

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 3 Sa 202/16

3 Ca 7/16 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 12.04.2017

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 12.04.2017 durch die Präsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende 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 14.06.2016 – 3 Ca 7/16 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

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 im Rahmen eines fristgemäß zum 31.12.2015 gekündigten Arbeitsverhältnisses über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung vom 14.12.2015 mit dem Vorwurf von Konkurrenzfähigkeit. Ferner macht der Kläger Vergütung für Dezember 2015, Auszahlung von rückgerechneter Tantieme sowie Karenzenschädigung für mittlerweile Januar bis 18.09.2016 geltend.

Widerklagend begehrt die Beklagte vom Kläger eine Vertragsstrafe sowie diverse Auskünfte im Zusammenhang mit behauptetem unerlaubtem Wettbewerb. Nach zwischenzeitlicher Erteilung erstinstanzlich titulierter Auskunftsansprüche und entsprechender Erledigungserklärungen geht es im Berufungsverfahren noch um die Kosten.

Wider-Widerklagend verlangt der Kläger im Berufungsverfahren die Rückzahlung erstinstanzlich titulierter Beträge, die er zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an die Beklagte gezahlt hat.

Der Kläger ist am1969 geboren, verheiratet und einem Kind zum Unterhalt verpflichtet. Er war bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten vom 16. Mai 2007 bis zum 31. Dezember 2009 Geschäftsführer. Ab dem 1. Januar 2010 war er auf Basis des Arbeitsvertrags vom 16. Dezember 2009 (Anlage K 1, Bl. 5 - 13 d. A.) als leitender Angestellter für den Bereich „Logistik und Operations“ mit Prokura tätig. Das Arbeitsverhältnis wird seit 2013 mit der Beklagten fortgesetzt. Der Kläger erhielt zuletzt durchschnittlich EUR 6.664,64 brutto monatlich sowie einen Tantiemevorschuss iHv. EUR 1.000,-- brutto monatlich. Gem. § 3 Ziff. 1.4 des Arbeitsvertrages entfällt der Anspruch auf Tantieme für das laufende Geschäftsjahr (Verwirkung) im Falle der arbeitgeberseitigen Kündigung aus wichtigem Grund. Auf die Anlage K1 wird verwiesen.

Der Arbeitsvertrag der Parteien lautet auszugsweise wie folgt:

§ 1 Beginn des Anstellungsverhältnisses/Tätigkeit/Aufgaben/Status

- 1.1 Der Angestellte wird mit Wirkung zum 01.01.2010 als leitender Angestellter für den Bereich Logistik und Operations auf unbestimmte Zeit eingestellt. Der Aufgabenbereich umfasst insbesondere die Verantwortung für sämtliche logistischen Prozesse aller Warenflüsse innerhalb der S... sowie die Warenbewegungen außerhalb, die zur Leistungserbringung der S... notwendig sind.

Die einzelnen zum Aufgabenbereich gehörenden Tätigkeiten ergeben sich aus der als Anlage beigefügten und zum Vertrag gehörenden Stellenbeschreibung.

...

§ 13 Wettbewerbsverbot/Vertragsstrafe

- 1.1 Während der Dauer dieses Vertrages ist es dem Angestellten ohne ausdrückliche Zustimmung der Gesellschaft nicht gestattet, in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, welches mit der Firma in direktem oder indirektem Wettbewerb steht. Der Angestellte verpflichtet sich, ein solches Unternehmen weder unmittelbar noch mittelbar, gelegentlich oder gewerbsmäßig zu beraten, in irgendeiner Form zu unterstützen, zu errichten, zu erwerben oder sich daran zu beteiligen, es sei denn, der Anteilsbesitz ermöglicht keinen Einfluss auf die Organe des betreffenden Unternehmens.
- 1.2 Der Angestellte verpflichtet sich, nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses für die Dauer von 12 Monaten nicht für eine Konkurrenzfirma tätig zu werden oder sich in der Branche Dienstleistungen für Kabelnetzbetreiber und deren Hersteller von Mediengeräten selbständig zu machen.

Der Angestellte wird der Firma im genannten Zeitraum auf dem Markt für Dienstleistungen für Kabelnetzbetreiber und deren Hersteller keine Konkurrenz machen. Im Übrigen gilt das Wettbewerbsverbot in dem unter Ziffer 1.1 genannten Umfang.

Das Verbot erstreckt sich räumlich auf den Bereich Norddeutschland.

...

- 1.5 Der Angestellte ist im Fall der schuldhaften (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot ersatzpflichtig. Für jeden Fall des Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot hat der Angestellte der Firma eine Vertragsstrafe in Höhe des Betrages zu zahlen, der der in den letzten sechs Monaten vor Beendigung des Vertrags durchschnittlich bezogenen monatlichen Bruttovergütung entspricht, höchstens jedoch in Höhe der Vergütung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Bei dauernder Verletzung des Verbots entsteht die Vertragsstrafe für jeden angefangenen Monat der Verletzung neu. Ein Dauerverstoß liegt insbesondere vor, wenn die Konkurrenzfähigkeit über den Zeitraum eines Monats hinweg durch mehrere Verletzungshandlungen fortgesetzt wird.“

Die Beklagte erbringt Dienstleistungen im Bereich: „Services von technischen Geräten aus dem Consumer-Bereich, insbesondere aus dem Telekommunikationssektor“. Ausweislich des Gesellschaftervertrages der Beklagten sind Gegenstände des Unternehmens sämtliche logistischen Dienstleistungen entlang ihrer Wertschöpfungskette eines Produktlebens von der Beschaffung über den Versand und den Service bis zur Verwertung von Produkten sowie einem effizienten B2B-B2C-Service- und Retourenmanagement. Der Handel mit Produkten aller Art ist möglich, ausgenommen sind genehmigungspflichtige Güter (Anlage BK 24, Bl. 198 d. A.).

H...-M...: Am 16.10.2014 wurde die H...-M... (haftungsbeschränkt) - im Folgenden: H...-M... – gegründet. Der Kläger ist mit 50% an dieser Gesellschaft beteiligt, Prof. Dr. H...-J...P... mit einem weiteren Gesellschaftsanteil von 50 %. Der Kläger informierte die Beklagte nicht von seiner Beteiligung. Gegenstand der H...-M... ist der Handel, Service und Beratungen im Umfeld von Telekommunikations- und Medienunternehmen.

Unternehmensgegenstand sowohl der Beklagten als auch der H...-M... ist das Refurbishment von technischen Geräten, wie z.B. Modems. Darunter ist die Aufbereitung und Überprüfung von gebrauchten technischen Geräten zu verstehen. Die Beklagte betreibt diesen Geschäftszweig. Die H...-M... hat diese Tätigkeit zumindest als Subunternehmer der Beklagten im Jahr 2015 ausgeführt. Abgewickelt wurden die Geschäfte zwischen dem Kläger, handelnd für die Beklagte, und Herrn Prof. Dr. P...

