. Zinsen stehen dem Kläger gemäß den §§ 286 Abs. 1, Abs. 2, 288 Abs. 1 BGB zu.

Die Widerklage der Beklagten ist unbegründet.

Der der Beklagten zustehende Erstattungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB wegen ihrer Zahlungen an Rechtsanwalt L., an die Firma I. sowie wegen der Jagdsteuer im Jahr 2009, der zu einem Freiwerden des Klägers von den entsprechenden Verbindlichkeiten gegenüber den Zahlungsempfängern führte, ist durch Erfüllung seitens des Klägers erloschen.

Der Kläger hat insoweit vorgetragen, die Erstattung der von der Beklagten verauslagten Kosten sei dadurch erfolgt, dass der von der Beklagten gezahlte Betrag dem Gesellschafterkonto des Klägers zugeschrieben worden sei und nach Erstellung des Jahresabschlusses mit dem Gewinnanspruch des Klägers als Gesellschafter verrechnet worden sei. Unstreitig erzielte in den Geschäftsjahren, in denen die hier streitigen Zahlungen liegen, die Beklagte einen Gewinn, der eine entsprechende Verrechnung ermöglichte. Die Beklagte hat die entsprechende Vorgehensweise allerdings bestritten.

Dieses Bestreiten der Beklagten ist unbeachtlich. Sie ist gemäß § 138 Abs. 1 ZPO zur vollständigen Erklärung über die tatsächlichen Umstände verpflichtet, auch hinsichtlich der vom Gegner behaupteten Tatsachen, § 138 Abs. 2 ZPO.

Grundsätzlich ist die Erfüllung einer Forderung durch den Schuldner, hier also durch den Kläger nachzuweisen. Dieser hat aber mit seinem Vortrag alles zum Nachweis der Erfüllung Erforderliche dargelegt. Es wäre nunmehr Aufgabe der Beklagten gewesen, unter Darstellung der Buchungsvorgänge hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Zahlungen im Einzelnen dem Vortrag des Klägers entgegenzutreten und zu belegen, dass eine Verbuchung auf dem Gesellschafterkonto nicht erfolgt und/oder eine Verrechnung mit den Gewinnansprüchen tatsächlich nicht erfolgt oder nicht möglich gewesen sei. Erst nach diesem vollständigen Vortrag der Beklagten wäre es Aufgabe des Klägers gewesen, seinen Vortrag zur Erfüllung ggfs. weiter zu substantiieren und Beweis hierfür anzubieten.

Es fehlt aber bereits an entsprechendem Vortrag der Beklagten. Die Buchungsunterlagen hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Forderungen sind nicht vorgelegt worden.

VIII.

Über den Hilfsantrag der Beklagten auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist nicht zu entscheiden, da das Arbeitsverhältnis bereits durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 10.08.2011 aufgelöst worden ist.

IX.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Der Rechtsstreit wirft keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf.