
Datum: 04.09.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 14. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 14 SaGa 9/12
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0904.14SAGA9.12.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Dortmund, 7 Ga 23/12
Schlagworte: Arbeitnehmer, außerordentliche Kündigung, berechtigtes geschäftliches Interesse, Beweislast, Darlegungslast, einstweilige Verfügung, Treu Und Glauben, unzulässige Rechtsausübung, Wettbewerbsverbot, wichtiger Grund, Wirksamkeit einer Kündigung
Normen: § 242 BGB, § 626 Abs. 1 BGB, §§ 74 ff. HGB, § 286 ZPO, § 294 ZPO

Leitsätze:

1. Ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung und die Feststellung des dafür not-wendigen Verfügungsanspruches davon abhängig, dass über die Wirksamkeit der von einer Partei ausgesprochenen Kündigung zu befinden ist, findet wie im einstweiligen Verfügungsverfahren allgemein eine gegenüber dem Hauptsacheverfahren im Umfang nicht eingeschränkte rechtliche Prüfung statt.
2. Die Darlegungs- und Beweislast bzw. die Glaubhaftmachungslast hinsichtlich der für die Beurteilung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung maßgeblichen Tatsachen trägt derjenige, der aus der Wirksamkeit einer Kündigung für sich günstige Rechtsfolgen ableitet. Auch für den Fall, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, der fristlos gekündigt hat, auf Unterlassung von Wettbewerb in Anspruch nimmt, trägt der Arbeitnehmer deshalb die Last der Darlegung und Glaubhaftmachung (entgegen LAG Hamm, 7. April 1983, 8 Ta 41/83, EZA ZPO § 935 Nr. 1).

3. Der Arbeitnehmer muss es nicht hinnehmen, dass sein Arbeitgeber als Reaktion auf seine Kündigung ihn, dessen Vergütung zur Hälfte und darüber hinaus aus Provision besteht, unberechtigt freistellt und sodann den Lohn nicht in vollem Umfang oder gar nicht zahlt, in dem er Kürzungen ohne sachlichen Grund vornimmt oder überwiegend unberechtigte Ansprüche geltend macht. Kommt aufgrund der Summe der arbeitgeberseitigen Handlungen der Arbeitnehmer zu dem berechtigten Eindruck, sein Arbeitgeber werde sich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses insbesondere im Hinblick auf die Zahlungspflichten nicht vertragsgerecht verhalten, kann dies den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers auch ohne Abmahnung rechtfertigen.

4. Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen berechtigten Anlass zur außerordentlichen Kündigung gibt, rechtfertigt allein die Möglichkeit für den Arbeitnehmer, seine Absicht eines frühzeitigen Wechsels zur Konkurrenz nunmehr in die Tat umzusetzen, es nicht, den Ausspruch der Kündigung als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom

1. Juni 2012 (1 Ga 23/12) abgeändert.

Die Anträge der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung werden zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Revision ist nicht zulässig.

Tatbestand

1

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung die Unterlassung von Wettbewerb.

2

Der am 3. Mai 1958 geborene, verheiratete Beklagte war seit dem 1. Januar 1998 bei der Klägerin angestellt. Bei der Klägerin handelt es sich um ein beratungsorientiertes IT-Unternehmen mit Schwerpunkt Server, Storage, Backup, Recovery, Konsolidierung und Virtualisierung. Sie beschäftigt sieben bis acht Mitarbeiter. Zur Zeit der Tätigkeit des

3

Beklagten waren mit ihm drei Personen im Vertrieb beschäftigt. Er war zunächst Vertriebsbeauftragter, ab dem 1. April 1999 Vertriebsleiter. Grundlage war ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 24. Oktober 1997 (Bl. 72 ff. d. A.), der unter anderem folgende Regelungen enthält:

§ 4 Vergütung	4
I. Der Arbeitnehmer erhält für seine vertragliche Tätigkeit ein monatliches Bruttogehalt von 5 DM 5.000,00 als fixen Anteil. Die Vergütung ist jeweils am Letzten eines Monats fällig.	
II. Zusätzlich wird ein 13. Monatsgehalt je zur Hälfte zur Urlaubszeit und zur Weihnachtszeit ausbezahlt.	
III. Die Zahlung eines Provisionsabschlages wird mit einer gesonderten Vereinbarung geregelt. ...	7
§ 8 Nebenleistungen	8
I. Für Reisen, die im Interesse der Firma notwendig werden, erhält der Mitarbeiter vom Arbeitgeber ein haftpflicht- und vollkaskoversichertes Fahrzeug zur Verfügung gestellt. Der Mitarbeiter erhält zusätzlich für Dienstreisen einen Betriebskostenzuschuss von DM 200,--.	9
II. Der Mitarbeiter ist allein für die Wartung seines Fahrzeugs verantwortlich und sorgt für die Einhaltung von Inspektions- und Wartungsterminen.	10
III. Entsteht dem Arbeitnehmer Schaden bei einer Privatfahrt, so hat er keinen Ersatzanspruch gegen A1. Den materiellen Schaden, der auf einer Dienstreise entsteht, trägt der Arbeitnehmer bei grobem Verschulden und Vorsatz selbst. In den übrigen Fällen wird der Sachschaden des Arbeitnehmers nach den Grundsätzen der gefahrgeneigten Arbeit zwischen A1 und dem Arbeitnehmer geregelt. ...	11
§ 13 Wettbewerbsverbot	12
I. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, für die Dauer von ½ Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der BRD weder für ein Konkurrenzunternehmen tätig zu sein, noch unmittelbar oder mittelbar an der Gründung oder im Betrieb eines solchen Unternehmens mitzuwirken.	13
II. Für die Dauer des Wettbewerbsverbotes zahlt die Firma dem Arbeitnehmer 50 % der zuletzt vertragsmäßig bezogenen Leistungen.	14
III. Im Übrigen gelten die Vorschriften des § 74 ff. HGB.	15
IV. Als Konkurrenzunternehmen gelten Unternehmen mit Angebotsschwerpunkt Dienstleistungen UNIX/Datenbank-Administration sowie Unternehmen mit Angebotsschwerpunkt Handel von Hard- und Software der Fa. I1 bzw. der Fa. O1. ...	16
Die Provisionsvereinbarung vom 24. Oktober 1997 (vgl. Bl. 10 d. A. des Hauptsacheverfahrens 7 Ca 97/12) enthält u. a. folgende Regelung:	17
Der Arbeitnehmer erhält ein monatliches leistungsbezogenes Gehalt, bestehend aus einem fixen Anteil und einem veränderlichen Anteil. Der fixe Anteil beträgt DM 7.000,-- während der Probezeit und nach deren Ablauf DM 5.000,--.	18

Nach der Probezeit erhält der Arbeitnehmer einen monatlichen Abschlag auf zu erwartende 19
Provisionszahlungen von DM 2.000,--. Diese Abschlagszahlungen werden zum Jahresende
mit den erzielten Provisionsansprüchen verrechnet.

Der Provisionsbetrag wird auf der Grundlage von Zielvorgaben ermittelt. Die Zielvorgaben 20
gelten - wenn nichts anderes vereinbart - für ein Zeitjahr und werden innerhalb des ersten
Quartals festgelegt. ...