Die H...-M... erbrachte parallel zu den Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten u.a. für andere Kunden im Jahr 2015 auch Beratungsleistungen und erstellte hierfür Rechnungen (Bl. 159 d. A.).

Die H...-M... betreibt seit 2014 eine Internetseite. In einem Screenshot datiert vom 11. Februar 2016 bietet die H...-M... unter Leistungen auch Refurbishment ohne Einschränkung auf den Vertragspartner an (Anlage BK 9, Bl. 100 ff d. A.). Zwischen den Parteien ist strittig, ob die H...-M... dies auch bereits in 2015 angeboten hat.

Der Kläger hat für die Beklagte mit der H...-M... diverse Geschäfte im Bereich des Refurbishment in 2015 abgeschlossen. Es existieren Rechnungen der H...-M... aus Januar, März, April, Mai (2x), und Juni 2015. Die Rechnungen belaufen sich auf Beträge mit einer Ausnahme oberhalb von EUR 2.000,--. Hintergrund dieser Rechnungen waren Refurbishmentleistungen der H...-M..., die diese nicht selbst durchgeführt hat, sondern durch die Behindertenwerkstatt Stiftung Haus H..., die mit der H...-M... in Geschäftskontakte stand. Die Beklagte hatte zuvor das Refurbishment ebenfalls nicht selbst durchgeführt, sondern durch Subunternehmer. Das Angebot der H...-M... war zwischen 10 und 15 % günstiger als die bisherigen Vertragspartner der Beklagten. Zwischen den Parteien ist strittig, inwieweit der Kläger oder Herr S... der Beklagten bzw. der Geschäftsführer der Beklagten die Rechnungen freigegeben und auch die Zahlungen verfügt haben.

Es existiert eine Anweisung des Geschäftsführers vom 16.01.2015 zum Erfordernis der Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsberechnung ab 2.000,-- Euro und zur Freigabe durch ihn. Auf den Inhalt der Mail (Anlage BK 5, Bl. 41 d. A.) wird verwiesen. Die Auslegung ist strittig.

Der Kläger hat ein weiteres Geschäft zwischen der H...-M... und der Beklagten eingefädelt und umgesetzt. Die Beklagte hat von einem Kunden gebrauchte Cisco-Modems zu einem Preis von EUR 1,- erworben und diese an die H...-M... zu einem Verkaufspreis von EUR 1,60 weiterverkauft. Die Modems wurden direkt an die Firma N... E... GmbH in Ö... geliefert. Mit dieser Firma besteht für die Beklagte schon längere Zeit eine Geschäftsbeziehung. Der Kontakt zwischen der N... E... GmbH ist durch Prof. P... angebahnt worden.

S... GmbH: Die H...-M..., an deren Gesellschaftsanteile der Kläger ohne Wissen der Beklagten zu 50% beteiligt ist, hat sich seit dem 19. November 2015 an der S... GmbH – im Folgenden: S... – mit einem Kapitalanteil von rund 28,6 % beteiligt. Ausweislich des Gesellschaftsvertrags der S... befasst sich die Gesellschaft mit der Erbringung von technischen Dienstleistungen, insbesondere in der IT-Branche (Anlage BK 7, Bl. 44 ff d. A.).

Es kam zu einem Rechtsstreit zwischen der Beklagten und der S... vor dem Landgericht Hamburg, in dem es u.a. um die Nutzungsbefugnis der Bezeichnung „...Easy-Way-S...-Service“ für Dienstleistungen im Bereich Refurbishments ging. In diesem Zusammenhang erklärte die S... über ihre Prozessbevollmächtigten, dass die S... bereits am 16. Oktober 2015 gegründet und geschäftlich aktiv geworden sei (Anlage BK 17, Bl. 130 d. A.).

Die S... hat der H...-M... unstreitig – wann auch immer - einen Auftrag zur Entwicklung eines Testsystems erteilt. Die H...-M... vergab den Auftrag zur Entwicklung eines Testsystems an den Subunternehmer H... W... (Entwicklungsfirma für EDV-Anlagen). Schon am **23.07.2015** – Mail Anlage BK 32 – erhielt der H...-M...-Mitgeschafter P... von dem Subunternehmer H... W... (Entwicklungsfirma für EDV-Anlagen) erste Entwürfe für ein solches Testsystem.

Der Kläger stellte sich im September 2015 mit dem Geschäftsführer und Mitgeschafter der S..., Herrn G..., bei der Vermieterin des Geschäftsgrundstückes der Beklagten in A... bei K... vor, um einen Mietvertrag zwischen der S... und der Vermieterin, bezogen auf das von der Beklagten zuvor teilweise genutzte Nachbargrundstück zu erreichen (Bl. 96 d. A.).

Auf Wunsch des Klägers hat die Beklagte mit Schreiben vom 18. September 2015 das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zum 31. Dezember 2015 gekündigt und mit Schreiben vom gleichen Tage gemäß § 75 a HGB auf das mit dem Kläger vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot verzichtet (Anlage K 2 und K 3, Bl. 14 f d. A.). Der neue Prokurist stieß danach bei seiner Einarbeitung auf etwaige Unregelmäßigkeiten und setzte bei der Beklagten Recherchen in Gang.

Mit Mail vom 23.09.2015 – 11:11 Uhr teilte der – ehemalige - Mitarbeiter W... Herrn P... Details zur Weiterentwicklung des erwähnten Testsystems S... mit. Der Kläger, H... W..., T... M..., N... B..., R... D... sind in CC gesetzt (BK 36, Bl. 362 d. A.).

Am 24.09.2015 geht um 15:45 Uhr an die H...-M...-Mail-Adresse des Mitgeschafters des Klägers, Herrn P..., ein vertraulicher Projektplan „S...“ (BK 33 und BK 34, Bl. 360 – 361 d. A.). Dort heißt es wie folgt:

24.09.2015 – Kündigung des Mitarbeiters der Beklagten T... M...
 28.09.2015 – Kündigung des Mitarbeiters der Beklagten B...
 29.09.2015 – Kündigung der Mitarbeiterin der Beklagten D...
 30.09.2015 – Kündigung des Mitarbeiters der Beklagten W...,
 12.10.2015 – Zusage Vermieter W...
 14.10.2015 – Notar
 ...
 16.10.2015 – Einzahlung Stammkapital
 30.10.2015 – DL testfähiges Systems „Paetz“
 01.11.2015 – Anmietung W...
“

Am 14.10.2015 korrespondierte der ehemalige Mitarbeiter der Beklagten und heutige Geschäftsführer der S... T. M. u.a. mit dem Kläger und dessen Mitgesellschafter P... zum Thema „Neugründung der S... GmbH“ über die Lauffähigkeit der Testmaschine und die Vertriebsstrategie. Per Mail vom 11.11.2015 bittet Herr W... u.a. Herrn P... und den Kläger um strategische Anweisungen in Bezug auf das weitere Vorgehen in Bezug auf das Testsystem Anlage BK 39 (Bl. 369 d. A.). Hierauf antwortet der Mitgesellschafter des Klägers P... am 11.11.2015 u.a. an den Kläger (Anlage BK 39, Bl. 368 d. A.).