Nach einer Zusatzvereinbarung vom 6. April 2005 (vgl. Bl. 15 d. A. 7 Ca 97/12) betrug der 21
monatliche Provisionsabschlag 2.600,00 Euro. Als monatliches Gehalt zahlte die Klägerin
zuletzt 2.548,87 Euro (= 4.985,16 DM). Der geldwerte Vorteil für den auch zur Privatnutzung
überlassenen Dienstwagen wurde mit monatlich insgesamt 360,63 Euro brutto (234,00 Euro
Dienstwagen, 146,36 Euro Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte) von der Klägerin
abgerechnet. Hinzu kamen Leistungen zur betrieblichen Altersversorgung in Höhe von
229,15 Euro brutto, wobei 209,51 Euro brutto aus einem Gehaltsverzicht des Beklagten
resultierten. Des Weiteren zahlte die Klägerin 102,26 Euro brutto für Beiträge zu einer
Unterstützungskasse, so dass der Beklagte insgesamt ein monatliches Bruttoeinkommen von
5.631,13 Euro regelmäßig erhielt. Die Klägerin zahlte darüber hinaus monatlich 286,51 Euro
netto zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung des Beklagten. Nach Abzug von Steuern,
Beiträgen zur Renten- sowie Arbeitslosenversicherung sowie der o. g. Beträge für Kranken-
und Pflegeversicherung, für betriebliche Altersversorgung, für die Privatnutzung des
Dienstwagens und die Unterstützungskasse verblieb ein monatliches Nettoeinkommen von
3.134,89 Euro (wegen der weiteren Einzelheiten vgl. Ablichtung der Abrechnung für
November 2011, Bl. 17 d. A. 7 Ca 97/12).

Unter dem 12. November 2003 vereinbarten die Parteien einen "Kfz-Überlassungsvertrag" 22
(vgl. Bl. 11 ff. d. A. 7 Ca 97/12). Dieser sah in § 4 Abs. 2 vor, dass Privatfahrten dem
Beklagten bis auf Widerruf gestattet seien und die Gestattung der privaten Nutzung des Kfz
jederzeit widerruflich sei. § 8 des Vertrags lautet wie folgt:

§ 8 Widerruf der Überlassung 23

(1) Die A1 kann die Überlassung des Kfz jederzeit mit einer Ankündigungsfrist von 5 Tagen 24
ohne Angabe von Gründen widerrufen. Ein Zurückbehaltungsrecht des Mitarbeiters an dem
Kfz ist ausgeschlossen. Im Falle eines solchen Widerrufs ist ein auf den Namen des
Mitarbeiters lautender Schadensfreiheitsrabatt, den dieser auf die A1 übertragen hat, an den
Mitarbeiter unverzüglich zurück zu übertragen.

(2) Soweit die A1 die Überlassung des Kfz widerruft, entfällt auch die Privatnutzung des Kfz 25
entschädigungslos.

(3) Wird das Arbeitsverhältnis gekündigt oder in sonstiger Weise beendet, kann der 26
Mitarbeiter von der Arbeitsleistung freigestellt werden. Er hat dann das Kfz auf Verlangen ab
dem Beginn der Freistellung herauszugeben. Einen Anspruch auf Ersatz für die entgehende
Privatnutzung besteht nicht. Entsprechendes gilt für den Zeitraum des Urlaubs sowie eines
etwaigen Erziehungsurlaubes des Mitarbeiters für die Dauer des Urlaubs bzw.
Erziehungsurlaubes. ...

Mit Schreiben vom 4. Dezember 2011 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis unter 27
Einhaltung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist zum 30. Juni 2012. Am 12. Dezember
2011 gab er die ihm überlassenen Gegenstände wie Büroschlüssel, Diensthandy, Laptop etc.
ab. Ab dem 13. Dezember 2011 wurde er von der Erbringung seiner Arbeitsleistung

freigestellt. Am 16. Dezember 2011 gab er seinen Dienstwagen an die Klägerin heraus. In diesem Zusammenhang wurde zwischen den Parteien das Thema der Provisionszahlung angesprochen, wobei die Einzelheiten hierzu streitig sind.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2011 (vgl. Bl. 81 f. d. A.) bot der Beklagte vertreten durch seinen Rechtsanwalt seine Arbeitskraft an, verlangte auf der Grundlage des Durchschnitts der Provisionen der Jahre 2010 und 2011 (bis November 2011) die Fortzahlung der Vergütung in Höhe von 7.340,00 Euro brutto sowie die Zahlung einer Entschädigung für den Entzug des Dienstwagens von 360,36 Euro brutto. Am Ende des Schreibens heißt es: 28

Sollte eine Zahlung - wie von Ihnen angekündigt - nicht entsprechend den obigen Ausführungen erfolgen, sind wir gehalten, unserem Mandanten zur klageweisen Geltendmachung zu raten. An einer gerichtlichen Auseinandersetzung dürfte keiner der Parteien gelegen sein. 29

Für den Monat Dezember 2011 rechnete die Klägerin einen Gesamtbruttobetrag von 3.921,85 Euro ab. Zwar wurde zusätzlich zu dem im November 2011 gezahlten Gehalt ein Betrag von 1.300,00 Euro brutto als hälftiges 13. Monatseinkommen gezahlt, zugleich aber unter der Bezeichnung "Prämie Abschlussrechnung" ein Betrag von 3.009,28 Euro brutto abgezogen. Unter Berücksichtigung der o. g. Nettoabzüge erhielt der Beklagte einschließlich eines bereits gezahlten Vorschusses insgesamt 2.254,37 Euro netto in diesem Monat ausgezahlt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Abrechnung für diesen Monat vom 21. Dezember 2011 (Bl. 187 d. A.) verwiesen. Die Auszahlung des nach Abzug des Vorschusses verbleibenden Nettobetrages von 1.604,37 Euro erfolgte am 28. Dezember 2011. Der Beklagte erhob daraufhin am 6. Januar 2012 u. a. Klage auf Zahlung von restlicher Vergütung für Dezember 2011, wobei er mit Schriftsatz vom 25. Januar 2012 nur noch den vorgenannten Bruttoabzug von 3.009,28 Euro sowie 192,19 Euro netto für den Zeitraum, in dem er den Dienstwagen im Monat Dezember 2011 nicht nutzen konnte, verlangte. 30

Den Abzug von 3.009,28 Euro brutto begründete die Klägerin im Hauptsacheverfahren damit, dass per 20. Dezember 2011 ein entsprechender Provisionsminderverdienst gegenüber den erhaltenen Abschlagszahlungen im Jahr 2011 bestanden habe (vgl. die im Gütetermin vom 14. Februar 2012 vom Geschäftsführer der Klägerin zur Gerichtsakte überreichte Provisionsabrechnung "Stand 20.12.2011", Bl. 56 ff. d. A. 7 Ca 97/12). Mit Schriftsatz vom 2. März 2012 überreichte die Klägerin im Hauptsacheverfahren eine weitere Provisionsabrechnung zum 31. Dezember 2011, wonach sich für den Beklagten über die im Jahr 2011 erhaltenen Vorschüsse von monatlich 2.600,00 Euro brutto hinaus noch ein Provisionsanspruch in Höhe von 2.619,44 Euro brutto ergab (vgl. Bl. 86 ff. d. A. 7 Ca 97/12). 31

Für den Monat Januar 2012 leistete die Klägerin keine Zahlung. Mit Schriftsatz vom 2. Februar 2012 erweiterte der Beklagte deswegen seine Klage im Hauptsacheverfahren um die Zahlung von Vergütung in Höhe von 7.700,36 Euro brutto für den Monat Januar 2012. Die Klägerin begründete ihren Klageabweisungsantrag mit Schriftsatz vom 10. Februar 2012 unter anderem damit, dass der Beklagte ihr einen Schaden von rund 10.200,00 Euro verursacht habe. Hintergrund war folgender Sachverhalt: 32