Die ehemaligen Mitarbeiter der Beklagten M..., B..., B... und W... arbeiten mittlerweile in verantwortlichen Positionen bei der S....

Die Beklagte erhielt am 10. Dezember 2015 von C... eine Information über die H...-M..., die auch die Gesellschafterstellung des Klägers beinhaltet (Anlage BK 2, Bl. 28 d. A.). Ferner erhielt sie unter dem gleichen Datum einen Auszug aus dem Handelsregister bezogen auf die H...-M... (Anlage BK 3 d. A.). Ferner erhielt die Beklagte über das Registergericht K... am 10. Dezember 2015 den Gesellschaftsvertrag der S..., der in § 4 die Gesellschaftsanteile und die Gesellschafter ausweist (Anlage BK 7, Bl. 44 ff d. A.).

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos. In dem Schreiben sagte sich die Beklagte gemäß § 75 Abs. 3 Abs. 1 HGB von dem Wettbewerbsverbot mit sofortiger Wirkung los (Anlage BK 8, Bl. 58 ff d. A.).

Die Beklagte hat im Monat Juni 2015 eine Tantieme über 6.000,- EUR abgerechnet und an den Kläger ausgezahlt. Die Beklagte erteilte weiter dem Kläger für den Monat Dezember eine Abrechnung mit Vergütungsbezügen bis zum 14. Dezember einschließlich Urlaubsabgeltung iHv. EUR 4.555,55 und rechnete gleichzeitig die Tantieme über 6.000,- EUR zurück. Aus der Abrechnung beider Posten ergab sich ein Minusbetrag zu Lasten des Klägers. Insofern zahlte die Beklagte an den Kläger keine Vergütung für den Monat Dezember und auch keine Karenzentschädigung für die Monate Januar bis Mai 2016.

Mit einem weiteren Schreiben vom 14. Dezember 2015 an den Kläger machte die Beklagte eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 26.514,56 geltend und verlangte Auskunft zu Wettbewerbstätigkeiten des Klägers. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Anlage BK 8 (Bl. 58 ff. dA.) verwiesen. Der Kläger bezog im Zeitraum 15. Dezember 2015 bis 4. Januar 2016 keine Einkünfte und ab dem 5. Januar 2016 bis zum 18.09. 2016 Arbeitslosengeld iHv. EUR 82,03 täglich/EUR 2.490,- monatlich (Bl. 297 d. A.).

Mit der am 4. Januar 2016 bei Gericht eingegangenen Kündigungsschutzklage hält der Kläger die fristlose Kündigung für unwirksam. Er hat stets die Ansicht vertreten, er habe während der Laufzeit seines Arbeitsverhältnisses keinen Wettbewerbsverstoß begangen. Er habe keinen bestimmenden Einfluss auf die H...-M... inne gehabt. Alleinvertretungsberechtigt sei allein Prof. P... gewesen. Im Übrigen habe die H...-M... keinen Wettbewerb gegenüber der Beklagten betrieben, sondern sei lediglich als Subunternehmerin für die Beklagte tätig geworden. Der Kläger bestreitet mit Nichtwissen, dass bereits vor Ausspruch der fristlosen Kündigung die H...-M... das Refurbishment als eigene Leistung am Markt erbracht habe. Eine Wettbewerbstätigkeit der S... GmbH habe es vor Ausspruch der Kündigung nicht gegeben. Bei etwaigen Aktivitäten seinerseits habe es sich ausschließlich um zulässige Vorbereitungshandlungen für eine etwaige spätere Tätigkeit gehandelt. Laut Vertreter der S... sei diese zwar geschäftlich aktiv geworden, aber nicht gegenüber der Beklagten in Wettbewerb getreten. Zudem habe der Kläger keinen bestimmenden Einfluss auf die S... gehabt. Die Internetseite sei erst seit dem 1. März 2016 freigeschaltet. Der Kläger habe keine

Mitarbeiter der Beklagten bestimmt, zur S... GmbH zu wechseln. Weiter habe der Kläger nicht gegen die Beschränkung der Prokura im Innenverhältnis verstoßen. Sämtliche Geschäfte unterfielen nicht der in der Mail genannten Beschränkung, da es sich um Tagesgeschäfte aus bereits bestehenden Geschäftsbeziehungen handele. Sämtliche Rechnungen habe der Geschäftsführer oder Herr S... zur Zahlung freigegeben. Die Beklagte sei weder in der Lage gewesen noch hätte sie beabsichtigt, die Refurbishment-Leistungen selbst durchzuführen statt sie an die H...-M... zu vergeben. Die Beklagte sei auch nicht in der Lage gewesen, mit der Stiftung Haus H..., einer Geschäftspartnerin der H...-M..., direkt unter Ausschluss der H...-M... in Kontakt zu treten. Dies sei auch kein seriöses Geschäftsgebahren. Gleiches gelte für die Weiterveräußerung der gebrauchten Cisco Modems. Auch hier sei die österreichische Firma Geschäftspartnerin des Geschäftsführers der H...-M... gewesen. Der Kontakt zwischen der Beklagten und der österreichischen Firma sei durch Prof. P... angebahnt. Die Beklagte sei auch überhaupt nicht in der Lage gewesen, die Modems adäquat ins Ausland zu verkaufen. Der Kläger habe Herrn R... nicht angewiesen, in dem Gebäude auf dem Nachbargrundstück zur Lagerhalle der Beklagten auf deren Kosten Datenkabel zu verlegen. Durch das Setzen von Prof. P... „in CC“, seien keine vertraulichen Geschäftsverbindungen unbefugt weitergegeben. Prof. P... habe den Kontakt zur Firma U... als deren ehemaliger Geschäftsführer angebahnt. Einen Nachtrag zum Arbeitsverhältnis zur Nutzung des E-Mail-Accounts für private Zwecke kenne der Kläger nicht. Die außerordentliche Kündigung sei auch unverhältnismäßig. Der Beklagten sei die Fortsetzung des zum 31.12.2015 beendeten Arbeitsverhältnisses für die Dauer von weiteren 2 Wochen zumutbar gewesen. Das gelte umso mehr, als noch Resturlaubstage vorhanden waren und die Weihnachtsfeiertage bevorstanden. Die Kündigung sei auch nicht innerhalb der Zwei-Wochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB ausgesprochen worden. Die Beklagte habe, wie sich aus dem Wettbewerbsrechtsstreit hinsichtlich des Namens S... ergebe, bereits im Oktober Kenntnis von den Vorgängen gehabt, sodass die Angaben der Beklagten zur Kenntnis der angeblichen Pflichtverstöße erst am 10. Dezember 2015 falsch seien. Es handele sich bei den Wettbewerbsverstößen nicht um Dauertatbestände. Zumindest sei der Ausspruch einer Kündigung nach längerer Zeit der Kenntnis von der Wettbewerbssituation verwirkt. Weiter macht der Kläger Vergütung für Dezember im Umfang von 7.664,64 EUR geltend zzgl. der Tantieme (2015) iHv. EUR 6.000,--. Schließlich be-

anspricht der Kläger Karenzentschädigung für die Monate Januar bis 18.09.2016 iHv. jeweils einem halben Gehalt. Die vom Kläger bezogenen Einkünfte überschritten zusammen mit der Karenzentschädigung nicht die 110 %-Grenze.

Der Kläger hat beantragt,

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die seitens der Beklagten mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 erklärte Kündigung nicht aufgelöst ist;**
- 2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger**
 - a) EUR 13.755,55 brutto abzüglich EUR 3.795,05 netto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Januar 2016,**
 - b) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Februar 2016,**
 - c) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. März 2016,**
 - d) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. April 2016,**
 - e) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Mai 2016,**
 - f) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Juni 2016,**

zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat widerklagend beantragt,

- 1. den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, an die Beklagte und Widerklägerin EUR 26.514,56 zzgl. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 22. Dezember 2016 zu zahlen,**
- 2. den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, der Beklagten und Widerklägerin darüber Auskunft zu geben,**
 - a) welche Geschäfte er im Namen der Beklagten und Widerklägerin in der Zeit ab dem 16. Oktober 2014 mit der Firma H...-M..., eingetragen unter der HRB-Nummer 1... beim Amtsgericht Coesfeld, getätigt hat;**

- b) welche Geschäfte er im Namen der Beklagten und Widerklägerin in der Zeit ab dem 19. November 2015 mit der Firma S... GmbH, eingetragen unter der HRB: 1... beim Registergericht in K..., getätigt hat;**
- c) an welchen Kapitalgesellschaften der Kläger und Widerbeklagte während der Dauer des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und Widerklägerin mittelbar oder unmittelbar in welcher Höhe beteiligt war, soweit es sich nicht um die H...-M... und die S... GmbH handelt,**
- d) ob und wenn ja, in welchem Umfang der Kläger und Widerbeklagte im Rahmen von Verhandlungen mit Kunden der Beklagten und Widerklägerin Konkurrenzaktivitäten in Form von Abwerbungsversuchen vorgenommen hat und um welche Kunden der Beklagten es sich hierbei handelte.**

Die Beklagte hat stets die Ansicht vertreten, die fristlose Kündigung vom 14.12.2015 sei wirksam. Der Kläger habe schwerwiegende Verfehlungen begangen, die eine fristlose Kündigung trotz des bevorstehenden Endes zum 31. Dezember 2015 sowie fehlender Abmahnung rechtfertigten. Der Kläger habe unerlaubt Wettbewerb betrieben. Die H...-M... habe zumindest Refurbishment-Leistungen auf ihrer Internetseite angeboten. Dies sei bei Ansicht der Seite am 10. Dezember 2015 jedenfalls der Fall gewesen. Ferner habe der Kläger über die S... ebenfalls Wettbewerb betrieben. Diese sei ausweislich des Rechtsanwaltsschreibens bereits seit Oktober 2015 am Markt werbend tätig gewesen. Der Kläger habe gegen die Beschränkung der Prokura im Innenverhältnis verstoßen. Sämtliche Geschäfte mit der H...-M... hätten der Geschäftsführung vorgelegt werden müssen. Es handele sich nicht um laufende Geschäfte. Ein Rahmenvertrag existiere nicht. Gleiches gelte für die Beratungsleistungen von Prof. P... für die Beklagte sowie die Weiterveräußerung der Cisco-Modems. Der Beklagten sei ein geschäftlicher Schaden dadurch entstanden, dass der Kläger hinsichtlich des Refurbishment die H...-M... beauftragt habe. Durch das Dazwischenschalten der H...-M... habe diese an dem Aufschlag verdient. Im Übrigen hätte die Beklagte das Refurbishment auch selbst durchführen können. Gleiches gelte für die Weiterveräußerung der Cisco-Modems. Diese hätte die Beklagte mit einem Aufschlag von nicht nur 60 Cent, sondern von 10,- EUR weiter veräußern können. Die außerordentliche fristlose Kündigung sei auch verhältnismäßig. Die Vorgehensweise

des Klägers habe insbesondere das Vertrauensverhältnis nachhaltig und unwiederbringlich zerstört. Dem eigenen Prokuristen müsse aber uneingeschränkt Vertrauen entgegengebracht werden können. Gerade hinsichtlich der Wettbewerbsverstöße handele es sich um Dauertatbestände, insofern sei die 2-Wochen-Frist gewahrt. Im Übrigen habe die Beklagte erst durch die Informationen von C... und den Handelsregisterauszügen am 10. Dezember 2015 Kenntnis von der Wettbewerbstätigkeit erlangt und dann eine Tatkündigung ausgesprochen. Bloße Vermutungen ersetzen die Kenntnis nicht. Angesichts der wirksamen fristlosen Kündigung sei auch die Lossagung vom Wettbewerbsverbot wirksam, sodass eine Karrenzentschädigung nicht anfalle.

In Bezug auf ihre Widerklage hat die Beklagte stets vorgebracht, durch die fortlaufenden Wettbewerbsverstöße habe der Kläger die Vertragsstrafe verwirkt, und zwar angesichts der Begrenzung in Bezug auf die Kündigungsfrist in Höhe von vier durchschnittlichen Bruttomonatsgehältern. Die Auskunftsansprüche beruhen auf der Möglichkeit, nach dem Arbeitsvertrag über die Vertragsstrafe hinaus Schadensersatzanspruch geltend zu machen.

**Der Kläger hat beantragt,
die Widerklage abzuweisen.**

Zur Widerklage hat der Kläger ausgeführt, ein Anspruch auf Vertragsstrafe bestehe bereits mangels Wettbewerbsverstoßes seitens des Klägers nicht. Gleiches gelte für die Auskunftsansprüche, wobei diese, angesichts der Kenntnis der Beklagten bereits im November 2015 und der Widerklagerhebung erst vom 29. Februar 2016 (bei Gericht am 3. März 2016 eingegangen), verjährt seien.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 14.06.2016 die Kündigungsschutzklage abgewiesen und das Vorliegen einer wirksamen fristlosen Kündigung schon wegen unerlaubter Konkurrenzaktivität durch seine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an der H...-M... mit einem Anteil von 50 % bejaht. Die H...-M... habe im streitbefangenen Zeitraum Konkurrenz zur Beklagten betrieben. Die Aktivitäten des Klägers in Bezug auf die S... seien weit über Vorbereitungstätigkeiten hinausgegangen. Die Kündigung

sei auch verhältnismäßig und innerhalb der Zwei-Wochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erfolgt. Vergütungsansprüche des Klägers für Dezember bestünden nur in Höhe von 4.555,55 Euro brutto einschließlich Urlaubsabgeltung, die aber nicht durch Aufrechnung erloschen seien. Der im Arbeitsvertrag vereinbarte Wegfall der Tantieme sei AGB-rechtlich unwirksam. Ein Anspruch auf Auszahlung weiterer 6.000,00 Euro Tantieme bestehe allerdings nicht mehr. Die bei Ausspruch der außerordentlichen Kündigung erfolgte Lossagung von der Karenzentschädigung sei wirksam. Der Kläger schulde auch die mit der Widerklage geltend gemachte Vertragsstrafe in Höhe von 26.514,56 Euro. Auskunft schulde der Kläger allerdings nur in Bezug auf das Begehren, sich zu weiteren Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften zu erklären. Hinsichtlich der Einzelheiten der erstinstanzlichen Entscheidung wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe verwiesen.