Unter dem 5. August 2011 bot der Beklagte namens der Klägerin ihrem wichtigsten Kunden, der Fa. M1 & Company Inc. in D1, zwei IBM-Storage Systeme N 3300 und N 3400 für deren Standort in Belgien an. Der Preis betrug ohne Mehrwertsteuer 12.000,00 Euro für das System N 3300 sowie 25.000,00 Euro für das System N 3400. Mit E-Mail vom 5. September 2011 bestellte der Kunde zwei Systeme N 3400 zu je 25.000,00 Euro. Unter dem 6. September 2011 übersandte der Beklagte dem Kunden eine Auftragsbestätigung, die inhaltlich seinem 33

ursprünglichen Angebot für die beiden Systeme N 3300 und N 3400 entsprach. Entsprechend bestellte er diese bei dem Lieferanten der Klägerin, das Storage-System N 3300 zu einem Preis von 10.188,57 Euro (ohne Mehrwertsteuer). Die Lieferung erfolgte am 7. Oktober 2011, wobei der Beklagte die Rechnung freigab. Der Kunde nahm das System N 3300 nicht ab. Der Beklagte hatte für den 13. Dezember 2011, dem Tag seiner Freistellung, noch einen Termin mit dem Kunden vereinbart, um über die Übernahme des Geräts zu sprechen. Hierzu kam es jedoch nicht mehr. Unter dem 29. Februar 2012 teilte der Kunde der Klägerin mit, dass er ein weiteres System nicht abnehmen werde.

Bis zum 14. Februar 2012 erfolgten keine weiteren Zahlungen der Klägerin an den Beklagten. Im Güetermin des Hauptsacheverfahrens an diesem Tag kam es weder zu einem Vergleich noch erfolgten Vereinbarungen bezüglich der Zahlung ausstehender Vergütung. 34

Mit Schreiben vom 14. Februar 2012, der Klägerin am selben Tage zugegangen, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos aus wichtigem Grund und erklärte "nach § 75 Abs. 1 HGB", dass er sich "an das sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Wettbewerbsverbot nicht gebunden erachte" (vgl. Bl. 10 d. A.). Die Aufforderung der Klägerin mit Schreiben vom 28. Februar 2012, die Kündigung für gegenstandslos zu erklären, wies der Beklagte mit Schreiben vom 2. März 2012 zurück und lehnte es ab, am 5. März 2012 seine Tätigkeit bei ihr wieder aufzunehmen. Daraufhin erhob die Klägerin am 14. März 2012 im Hauptsacheverfahren Widerklage mit dem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 14. Februar 2012. Eine erneute Klageerweiterung des Beklagten im Hauptsacheverfahren vom 23. März 2012 hatte die Vergütung bis zum 14. Februar 2012 in Höhe von 3.717,42 Euro brutto zum Gegenstand. 35

Am 20. April 2012 erfuhr die Klägerin von ihrem langjährigen Kunden, dem S1-H1 Z1 in F1, dass der Beklagte für das Konkurrenzunternehmen F2 & M2 Software und Computervertrieb GmbH (im Folgenden: Fa. F2 & M2) tätig war und Kontakt zu diesem von ihm früher bei der Klägerin betreuten Kunden aufgenommen hatte. Mit Schreiben vom 27. April 2012 forderte die Klägerin den Beklagten auf, die Konkurrenztätigkeit zu unterlassen und dies innerhalb einer Woche zu bestätigen. Mit dem am 8. Mai 2012 eingegangenen Schreiben vom Vortag erklärte der Beklagte, dass die Bindung an ein Wettbewerbsverbot nicht mehr bestehe. 36

Mit dem am 16. Mai 2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat die Klägerin den Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung der Konkurrenztätigkeit, insbesondere für die Fa. F2 & M2 in Anspruch genommen. In der auf den 1. Juni 2012 anberaumten Verhandlung überreichte der Beklagte der Klägerin eine weitere schriftliche fristlose Kündigung einschließlich der Lossagung vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Darüber hinaus trug er vor, dass er zunächst in seinen ursprünglichen Bereich der optischen Prüf- und Messtechnik habe zurückgehen wollen und die Tätigkeit bei der Konkurrenzfirma nur als Notnagel angesichts der ausbleibenden Zahlungen der Klägerin aufgenommen habe. Die Klägerin erwiderte hierauf, dass man auf dem Dienstlaptop des Beklagten einen Vertragsentwurf vom 21. Oktober 2011 für eine Tätigkeit bei der Fa. F2 & M2 als "Teamleiter Vertrieb" für die Zeit ab 1. Juli 2012 oder früher vorgefunden habe. 37

Nach Erhalt der zweiten fristlosen Kündigung zahlte die Klägerin die bis 14. Februar 2012 rückständige Vergütung von rund 6.100,00 Euro netto dem Beklagten direkt aus. Des Weiteren erhob sie im Hauptsacheverfahren Widerklage auf Zahlung von Schadenersatz in Höhe 10.188,59 Euro und Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung des Beklagten vom 1. Juni 2012. Das Arbeitsgericht hat im Hauptsacheverfahren durch Teilurteil vom 26. Juni 2012 die Unwirksamkeit der beiden fristlosen Kündigungen des Beklagten festgestellt, hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt (LAG Hamm, 11 Sa 974/12) 38

- Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass die beiden fristlosen Kündigungen des Beklagten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unwirksam seien. Der Zahlungsrückstand sei im Hinblick auf den geltend gemachten Schadensersatzanspruch und unter Berücksichtigung der Pfändungsfreigrenzen vergleichsweise gering gewesen, so dass ein zweiwöchiger Zahlungsverzug eine fristlose Kündigung insbesondere ohne Abmahnung nicht rechtfertigen könne. Dem Beklagten sei es mit seinen Kündigungen ausschließlich darum gegangen, das bestehende Wettbewerbsverbot zu beseitigen. Zur Vermeidung schwerer wirtschaftlicher Schäden bedürfe es einer einstweiligen Verfügung. 39
- Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt zusammengefasst beantragt, dem Beklagten aufzugeben, es zu unterlassen, bis zum 31. Dezember 2012 für ein mit der Klägerin in Wettbewerb stehendes Unternehmen, insbesondere für die Fa. F2 & M2 tätig zu werden, die Tätigkeit für diese Firma einzustellen, ein Ordnungsgeld für den Fall einer Zuwiderhandlung hiergegen anzudrohen und den Beklagten zur Bestellung einer Sicherheit für die im Falle einer Zuwiderhandlung entstehenden Schäden zu verurteilen. 40
- Der Beklagte hat die Zurückweisung der Anträge begehrt und die Ansicht vertreten, dass er angesichts der fehlenden Vergütungszahlung seitens der Klägerin zum Ausspruch der fristlosen Kündigungen und zur Lossagung vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot berechtigt gewesen sei. Angesichts der bis Februar 2012 aufgelaufenen Rückstände von rund 16.000,00 Euro und der bei einer Fortsetzung dieses Verhaltens bis Juni 2012 zu erwartenden Rückstände von weit über 50.000,00 Euro habe der Beklagte unter Berücksichtigung des Risikos von Zahlungsunfähigkeit und Insolvenz der Klägerin sich um eine anderweitige Tätigkeit bemühen müssen. Den Vertragsentwurf der Fa. F2 & M2 habe er an sich nicht annehmen wollen, sei dann aber angesichts des Zahlungsverzuges doch darauf eingegangen. Im Übrigen habe er vor Ausspruch der ordentlichen Kündigung seinen Marktwert testen wollen. 41
- Das Arbeitsgericht hat durch die hier angefochtene Entscheidung vom 1. Juni 2012 dem Beklagten aufgegeben, seine Tätigkeit für die Fa. F2 & M2 bis zum 30. Juni 2012 einzustellen, es darüber hinaus zu unterlassen, bis zur Entscheidung in der Hauptsache, längstens bis zum 31. Dezember 2012 in Deutschland für diese Firma tätig zu sein und für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen eines dieser beiden Verbote ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten angedroht. Die weitergehenden Anträge hat es zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, für die Zeit bis zum 30. Juni 2012 ergebe sich der Verfügungsanspruch aus dem Rechtsgedanken des § 60 HGB, denn die Klägerin habe zur Überzeugung der Kammer glaubhaft gemacht, dass die fristlosen Kündigungen des Beklagten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unwirksam seien. Die am 14. Februar 2012 lediglich mit dem unpfändbaren und damit vergleichsweise geringen Teil erstmals seit dreizehn Jahren ausgebliebene Gehaltszahlung für einen Monat stelle ohne vorherige Abmahnung noch keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung dar. Die fristlose Kündigung vom 1. Juni 2012 sei trotz weiterer Vergütungsrückstände für die Zeit vom 1. bis 14. Februar 2012 unwirksam, weil der Beklagte von Anfang an geplant habe, vor Ablauf des Wettbewerbsverbots bei der Fa. F2 & M2 tätig zu werden. Sofern er nun den Zahlungsverzug der Klägerin zum Anlass nehme, eine fristlose Kündigung auszusprechen und sich von dem Wettbewerbsverbot loszusagen, sei dies rechtsmissbräuchlich. Für die Zeit bis zum 31. Dezember 2012 bestehe ein wirksam vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot, von dem sich der Beklagte nicht nach § 75 Abs. 1 HGB wirksam habe lossagen können. Wegen der weiteren Einzelheiten zur Begründung wird auf die Gründe angefochtene Entscheidung (Seite 9 - 18 des Urteils, Bl. 123 ff. d. A.) Bezug genommen. 42