Gegen dieses dem Kläger am 07.07.2016 zugestellte Urteil legte er am 19.07.2016 Berufung ein, die innerhalb der bis zum 07.10.2016 verlängerten Frist begründet wurde.

Der Kläger ergänzt und vertieft im Wesentlichen sein erstinstanzliches Vorbringen. Er hebt insbesondere auch in Bezug auf den ergänzenden Vortrag der Beklagten zum Testsystem für S... nebst zur Akte gereichtem Mailverkehr noch einmal ganz besonders hervor, dass er keinerlei Konkurrenztaetigkeit, allenfalls zulässige Vorbereitungs-handlungen ausgeübt habe.

Soweit der Kläger zur Auskunft verurteilt wurde, hat er diese zwischenzeitlich unter Verwahrung gegen die Kosten erteilt. Zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung hat er nach einvernehmlicher vorheriger Verrechnung seiner restlichen Dezembervergütungsansprüche an die Beklagte 24.036,01 Euro gezahlt (Anlage BK 2, Bl. 302 d. A.).

Der Kläger beantragt, in Bezug auf die Karenzentschädigung für Juni 2016 bis zum 18.09.2016 auch klagerweiternd,

in Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Lübeck vom 14. Juni 2016 zum Aktenzeichen 3 Ca 7/16

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die seitens der Beklagten mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 erklärte Kündigung nicht aufgelöst ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger
 - a) EUR 13.755,55 brutto abzüglich EUR 3.795,05 netto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Januar 2016,
 - b) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Februar 2016,
 - c) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. März 2016,
 - d) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. April 2016,
 - e) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Mai 2016,
 - f) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Juni 2016,
 - g) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Juli 2016,
 - h) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. August 2016,
 - i) EUR 3.832,32 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. September 2016,
 - j) EUR 2.299,39 brutto zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen als über dem Basiszinssatz ab dem 1. Oktober 2016,

zu zahlen.

3. die Widerklage der Beklagten insgesamt abzuweisen.
4. Die Beklagte zu verteilen, an den Kläger EUR 24.036,01 zzgl. 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz ab dem 19.07.2016 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der Verhandlungen verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist auch begründet worden. In der Sache konnte sie jedoch im Ergebnis **keinen Erfolg** haben.

Mit ausführlicher, überzeugender Begründung hat das Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage und die über die anteilige Dezembervergütung einschließlich Urlaubsabgeltung hinausgehenden Zahlungsanträge des Klägers abgewiesen. Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 14.12.2015 ist wirksam. Der Kläger hat unter verschiedenen Gesichtspunkten gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot verstoßen. Eine Karenzentschädigung ist nicht geschuldet. Der Kläger ist auch zu Recht zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 26.514,56 Euro verurteilt worden und hatte berechtigten Anlass zur Erteilung der begehrten Auskunft gegeben. Das hat das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt. Dem folgt das Berufungsgericht. Zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen wird auf die ausführlichen Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Lediglich ergänzend und auf den neuen Vortrag der Parteien eingehend, wird Folgendes ausgeführt:

A. I. Die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 14. Dezember 2015 ist wirksam. Die Beklagte hat eine Tatkündigung, keine Verdachtskündigung ausgesprochen. Der Kläger hat unter Berücksichtigung der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen unerlaubte Konkurrenztaetigkeit geleistet.

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung

der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der – ggf. fiktiven – Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischer Weise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile, jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (BAG, 22. Oktober 2005 – 2 AZR 569/14 – Rn. 21, juris).

2. Der Kläger hat einen „an sich“ wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB herbeigeführt. Er hat nachhaltig gegen § 13 Ziff. 1.1 des Arbeitsvertrages verstoßen.

a) Danach hat er sich verpflichtet, sich nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der Beklagten an einem Unternehmen zu beteiligen, das mit der Arbeitgeberin in direktem oder indirektem Wettbewerb steht, es sei denn, der Anteilsbesitz ermöglicht keinen Einfluss auf die Organe des betreffenden Unternehmens.

b) Der Kläger war aber während des Bestehens seines Arbeitsverhältnisses, nämlich seit dem 14. November 2014, also seit mehr als einem Jahr, zu 50% an der H...-M... beteiligt, ohne dass die Beklagte hiervon wusste und ohne dass sie ihre Zustimmung dazu erteilt hätte. Bereits insoweit handelte es sich um eine unerlaubte vertragliche Wettbewerbstätigkeit seinerseits.

c) Während des rechtlichen Bestehens eines Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitnehmer grundsätzlich jede Konkurrenz­­tätigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt. Die für Handlungsgehilfen geltende Regelung des § 60 Abs. 1 HGB normiert einen allgemeinen Rechtsgedanken. Der Arbeitgeber soll vor Wettbewerbshandlungen seines Arbeitnehmers geschützt werden. Der Arbeitnehmer darf im Markt­­bereich seines Arbeitgebers Dienste und Leistungen nicht Dritten anbieten. Dem Arbeitgeber soll dieser Bereich uneingeschränkt und ohne Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung durch den Arbeitnehmer offen stehen. Dem Arbeitnehmer ist aufgrund des Wettbewerbsverbots nicht nur eine Konkurrenz­­tätigkeit im eigenen Namen und Inte-

resse untersagt. Ihm ist ebenso wenig gestattet, einen Wettbewerber des Arbeitgebers zu unterstützen (BAG vom 23.10.2014 – 2 AZR 644/13 – Juris, Rz. 28 m.w.N.). Das Wettbewerbsverbot gilt regelmäßig während der gesamten rechtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses (BAG a.a.O, Rz. 29). Durch das Wettbewerbsverbot soll erreicht werden, dass dem Arbeitgeber der Marktbereich voll und ohne Gefahr der nachteiligen, zweifelhaften oder zwielichtigen Beeinflussung durch den Arbeitnehmer offen steht (BAG vom 21.11.1996 – 2 AZR 852/95 – Rz. 20 m.w.N.). Bloße Vorbereitungshandlungen erfüllen diese Voraussetzungen regelmäßig nicht.

Eine Konkurrenz­­tätigkeit liegt aber dann nicht vor, wenn die andere Firma die strittige Tätigkeit auf vertraglicher Basis mit dem Arbeitgeber erbringt. Nach § 60 Abs. 1 HGB ist einem kaufmännischen Angestellten der Betrieb eines Handelsgewerbes im Handelszweig des Arbeitgebers ohne dessen Einwilligung nur verboten, soweit der Angestellte und der Arbeitgeber als Wettbewerber auftreten. Arbeitgeber und Arbeitnehmer müssen als Anbieter oder Nachfrage für denselben Kundenkreis in Frage kommen. Geschäfte, die der Handlungsgehilfe mit dem Prinzipal als Anbieter oder Arbeitnehmer schließt, werden von dem Verbot nicht erfasst. Der Arbeitnehmer konkurriert dann nur mit anderen Anbietern, aber nicht mit seinem Arbeitgeber (BAG vom 03.05.1983 – 3 AZR 62/81 – LS 1 und Rz. 29 f).

Die Gesellschafterstellung an einer juristischen Person stellt nicht zwingend eine Konkurrenz­­tätigkeit dar. Das ergibt sich bereits aus der arbeitsvertraglichen Vereinbarung. Maßgeblich ist, dass die Gesellschaft mit der Arbeitgeberin in direktem oder indirektem Wettbewerb steht und durch die eigene Gesellschafterstellung Einfluss auf die Organe dieser Gesellschaft genommen werden kann. Bei reiner Gesellschafterstellung ist dies dann der Fall, wenn die gesellschaftsgerichtliche Beteiligung einen maßgeblichen Einfluss auf den Geschäftsbetrieb der juristischen Person eröffnet (vgl. ErfK/Oetker, 16. Aufl., HGB § 60 Rn. 5).

Darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen eines vertraglichen Wettbewerbsverstoßes ist die Beklagte.

d) Vor diesem rechtlichen Hintergrund liegt hier eine unerlaubte Konkurrenztätigkeit des Klägers vor. Sie ergibt sich bereits allein aus der Beteiligung an der H...-M....

aa) Der Kläger hat mit seinem Anteil von 50 % bestimmenden Einfluss auf die H...-M.... Er kann jederzeit wegen seiner Beteiligung in Höhe von 50 % eine mehrheitliche Meinungsbildung und damit Beschlüsse der Gesellschaft verhindern. Infolge seiner Gesellschaftsbeteiligung muss mit ihm immer eine Einigung über das Vorgehen in Bezug auf die Verfolgung der unternehmerischen Ziele herbeigeführt werden. Der Kläger hat eine Sperrminorität, an die der andere Gesellschafter nicht vorbeikommt. Damit hat er zweifelsfrei objektiv einen maßgeblichen Einfluss auf den Geschäftsbetrieb der H...-M....

bb) Die H...-M... ist auch in demselben Handelszweig wie die Beklagte tätig. Dies ergibt sich ohne weiteres für den Bereich Refurbishment und des Weiteren auch für den Bereich der Veräußerung von gebrauchten technischen Geräten, wie das Geschäft hinsichtlich der gebrauchten Cisco-Modems deutlich macht. Sowohl die Beklagte veräußert derlei Geräte weiter als auch die H...-M....

cc) Die H...-M... ist im Bereich Refurbishment auch nicht nur für die Beklagte tätig geworden. Hiervon ist die Kammer nicht zuletzt unter Beachtung des Internetauftritts sowie der Gesamtumstände überzeugt.

(1) Die H...-M... hat unstreitig im Jahr 2015 vor Ausspruch der Kündigungen neben der Tätigkeit als Subunternehmer für die Beklagte nach eigenem Vorbringen Beratungsleistungen für andere Kunden erbracht und hierfür Rechnungen erstellt. Hierauf verweist sie im Hinblick auf die Behauptung der Beklagten, die nicht auf Subunternehmerleistungen bezogenen Rechnungsnummern bezögen sich auf Konkurrenztätigkeit mit anderen im Bereich Refurbishment. Auch die vom Kläger behaupteten Beratungsleistungen, die sich im Übrigen auch auf dem Internetauftritt befinden, muss die H... M... für Kunden am Markt erkennbar angeboten haben.

(2) Es ist davon auszugehen, dass die H...-M... auch im Bereich Refurbishment schon im Jahr 2015 ihre Leistungen für Kunden erkennbar am Markt angeboten hat.

Auch die Berufungskammer stellt, wie das Arbeitsgericht, auf den Internetauftritt der H...-M... ab. Die Homepage der H...-M... existiert unstreitig schon seit dem 28.08.2014. Auf den Briefkopfbögen der H...-M... wird auf den Internetauftritt unter Angabe der Internetadresse hingewiesen. Das zeigt ein Blick auf alle Rechnungen, die die H...-M... der Beklagten für ihre Tätigkeiten im Jahr 2015 erstellt hat. Nachgewiesen ist hingegen nur der Inhalt des Internetauftritts per Stand 11.02.2016 (screenshots Anlage BK 9, Bl. 100 – 104 d.A.).

(2.1.) Die reine Registrierung bzw. der reine Erwerb einer Internet-Domäne stellt noch keine unzulässige Konkurrenz, vielmehr lediglich eine Vorbereitungshandlung dar (LAG Köln vom 12.04.2005 – 9 Sa 1518/04 – Juris, Rz. 35; ErfK-Oetker, Rz. 6 zu § 60 HGB).

(2.2.) Maßgeblich ist mithin, ob die H...-M..., an der der Kläger zu 50 % beteiligt war, im Internet tatsächlich schon im Jahr 2015 vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung Refurbishment als Leistung uneingeschränkt am Markt angeboten hat. Der Kläger bestreitet die diesbezügliche Behauptung der Beklagten mit Nichtwissen.

(2.3.) Gem. § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Die Erklärung mit Nichtwissen ist, wie aus Wahrheitspflicht und Erklärungslast folgt, nur dann zulässig, wenn der Erklärende tatsächlich keine Kenntnis hat, z.B. weil der Vorgang sich außerhalb seiner Wahrnehmung abspielt. Hat die Partei keine ausreichende Kenntnis, muss sie sich kundig machen, z.B. durch Einsichtnahme in Unterlagen etc.. Führt dies zu keiner Erkenntnis, muss sie den Grund ihrer Unkenntnis darlegen (Zöller/Greger, 30. Aufl.; Rz. 13 f zu § 138 ZPO). Vorgänge im eigenen Geschäfts- oder Verantwortungsbereich sind den „eigenen“ Handlungen und Wahrnehmungen im Sinn von Abs. 4 gleichgestellt. Die Partei muss hier innerhalb desselben Erkundigungen anstellen und kann sich insoweit nicht ihren prozessualen Erklärungspflichten entziehen (Zöller a.a.O, Rz. 16 m.w.N.).