Das Urteil wurde dem Beklagten am 5. Juni 2012 zugestellt. Hiergegen richtet sich die am 22. Juni 2012 eingelegte und mit dem am 5. Juli 2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung des Beklagten. 43

Der Beklagte ist der Auffassung, dass seine fristlose Kündigung vom 14. Februar 2012 wirksam ist, so dass weder ein vertragliches Wettbewerbsverbot bis zum 30. Juni 2012 noch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot bis 31. Dezember 2012 bestehe und der Ausübung einer Tätigkeit für die Fa. F2 & M2 entgegenstehen könne. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung habe sich die Klägerin nach seiner Berechnung mit einem Bruttobetrag in Höhe von 14.672,61 Euro für die Monate Dezember 2011 und Januar 2012 in Verzug befunden. Zudem habe der Geschäftsführer der Klägerin in dem aus Anlass der Freistellung geführten Gespräch erklärt, dass der Beklagte zukünftig nur noch das vereinbarte Grundgehalt in Höhe von 2.500,00 Euro brutto erhalten werde, und angedeutet, dass keine Entschädigung für den Wegfall der Privatnutzung des Dienstwagens gezahlt werde. Selbst unter Berücksichtigung des - jedoch evident nicht in Betracht kommenden - Schadensersatzanspruches verbleibe immerhin noch eine Differenz von rund 4.484,04 Euro netto, die rechtswidrig trotz Pfändungsfreiheit einbehalten worden sei. Vor dem Hintergrund, dass es sich um eine vorsätzliche Nichtzahlung der Vergütung handele, welche die schwerste Form der Pflichtverletzung des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag darstelle, sei deren Hinnahme erkennbar ausgeschlossen. Vor dem Hintergrund des weiteren Verhaltens der Klägerin habe der Beklagte nicht mehr von einer vertragsgetreuen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses ausgehen können. Entsprechendes gelte für die Kündigung vom 1. Juni 2012. Insbesondere angesichts der zwischenzeitlich eindeutigen Hinweise des Gerichts zur Notwendigkeit der Zahlung des pfändungsfreien Betrages sei eine weitere Abmahnung bloße Förmerei gewesen. Im Übrigen sei der Ausspruch der Kündigung auch nicht rechtsmissbräuchlich. 44

Der Beklagte beantragt, 45

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 46

Die Klägerin beantragt, 47

die Berufung zurückzuweisen. 48

Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens verteidigt die Klägerin die angegriffene Entscheidung als zutreffend. Der vorgerechnete Einbehalt in Höhe von 14.627,61 Euro sei nicht korrekt, da der Beklagte von zu hohen Provisionen ausgehe. Im Übrigen habe die Klägerin die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen erklärt. Angesichts des Verhaltens des Beklagten bei der Abwicklung des Auftrags des Kunden M1 sei von einem grob fahrlässigen Fehlverhalten auszugehen, wenn er einen Abgleich der Bestellung mit dem von ihm vorgelegten Angebot unterlasse. Ebenso wenig habe die Klägerin gegen Schadensminderungspflichten verstoßen. Der Geschäftsführer der Klägerin habe bei dem Gespräch im Zusammenhang mit der Freistellung die Zahlung von Provision nicht generell abgelehnt, sondern nur geäußert, dass man sich hinsichtlich der Höhe der während der Freistellung zu gewährenden Provision verständigen müsse. Im Übrigen habe sich der Beklagte nicht in einer finanziellen Notsituation durch die ausbleibenden Zahlungen befunden. Zudem seien die Kündigungsgründe tatsächlich nur vorgeschoben und hätten das Ziel verfolgt, sich von dem Wettbewerbsverbot frühzeitig zu lösen, um bei der Konkurrenzfirma tätig zu werden. Insoweit lägen beiden fristlosen Kündigungen treuwidrige Motive zugrunde. 49

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien zur Sach- und Rechtslage wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen einschließlich der Akten des beigezogenen Hauptsacheverfahrens sowie die Protokolle der Sitzungen des Arbeitsgerichts am 1. Juni 2012 und des Landesarbeitsgerichts am 4. September 2012 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe	51
Die zulässige Berufung des Beklagten ist begründet.	52
Die Anträge der Klägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtet auf die Unterlassung von Wettbewerb waren zurückzuweisen. Der Beklagte war und ist nicht verpflichtet, seine Tätigkeit für die Fa.F2 & M2 einzustellen und diese bis zum 31. Dezember 2012 nicht wieder aufzunehmen. Die Klägerin besitzt keinen Verfügungsanspruch. Auf Grund der im einstweiligen Verfügungsverfahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als wirksam anzusehenden außerordentlichen Kündigung des Beklagten vom 14. Februar 2012 bestand seit deren Zugang kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mehr, so dass der Beklagte zur Unterlassung von Wettbewerb gemäß § 60 HGB bis zum 30. Juni 2012 nicht mehr verpflichtet war und sich von dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot gemäß § 75 Abs. 1 HGB wirksam losgesagt hat. Dieses ist zudem gemäß § 74 a Abs. 1 Satz 1 HGB unwirksam.	53
1. Die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 14. Februar 2012 ist wirksam, da nach derzeitigem Stand der Sach- und Rechtslage für sie ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB besteht.	54
a) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis 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 Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.	55
aa) Das Gesetz kennt keine "absoluten" Kündigungsgründe. Vielmehr ist jeder Einzelfall gesondert zu beurteilen. Dafür ist 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 Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile - jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist - zumutbar ist oder nicht (std. Rspr. des Bundesarbeitsgerichts, vgl. BAG, 17. Mai 1984, 2 AZR 3/83, NZA 1985, 91 <92>, 10. Juni 2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 <1229>).	56
bb) Ein Lohnrückstand kann an sich als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung des Arbeitnehmers geeignet sein. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Lohnrückstand eine nicht unerhebliche Höhe erreicht oder der Verzug des Arbeitgebers mit der Lohnzahlung sich über einen längeren Zeitraum hinweg erstreckt und der Arbeitnehmer diesen Fehler abgemahnt hat. Daraus folgt, dass nicht schon jeder kurzfristige oder geringfügige Zahlungsverzug ausreichen kann, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Neben dem Umfang des Lohnrückstands kann von Bedeutung sein, ob es sich um eine einmalige oder dauernde Unpünktlichkeit bei der Vergütungszahlung handelt. Ob der Arbeitgeber leistungsunwillig oder nur leistungsunfähig ist, spielt keine Rolle (vgl. BAG, 26. Juli 2001, 8 AZR 739/00, NZA 2002, 325 <327>; 17. Januar 2002, 2 AZR 494/00, EZA BGB § 628 Nr. 20; 26. Juli 2007, 8 AZR 796/06, NZA 2007, 1419 <1420>). Allerdings können auch Rückstände mit kleineren	57