(2.4.) Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist das Arbeitsgericht in nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass das Bestreiten des Klägers mit Nichtwissen

nicht ausreichend und damit unbeachtlich ist. Die diesbezügliche Erklärung des Klägers ist daher wie Nichtbestreiten zu behandeln. Die Homepage existiert seit August 2014. Die H...-M... wurde im Oktober 2014 gegründet. Der Kläger ist seit ihrer Gründung zu 50 % Gesellschafter dieser Firma. Es hätte daher näherer Darlegungen durch den Kläger bedurft, z. B. vor welchem konkreten tatsächlichen Hintergrund er keine Kenntnis vom Inhalt der Homepage im Zeitraum August 2014 bis einschließlich Dezember 2015 gehabt haben will und ihn sich auch nicht im Nachhinein verschaffen kann, was er insoweit bei wem unternommen hat und warum dieses erfolglos war. Als Gesellschafter kann er ohne Weiteres Informationen von der Gesellschaft über deren Geschäftsfeld und damit einhergehend deren Internetpräsenz erfahren. Vor diesem Hintergrund wertet die Berufungskammer sein Bestreiten mit Nichtwissen als nicht ausreichend und damit nicht glaubhaft. Die Behauptung der Beklagten, die H...-M... habe schon 2015 im Internet auf ihrer Homepage Refurbishmentleistungen angeboten, gilt mithin als unbestritten.

(2.5.) Zur Überzeugung auch der Berufungskammer steht daher fest, dass die H...-M... nicht erst ab 2016 Refurbishmentleistungen auf dem allgemeinen Markt angeboten hat, sondern diese – wie auch die Beratungsleistungen - bereits im Jahr 2015, vor Ausspruch der Kündigung. Damit hat der Kläger mit seiner 50%-Beteiligung an der H...-M... verbotswidrig ohne Einwilligung der Beklagten im selben Kundenkreis wie sein Arbeitgeber agiert und mit seinem Arbeitgeber konkurriert. Er hat mithin gegen § 13 Ziff. 1.1 des Arbeitsvertrages verstoßen und seine vertragliche Rücksichtnahmepflicht verletzt.

e) Angesichts dessen kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger sich weitere arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen zu Schulden kommen lassen hat. Ebenso kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob er weitere Wettbewerbsverstöße in Bezug auf die S... GmbH begangen hat. Es spricht allerdings sehr viel dafür, dass der Kläger bei Würdigung des Konglomerats all seiner ab September 2015 und damit auch während der Kündigungsfrist entfalteteten Aktivitäten im Zusammenhang mit der Gründung der S... die Grenzen zulässiger Vorbereitungshandlungen überschritten und auch insoweit verbotswidrigen Wettbewerb begangen hat.

3. Auch die vom Arbeitsgericht vorgenommene Interessenabwägung ist nicht zu beanstanden. Der Beklagten war nicht zuzumuten, das bereits zum 31.12.2015 gekündigte Arbeitsverhältnis des Klägers noch für die letzten zwei Wochen fortzusetzen. Das gilt auch angesichts der in diesen Zeitraum fallenden Weihnachtsfeiertage und des Vorhandenseins von Resturlaubsansprüchen.

Der Kläger hat als Prokurist agiert. Diese Tätigkeit erfordert uneingeschränktes Vertrauen zu seiner Person. Der Kläger hat aber gut ein Jahr lang der Beklagten seine Beteiligung an der Konkurrenzfirma verschwiegen. Er hat mit dieser als Prokurist der Beklagten diverse Geschäfte eingefädelt und abgewickelt. Häufig waren dabei die Arbeitnehmer involviert, deren Arbeitsverhältnisse zum Zwecke des Wechsels zur in Gründung befindlichen S... GmbH zeitgleich mit dem des Klägers fristgemäß gekündigt wurden. Die Beklagte war anscheinend arglos. Der Kläger war während des Laufes der Kündigungsfrist seit Mitte November nicht nur über die H...-M... an der S... GmbH beteiligt, vielmehr auch ausweislich des zur Akte gereichten E-Mail-Verkehrs in Bezug auf die S... GmbH in die intensiven Vorbereitungsaktivitäten involviert. Nach der Überzeugung der Kammer hat er das Vertrauen der Beklagten in seine Loyalität als Prokurist der Firma über Monate hinweg langanhaltend und zielgerichtet strapaziert und teils missbraucht. Der Beklagten war es daher auch unter Berücksichtigung der langjährigen Betriebszugehörigkeit des Klägers nicht zumutbar, das Arbeitsverhältnis auch nur einen Tag länger bestehen zu lassen. Bei Aufrechterhaltung der vertraglichen Bande bis zum 31.12.2015 hätte sie trotz des Vertrauensbruchs des Klägers und der Verletzung aller Rücksichtnahmepflichten diesem auch noch zusätzlich eine Karenzentschädigung in einem Umfang von annähernd EUR 35.000,- zahlen müssen. Letztendlich musste sie sich nach der Überzeugung der Kammer weder objektiv noch subjektiv für weitere zwei Wochen der Gefahr weiterer Pflichtverletzungen des Klägers, dem als Prokurist alles zugänglich war, aussetzen.

Im Übrigen wird auf die abwägenden Ausführungen des Arbeitsgerichts verwiesen.

4. Die Beklagte hat auch die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Mit der Berufung auf die Konkurrenztaetigkeit hat sie einen Dauertatbestand geltend gemacht, der sich fortlaufend neu verwirklicht (BAG, 22. Oktober 2015 – 2 AZR 569/14 – Rn.

59, juris). Diese Konkurrenzsituation erneuerte sich durch den Fortbestand der Gesellschafterstellung des Klägers fortlaufend.

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Beklagte nach Schöpfung des ersten Verdachts im November 2015 noch weiter ermittelt und erst nach Erhalt der Mitteilung von C... und der Registerauszüge die außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat. Im November bestand allenfalls ein Anfangsverdacht. Die Beklagte hat jedoch keine Verdachtskündigung ausgesprochen. Hierzu ist sie nicht verpflichtet. Jedes Arbeitsgericht hätte einem Arbeitgeber, der sofort gekündigt hätte, fehlende Sachverhaltsaufklärung vorgehalten. Die Beklagte hat vorgebracht, dass der neue Prokurist auf Ungereimtheiten gestoßen ist und insoweit weitere Recherchen ausgelöst und durchgeführt hat. Weitergehende Anforderungen an ihre Darlegungslast in Bezug darauf, was sie wann wie im Detail ermittelt hat, sind entgegen der Ansicht des Klägers nicht zu stellen. Der Geschäftsführer hat unstreitig erst nach Eingang der Unterlagen vom 10.12.2015 abschließende Kenntnis von den Vorgängen erhalten.