Lohnbeträgen zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigen, wenn der Arbeitgeber den Lohn willkürlich oder ohne nachvollziehbare Begründung hartnäckig verweigert (vgl. BAG, 26. Juli 2001, a.a.O., Satz 327). Auch bei geringeren Beträgen kann es dem Arbeitnehmer nicht mehr zumutbar sein, sein Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzuführen, wenn der Arbeitgeber zum wiederholten Male mit Vergütungsleistungen in Verzug kommt (vgl. BAG, 17. Januar 2002, a.a.O.).

Darüber hinaus kann nach vorheriger Abmahnung dem Arbeitnehmer ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zustehen, wenn der Arbeitgeber sich weigert seinen Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis nachzukommen (vgl. Schaub/Link, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Auflage, 2011, § 128 Rn. 161). Das ist z. B. der Fall, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, dessen Vergütung zu einem wesentlichen Teil aus Provisionen besteht, ohne Weiterzahlung der bisherigen Provision eine weitere Tätigkeit untersagt oder ihn unberechtigt von der Arbeit suspendiert (vgl. BAG, 19. August 1976, 3 AZR 173/75, NJW 1977, 215 <215 f.>).

58

cc) Ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung und die Feststellung des dafür notwendigen Verfügungsanspruches davon abhängig, dass über die Wirksamkeit der von einer Partei ausgesprochenen Kündigung zu befinden ist, findet wie im einstweiligen Verfügungsverfahren allgemein (vgl. Germelmann, ArbGG, 7. Auflage 2009, §62 Rn. 95; Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Auflage, 2007, Teil D Rn. 5; MünchKommZPO/Drescher, 3. Auflage, 2007, § 920 Rn. 10, § 935 Rn. 13, § 940 Rn. 8; differenzierend Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Auflage, 2012, § 922 Rn. 6; § 935 Rn. 7) eine gegenüber dem Hauptsacheverfahren im Umfang nicht eingeschränkte rechtliche Prüfung statt. Der Prüfungsmaßstab ist im Hinblick auf den summarischen Charakter des einstweiligen Verfügungsverfahrens nur bezüglich der Tatsachengrundlage insoweit eingeschränkt, als die Glaubhaftmachung genügt (vgl. § 920 Abs.2, § 936 ZPO).

59

dd) Die Darlegungs- und Beweislast bzw. die Glaubhaftmachungslast hinsichtlich der für die Beurteilung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung maßgeblichen Tatsachen trägt derjenige, der aus der Wirksamkeit einer Kündigung für sich günstige Rechtsfolgen ableitet. Dies ist im vorliegenden Fall der Beklagte, welcher aufgrund seiner außerordentlichen Kündigung die Beendigung des vertraglichen Wettbewerbsverbots aus § 60 HGB sowie die wirksame Lossagung vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot geltend macht.

60

(1) Im Eilverfahren bestehen grundsätzlich keine Besonderheiten hinsichtlich der Behauptungs- und Beweislast. Der Anspruchsteller hat die Entstehung des geltend gemachten Anspruchs, der Anspruchsgegner das Bestehen von Einreden und Einwendungen darzulegen und glaubhaft zu machen. Dies gilt im - wie hier vorliegenden - ordentlichen Verfahren, nur bei Erlass der einstweiligen Verfügung ohne Anhörung des Anspruchsgegners hat der Anspruchsteller das Fehlen von Einwendungen und Einreden, die sich aus seinem Vortrag ergeben können, zu behaupten und glaubhaft zu machen (vgl. zum Ganzen MünchKommZPO/Drescher, a. a. O., Vor § 916 Rn 20, § 920 Rn. 21, § 935 Rn. 14; Zöller/Vollkommer, a. a. O., vor § 916 Rn. 6 f., § 922 Rn. 5, § 935 Rn. 8)

61

Nach den allgemeinen Grundsätzen zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hat derjenige, der aus der Wirksamkeit einer Kündigung eine für sich günstige Rechtsfolge ableiten will, im einstweiligen Verfügungsverfahren die Wirksamkeit dieser Kündigung darzulegen und glaubhaft zu machen. Das gilt zum einen dann, wenn der vom Anspruchsteller geltend gemachte Verfügungsanspruch von einer zuvor ausgesprochenen wirksamen Kündigung abhängt (vgl. ArbG Leipzig, 16. Januar 2008, 2 Ga 2/08, juris, Rn. 69,

62

76). Aber auch der Anspruchsgegner, der gegen einen Anspruch einwendet, dass dieser aufgrund einer wirksamen Kündigung nicht mehr besteht, hat die für deren Wirksamkeit maßgeblichen Tatsachen zu behaupten und glaubhaft zu machen, weil er gegen einen ohne Kündigung bestehenden Anspruch eine rechtsvernichtende Einwendung geltend macht.

(2) Das Arbeitsverhältnis, das Grundlage für das Wettbewerbsverbot des § 60 HGB ist, begründet nach seiner wirksamen Vereinbarung schon durch seinen bloßen Bestand einen Verfügungsanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Unterlassung von Konkurrenztätigkeiten. Beruft sich ein auf Unterlassung von Wettbewerb im bestehenden Arbeitsverhältnis in Anspruch genommener Arbeitnehmer darauf, dass das vertragliche Wettbewerbsverbot aufgrund einer von ihm ausgesprochenen fristlosen Kündigung nicht mehr fortbesteht, trägt er nach allgemeinen Grundsätzen für die Wirksamkeit seiner Kündigung im einstweiligen Verfügungsverfahren die Last der Darlegung und Glaubhaftmachung (vgl. LAG Köln, 14. November 1989, 11 Sa 930/89, LAGE BGB § 611 Treuepflicht Nr. 1; a. A. LAG Hamm, 7. April 1983, 8 Ta 41/83, EZA ZPO § 935 Nr. 1). Entsprechendes gilt, soweit der Arbeitnehmer sich im Hinblick auf ein wirksam vereinbartes nachvertragliches Wettbewerbsverbot darauf beruft, dass er sich von diesem gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 HGB aufgrund einer berechtigten außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund gelöst hat. In beiden Fällen macht der Arbeitnehmer eine Einwendung gegen einen ohne seine Kündigung sonst bestehenden Anspruch geltend.

63

(3) Hinsichtlich des Beweismaßes bzw. des Grads der Glaubhaftmachung gilt, dass die Richtigkeit des Parteivorbringens nicht gewiss, sondern nur überwiegend wahrscheinlich sein muss (vgl. BGH, 9. Februar 1998, II ZB 15/97, NJW 1998, 1870; Musielak/Huber, § 294 Rn. 3). Es reicht allerdings nicht ein Quäntchen mehr für die Richtigkeit einer Behauptung, vielmehr bedarf es eines den konkreten Umständen angepasstes Maß an Glaubhaftigkeit, die Sicherheit der Feststellung muss von den Folgen der zu treffenden Entscheidung abhängig gemacht werden (vgl. Zöller/Greger, a. a. O., § 295 Rn. 6; weitergehend, aber im Hinblick auf § 920 Abs. 2 ZPO unrichtig Zöller/Vollkommer, a. a. O., § 935 Rn. 8: bis hin zum Vollbeweis). Im Hinblick auf die Folgen der Wettbewerbstätigkeit eines Arbeitnehmers für den Arbeitgeber bedarf es einer hohen, fast an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit für das tatsächliche Vorliegen der Gründe, welche die Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitnehmers begründen sollen. In diesem Sinne muss die Kündigung mit hoher, fast an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wirksam sein (vgl. ArbG Leipzig, 16. Januar 2008, 2 Ga 2/08, juris, Rn. 76).

64

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall hat der Beklagte unter Berücksichtigung des Vorbringens der Parteien sowohl im einstweiligen Verfügungsverfahren als auch im Hauptsacheverfahren dargelegt und glaubhaft gemacht, dass seine Kündigung vom 14. Februar 2012 mit überwiegender, d. h. hoher an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wirksam ist.

65

Die Klägerin hat als Reaktion auf die ordentliche Kündigung des Beklagten eine Vielzahl von Vertragsverletzungen begangen, die insbesondere zum Gegenstand hatten, den Verdienst des Beklagten nicht oder nicht in der ihm zustehenden Höhe zu zahlen, was eine erhebliche Beeinträchtigung seines bisherigen Lebensstandards zur Folge hatte. Der Arbeitnehmer muss es aber nicht hinnehmen, dass sein Arbeitgeber als Reaktion auf seine Kündigung ihn, dessen Vergütung zur Hälfte und darüber hinaus aus Provision besteht, unberechtigt freistellt und sodann den Lohn nicht in vollem Umfang oder gar nicht zahlt, in dem er Kürzungen ohne sachlichen Grund vornimmt oder im Wesentlichen unberechtigte Gegenansprüche geltend macht. Kommt aufgrund der Summe der arbeitgeberseitigen Handlungen der Arbeitnehmer

66

zu dem berechtigten Eindruck, sein Arbeitgeber werde sich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses insbesondere im Hinblick auf die Zahlungspflichten nicht mehr vertragsgerecht verhalten, kann dies den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers rechtfertigen. Dies ist vorliegend mit der für das einstweilige Verfügungsverfahren notwendigen überwiegenden Wahrscheinlichkeit im o. g. Sinne der Fall.

aa) Die Klägerin hat nach Ausspruch der ordentlichen Kündigung den Beklagten freigestellt. Diese Freistellung war nicht gerechtfertigt. Die unberechtigte Suspendierung eines Arbeitnehmers stellt eine schwerwiegende Vertragsverletzung dar, welche in Verbindung mit den Begleitumständen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann (vgl. BAG 19. August 1976, 3 AZR 173/75, NJW 1977, 215 <216>). 67

(1) Zwar ist in dem Kfz-Überlassungsvertrag vom 12. November 2003 in § 8 Abs. 3 Satz 1 geregelt, dass der Mitarbeiter von der Arbeitsleistung freigestellt werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis gekündigt wird. Diese Regelung ist im Arbeitsvertrag vom 24. Oktober 1997 nicht enthalten. Bei dem Kfz-Überlassungsvertrag handelt es sich nach seiner äußeren Gestaltung um einen Formulararbeitsvertrag der Klägerin. Die Normierung einer im Arbeitsvertrag nicht enthaltenen, an keine weiteren Voraussetzungen geknüpften Freistellungsberechtigung für den Fall einer Kündigung in einem Vertrag, welcher die Regelung der wechselseitigen Rechte und Pflichten aus der Überlassung eines Dienstwagens zum Gegenstand hat, ist derart ungewöhnlich, dass der Beklagte als Arbeitnehmer subjektiv hiermit nicht zu rechnen brauchte. Gemäß § 305 c Abs. 1 BGB ist die Regelung des § 8 Abs. 3 Satz 1 Kfz-Überlassungsvertrag als überraschende Klausel nicht Vertragsbestandteil geworden. 68

(2) Richtet sich danach die Berechtigung zur einseitigen Suspendierung im Falle einer Kündigung nach den allgemeinen Grundsätzen, rechtfertigt die Kündigung an sich nicht schon die Freistellung. Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers und zwar auch nach Ausspruch einer Kündigung während der Kündigungsfrist, der Arbeitnehmer kann nicht jederzeit suspendiert werden (vgl. BAG, 19. August 1976, 3 AZR 173/75, NJW 1977, 215). Ein gewichtiges und schutzwürdiges Interesse des Arbeitnehmers an der Beschäftigung besteht insbesondere dann, wenn der überwiegende Teil der Vergütung aus Provision besteht, also leistungs- und erfolgsabhängig ist. In dieser Zeit ist eine Freistellung gegen seinen Willen nur zulässig, wenn überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers das gebieten (vgl. BAG, a.a.O.). Es müssen mindestens Gründe vorliegen, die dem Arbeitgeber die weitere Beschäftigung im Betrieb nicht mehr als zumutbar erscheinen lassen oder die so gewichtig sind, dass sie eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen (vgl. ErfK/Preis, 12. Auflage, 2012, § 611 Rn. 567, Schaub/Koch, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Auflage, 2011, § 109 Rn. 10). 69

Soweit die Klägerin vorliegenden Fall geltend macht, dass die Freistellung des Beklagten zum Kundenschutz erforderlich gewesen sei, ist dies in dieser Allgemeinheit nicht nachvollziehbar. Wenn sie, wie der Regelung in § 13 Arbeitsvertrag zu entnehmen ist, einerseits meint, dass bereits ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot von einem halben Jahr ausreicht, um Kundenschutz zu gewährleisten, bewertet sie die Wettbewerbsgefahr offenbar selbst als gering. Damit setzt sie sich in Widerspruch, wenn sie jetzt die Beurlaubung des Beklagten gerade mit dieser Gefahr begründen will (vgl. BAG, 19. August 1976, 3 AZR 173/75, NJW 1977, 215 <216>). Sonstige Gründe, die zu einer Suspendierung berechtigen könnten, sind nicht ersichtlich. 70

bb) Darüber hinaus hat die Klägerin mit der Abrechnung für den Monat Dezember 2011 einen Betrag von 3.009,87 Euro brutto abgezogen mit der Begründung, dass es sich hierbei um die 71

nicht verdiente Provision bezogen auf die für das Jahr 2011 gewährten Provisionsabschläge handelt. Dieses Verhalten ist rechtswidrig.