Die Voraussetzungen der Verwirkung des Rechts zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung liegen ebenfalls nicht vor. Das hat das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt. Eine Verwirkung kommt vorliegend nicht in Betracht. Auf BAG vom 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – Rz. 17 f wird verwiesen.

A. II. Der Zahlungsantrag des Klägers auf restliche Vergütung für Dezember 2015 einschließlich Urlaubsabgeltung und Tantiemeauszahlung ist im Ergebnis ebenfalls unbegründet.

1. Da das Arbeitsverhältnis wirksam zum 14.12.2015 gekündigt worden ist, besteht auch nur ein Anspruch auf anteilige Vergütung für den Zeitraum 01.01.2015 bis einschließlich 14.12.2015. Er ergibt sich der rechnerisch richtige Betrag von 3.464,64 Euro brutto. Des Weiteren hat der Kläger einen unstreitigen Anspruch auf Urlaubsabgeltung in Höhe von 1.090,91 Euro brutto. Es ergibt sich der ausgeurteilte, von der Beklagten zu zahlende Betrag in Höhe von 4.555,55 Euro brutto. Den hatte die Beklagte an den Kläger noch zu zahlen.

2. Weitere Auszahlungsansprüche hat der Kläger nicht.

a) Die Beklagte durfte, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, den Anspruch auf Tantieme von 6.000,00 Euro nicht mit der dem Kläger zustehenden anteiligen Dezembervergütung verrechnen. Der in § 3 Ziff. 1.4. arbeitsvertraglich vereinbarte rückwirkende Wegfall der Tantieme ist unwirksam. Eine Tantieme in Form einer Gewinnbeteiligung ist Teil des Arbeitsentgelts, steht also im Austauschverhältnis. Sie ist zusätzliche Vergütung. Eine Vereinbarung, wonach der Tantiemeanspruch bei Ausscheiden des Arbeitnehmers insgesamt entfällt, ist daher rechtswidrig (BAG vom 13.11.2013 – 10 AZR 484/12 – Rz. 23 m.w.N; Schaub-Linck, Arbeitsrechtshandbuch, § 77 Rz. 8 m.w.N.).

b) Soweit der Kläger aber in der Berufungsbegründung meint, die Tantieme in Höhe von 6.000,00 Euro sei noch zu titulieren, unterliegt er einem Denkfehler. Infolge der auch im erstinstanzlichen Urteil festgestellten Unwirksamkeit der Aufrechnung mit der anteilig geschuldeten Dezembervergütung verbleibt der auf die Tantieme von 6.000,00 Euro an den Kläger gezahlte Nettobetrag von 3.795,05 Euro bei diesem. Die Abzüge und Steuern hierauf sind abgeführt. Die eingeklagte Forderung des Klägers ist daher erfüllt. Die anteilige Dezembervergütung ist aber zusätzlich zu zahlen. Das ist infolge der Aufrechnung zu Unrecht noch nicht geschehen. Gemäß der Tenorierung hat die Beklagte daher nur noch die Dezembervergütung von 4.555,55 Euro brutto an den Kläger auszus zahlen.

A. III. Der Zahlungsantrag des Klägers auf Karenzentschädigung bis einschließlich 18.09.2016 ist unbegründet. Die diesbezügliche Klagerweiterung im Berufungsverfahren um die Monate Juni 2016 bis einschließlich 18.09.2016 ist zwar sachdienlich im Sinne des § 264 ZPO, jedoch auch für diese Monate unbegründet. Der Kläger hat, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, infolge der wirksamen außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 14.12.2015 keinen Anspruch auf Karenzentschädigung. Die Beklagte hat sich gem. § 75 Abs. 3 HGB in Verbindung mit § 75 Abs. 1 HGB wirksam vom Wettbewerbsverbot losgesagt. Der zuvor von ihr mit Ausspruch der vom Kläger erbetenen fristgemäßen Kündigung erklärte Verzicht auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot steht der Lossagung nach wirksamer fristloser

Kündigung nicht entgegen. Der Kläger vermischt die Folgen eines Verzichts auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot mit den Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Verstoß gegen ein vertragliches Wettbewerbsverbot, das zur vorzeitigen Kündigung aus wichtigem Grund und zur Möglichkeit der Loslösung führt. Auf BAG vom 17.02.1987, 3 AZR 59/86 – RZ 14 und BAG vom 19.05.1998, 9 AZR 327/86 – Rz. 16 wird verwiesen.

B. I. Auf die Widerklage ist der Kläger zu Recht zur Zahlung **einer Vertragsstrafe** von 26.5414,56 Euro verurteilt worden.

1. Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der vertraglichen Formularregelung im Sinne der §§ 305 ff BGB sind nicht ersichtlich. Auf das erstinstanzliche Urteil wird verwiesen. Die Berufungsbegründung des Klägers enthält hierzu auch keinen Vortrag, der sich mit der erstinstanzlichen Entscheidung auseinandersetzt.

2. Die Vertragsstrafe ist angefallen. Die Voraussetzungen der arbeitsvertraglichen Vertragsstrafenregelung des § 13 Ziff. 1.5 liegen hier auch vor. Die Vertragsstrafe ist danach für jeden Fall des Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot zu zahlen. Das Wettbewerbsverbot ist in § 13 Ziff. 1.1 des Arbeitsvertrages geregelt. Dort ist ausdrücklich aufgeführt, dass neben der aktiven Tätigkeit für ein Wettbewerbsunternehmen auch die Errichtung und Beteiligung an einem solchen als Wettbewerbsverstoß angesehen wird. Soweit der Kläger dieses mit Blick auf den letzten Satz der Ziff. 1.5. nur auf aktive Wettbewerbstätigkeiten zu reduzieren versucht, reißt er diesen Satz aus dem gesamten Kontext des § 13 des Arbeitsvertrages. Das widerspricht allen Auslegungsgrundsätzen im Sinne der §§ 133, 157 BGB. Im Übrigen wird auch hier auf das erstinstanzliche Urteil verwiesen.

II. Soweit für das Berufungsverfahren noch von Bedeutung, ist der Kläger auch zu Recht zur Erteilung einer **Auskunft** darüber verurteilt worden, an welchen Kapitalgesellschaften er während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ungeachtet der H...-M... und der S... GmbH mittelbar oder unmittelbar beteiligt war. Auf die diesbezüglichen Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils wird verwiesen. Dem ist nichts hin-

zuzufügen. Das gilt auch in Bezug auf die nach Ansicht des Klägers eingetretene Verjährung. Damit ist auch die den Kläger treffende Kostenfolge korrekt.

C. Der Kläger hat zur Abwendung der Zwangsvollstreckung an die Beklagte die titulierte Forderung gezahlt. Die Verurteilung zur Zahlung ist zu Recht erfolgt. Damit ist der **Wider-Widerklage** nach § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO der Erfolg versagt.

D. Aus den genannten Gründen war die Berufung des Klägers in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor. Vorliegend handelt es sich ausschließlich um eine Einzelfallentscheidung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...