(1) Zunächst ist nicht nachvollziehbar, warum für eine Abrechnung, die erst am 28. Dezember 2011 erfolgt, nicht der zu diesem Zeitpunkt maßgebliche Stand der Provisionsverdienste ermittelt wird. Zudem war die Verrechnung der Provisionsabschläge mit den erzielten Provisionsansprüchen ausweislich der Provisionsvereinbarung vom 24. Oktober 1997 erst zum Jahresende vorzunehmen. Die Klägerin war zu einer früheren Abrechnung nicht berechtigt. Schon das stellt ein vertragswidriges Verhalten dar. 72

(2) Darüber hinaus steht fest, dass urplötzlich zu diesem Abrechnungszeitpunkt, dem 31. Dezember 2011, sich aus dem angeblichen Minus von 3.009,87 Euro ein Plus von über 2.600,00 Euro entwickelt hat. Das Verhalten der Klägerin bei der Abrechnung und Auszahlung der Vergütung für den Monat Dezember 2011, mit dem sie vertragswidrig die Abrechnung der Provisionsansprüche mit den Abschlägen vorzog, kann nur als willkürlich angesehen werden. Einer Sicherung von Rechten diene es nicht. Vielmehr folgt aus diesem Verhalten, dass bereits diese rechtswidrige Maßnahme dazu diene, den Beklagten ohne sachlichen Grund in der von seinem bisherigen Verdienst abhängigen Lebensführung wegen seiner Kündigung zu beeinträchtigen. 73

cc) Dies wird verstärkt durch das Verhalten der Klägerin bezüglich der Vergütung für den Monat Januar 2012. 74

(1) Zunächst ist es grob rechtswidrig, dass die Klägerin nicht einmal den gemäß § 394 BGB, §§ 850 ff. ZPO unpfändbaren Teil des Einkommens gezahlt hat. Dies gehört zu den Selbstverständlichkeiten, die jeder Arbeitgeber zu kennen und einzuhalten hat. Damit wurde im Verhältnis zur regelmäßig erzielten monatlichen Nettovergütung von zuletzt 3.134,89 Euro ein erheblicher Teil der Vergütung nicht ausgezahlt. Der pfändungsfreie Teil beträgt unter Berücksichtigung einer Unterhaltspflicht für die Ehefrau des Klägers 2.277,91 Euro und damit mehr als zwei Drittel des Nettoeinkommens. 75

Ein vollständiger Einbehalt war offensichtlich nicht unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt, dass der Beklagte aufgrund einer falschen Durchführung des Auftrags der Fa. M1 & Company einen Schaden verursacht haben soll. Die Berufung auf das Aufrechnungsverbot des § 394 BGB verstößt zwar in den Fällen vorsätzlicher Schadenszufügung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben des § 242 BGB (vgl. Schaub/Linck, a. a. O., § 73 Rn. 12 m. w. N.). Eine vorsätzliche Schadenszufügung behauptet die Klägerin nicht, dafür bestehen auch keine Anhaltspunkte. Zudem ist in diesem Fall im laufenden Arbeitsverhältnis das nach § 850 d ZPO dem Schuldner zustehende Existenzminimum dem Arbeitnehmer zu zahlen. Die vollständige Nichtzahlung der Vergütung bleibt dagegen grob rechtswidrig. 76

(2) Das gilt umso mehr, als der in diesem Zusammenhang zunächst als Aufrechnungsposition geltend gemachte Schadensersatzanspruch voraussichtlich nicht besteht. 77

(a) Zum einen ist es wahrscheinlich, dass die Verwechslung der Bezeichnung der Storage-Systeme als leichteste Fahrlässigkeit zu qualifizieren ist und es sich lediglich um ein Versehen handelt, das jedem auch sorgfältig arbeitenden Arbeitnehmer passieren kann, wenn der Beklagte sowohl in der Auftragsbestätigung gegenüber dem Kunden als auch in der Bestellung beim Lieferanten die Daten seines ursprünglichen Angebots aufgenommen hat. Selbst dem Kunden ist die Abweichung der Auftragsbestätigung gegenüber seiner Bestellung nicht aufgefallen, so dass er auf die falsche Auftragsbestätigung, wie es eigentlich zu erwarten gewesen wäre, nicht reagiert hat. Der Vorwurf der Klägerin, der Beklagte habe grob 78

fahrlässig gehandelt, ist jedenfalls abwegig und rechtfertigt nicht die vollständige Missachtung der Pfändungsfreigrenzen. Vielmehr ist eine Haftung des Beklagten überhaupt schon fraglich.

Zum anderen hat die Klägerin ihre Schadensminderungspflicht gemäß § 254 BGB missachtet. Es kann offen bleiben, ob nach den Grundsätzen für ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben eine Genehmigung durch den Kunden völlig ausgeschlossen sein soll, wenn er auf die Abweichung nicht reagiert. Jedenfalls hat die Klägerin einen vom Beklagten beabsichtigten Gesprächstermin zur Bereinigung der Angelegenheit durch dessen Freistellung vereitelt und nicht dafür gesorgt, dass entweder durch den Geschäftsführer persönlich oder einen anderen geeigneten Mitarbeiter zumindest versucht wurde, das Geschäft noch zu retten. Ebenso wenig ist es nachvollziehbar, wieso ein Lieferant nicht im Wege von Verhandlungen dazu bewegt werden kann, eine vom Besteller verursachte Falschbestellung rückabzuwickeln, wenn zugleich in Aussicht gestellt wird, ein Geschäft mit einem doppelt so großen Umsatzvolumen erneut abzuschließen. Er ist schließlich nicht der einzige mögliche Lieferant für solche Systeme, so dass es durchaus möglich erscheint, dass er unter Aufgabe einer Rechtsposition zu einer Rückabwicklung bereit gewesen wäre. Zudem hat die Klägerin nicht versucht, das System zeitnah über ihren eigenen Onlineshop zu veräußern. Die Klägerin hat sämtliche naheliegenden Maßnahmen nicht ergriffen, um den Schaden abzuwenden. Dann scheidet aber, soweit angesichts des Verhaltens des Beklagten eine anteilige Haftung im unteren Bereich überhaupt in Betracht kommt, wegen überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin eine Schadensersatzverpflichtung des Beklagten aller Wahrscheinlichkeit nach aus. 79

(b) Angesichts dieses Verhaltens drängt sich insgesamt der Verdacht auf, dass die Klägerin lediglich einen Schadensersatzanspruch konstruieren wollte, um formal, jedoch ohne inhaltliche Substanz eine vermeintliche Aufrechnungsmöglichkeit gegen die Vergütungsansprüche des Beklagten geltend zu machen. Der Einbehalt der Vergütung für Januar 2012 stellt sich danach als weitere Maßnahme zur willkürlichen Beeinträchtigung des Lebensunterhalts des Beklagten dar. 80

dd) Darüber hinaus konnte der Beklagte aufgrund der Ankündigung des Geschäftsführers, dass man über die während der Freistellung zu zahlende Provision noch reden müsse, nach dem Verhalten der Klägerin hinsichtlich der Zahlung der Dezember- und Januarvergütung nicht davon ausgehen, dass die Klägerin sich an die seit April 2005 unverändert gültige Vereinbarung über die Höhe des Provisionsabschlages für die Zeit der Freistellung noch halten würde. Es kommt auf die Berechnungen des Beklagten zu dem zu zahlenden Provisionsverdienst für den Zeitraum des Annahmeverzugs in diesem Zusammenhang nicht an. Vielmehr konnte er nicht mal davon ausgehen, dass abgesehen von dem strittigen Teil bezüglich der Privatnutzung des Pkws er seine bisherige, üblicherweise monatlich gezahlte Vergütung noch erhalten würde. Vielmehr musste er sich auf weitere gerichtliche Auseinandersetzungen einstellen, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund bestand. 81

ee) Danach ergaben sich zum Zeitpunkt des Zugangs seiner außerordentlichen Kündigung am 14. Februar 2012 aus den Handlungen der Klägerin in der Summe für den Beklagten der berechnete Eindruck, dass sie es durch rechtswidrige und fragwürdige Maßnahmen darauf anlegte, ihm durch die teilweise oder vollständige Nichtzahlung der Vergütung und eine Einschränkung seiner Verdienstmöglichkeiten finanziell für seine ordentliche Kündigung abzustrafen und ihn so unter Druck zu setzen, dass er von dieser wieder Abstand nahm. Unabhängig davon, ob sich der Beklagte in einer wirtschaftlichen Notlage befand, musste er dieses vertragswidrige Verhalten seines Arbeitgebers, das ihn jedenfalls in wirtschaftliche Schwierigkeiten brachte und seinen bisheriger Lebensstandard willkürlich beeinträchtigte, 82

nicht weiter hinnehmen. Vielmehr konnte er diesem durch den Ausspruch einer fristlosen Kündigung ein Ende setzen.

ff) Einer vorherigen Abmahnung bedurfte es nicht.

83

(1) Die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch von einem Arbeitnehmer vor Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung zu verlangende Abmahnung des pflichtwidrig handelnden Arbeitgebers ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn keine Aussicht auf Rückkehr des Vertragspartners zum vertragskonformen Verhalten besteht (vgl. BAG, 26. Juli 2007, 8 AZR 796/06, NZA 2007, 1419 <1420>). Eine Kündigung ohne vorherige Abmahnung ist ferner möglich, wenn die Kündigung nach Abwägung aller Umstände angesichts von Art, Schwere und Folgen der Pflichtverletzung billigenswert und angemessen erscheint, die Rechtswidrigkeit der Pflichtwidrigkeit ohne weiteres erkennbar ist und mit deren Billigung durch die Gegenseite offensichtlich nicht zu rechnen ist (vgl. BAG, 28. Januar 2010, 2 AZR 1008/08, NZA-RR 2010, 463; 28. Oktober 2010, 2 AZR 293/09, NZA 2011, 112 <114>).

84

(2) Zum einen war mit einem vertragsgemäßen Verhalten der Klägerin zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung am 14. Februar 2012 nicht mehr zu rechnen. Aus dem gesamten Verhalten der Klägerin ergibt sich, dass sie es geradezu darauf anlegte, den Beklagten trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses in seiner Lebensführung durch Einbehalt der ihm zustehenden Vergütung und Entzug von Provisionsverdienst durch Ausschluss von einer weiteren Tätigkeit zu beeinträchtigen. Der Ausspruch einer Abmahnung war angesichts des Verhaltens der Klägerin und seiner für den Beklagten erkennbaren Zielsetzung aussichtslos. Eine Änderung des Zahlungsverhaltens war nicht zu erwarten.

85

Zum anderen war eine Abmahnung nicht erforderlich, weil die Klägerin nicht mit einer weiteren Billigung ihres Verhaltens durch den Beklagten rechnen durfte. Die Klägerin konnte nicht erwarten, dass der Beklagte diese "Politik" der ständigen auch für die Klägerin erkennbar willkürlichen und rechtswidrigen finanziellen Nadelstiche als Reaktion auf seine Kündigung weiter ohne Konsequenzen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses hinnehmen würde. Sie war bereits durch das Schreiben vom 16. Dezember 2011 vorgewarnt. Darin hatte der Beklagte seine Arbeitskraft angeboten und für den Fall, dass die Vergütung nicht gezahlt wird, Klage angekündigt. Diese Klage hat er sodann erhoben und bis zum Güetermin hinsichtlich der Höhe der zu leistenden Zahlungen bzgl. der Rückstände aktualisiert. Auch wenn gegen die Höhe der geltend gemachten Forderungen im Hinblick auf das bei Annahmeverzugsansprüchen geltende Lohnausfallprinzip Bedenken bestehen, verweist der Beklagte zu Recht darauf, dass gerade bei einem Geschäftsführer zu erwarten ist, dass er seine grundlegenden Verpflichtungen der von ihm vertretenen Gesellschaft aus einem Arbeitsverhältnis kennt und erfüllt. Wenn er dagegen zur Durchsetzung der vermeintlichen Interessen seiner Gesellschaft immer wieder willkürlich verstößt, kann er bzw. die von ihm vertretene Gesellschaft nicht damit rechnen, dass der Arbeitnehmer erst noch eine Abmahnung ausspricht, bevor er außerordentlich kündigt.

86

gg) Die im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmende abschließende Interessenabwägung fällt zugunsten des Beklagten aus. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum 30. Juni 2012 war ihm angesichts des Verhaltens der Klägerin nicht mehr zumutbar. Es handelt sich eben nicht nur um den erstmaligen Rückstand mit einem Teil der Nettovergütung für den Monat Januar 2012 nach über 13 Jahren Bestand des Arbeitsverhältnisses. Die komplette Zahlungsverweigerung für diesen Monat war nur vorläufiger Endpunkt einer Kette von rechtswidrigen und willkürlichen Verhaltensweisen der Klägerin als Reaktion auf die ordentliche Kündigung des Beklagten Anfang Dezember 2011, die darauf abzielte, den Beklagten in seiner wirtschaftlichen Lebensführung erheblich zu

87

beeinträchtigen. Mit einem vertragstreuen Verhalten der Klägerin war zum Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr zu rechnen. Vielmehr musste der Beklagte davon ausgehen, dass unter Berufung auf den geltend gemachten Schadensersatzanspruch, vermeintliche Provisionsminderverdienste sowie irgendwelche weiteren mehr oder minder zweifelhaften Ansprüche die Klägerin seine bisherige Vergütung nicht oder zumindest nicht im bisherigen Umfang und erst nach gerichtlicher Auseinandersetzung mit erheblicher Verzögerung zahlen würde. Das war ihm, der auf den regelmäßigen Verdienst angewiesen war, nicht weiter zumutbar.

c) Der Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten. 88
Danach ist der Kündigungsberechtigte gehalten, binnen zwei Wochen ab Kenntnis von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen die außerordentliche Kündigung zu erklären. Dies war nicht bereits mit dem vollständigen Einbehalt der zum 31. Januar 2012 fälligen Vergütung für diesen Monat der Fall, sondern erst nach Kenntnis von den "Gründen", welche die Klägerin im Hauptsacheverfahren mit Schriftsatz vom 10. Februar 2012, überreicht im Güutetermin vom 14. Februar 2012, für die ausgebliebene Zahlung mitgeteilt hatte. Erst hieraus ergab sich abschließend, dass sie es auch in Zukunft darauf anlegte, durch willkürliche Einbehalte den Beklagten in seiner wirtschaftlichen Lebensführung ohne Grund zu beeinträchtigen.

d) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist der Ausspruch der außerordentlichen Kündigung 89
vom 14. Dezember 2012 nicht wegen Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben unwirksam. Diesem vom Arbeitsgericht im Zusammenhang mit der Kündigung vom 1. Juni 2012 erörterten und von der Klägerin im Rahmen ihrer Berufungsbegründung auch für die Kündigung vom 14. Februar 2012 angeführten Unwirksamkeitsgrund fehlt eine sachliche Grundlage.

aa) Treu und Glauben bilden eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente 90
Inhaltsbegrenzung (vgl. BAG, 23. Juni 1994, 2 AZR 617/93, NZA 1993, 1080 <1081>). Die gegen § 242 BGB verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist als Rechtsüberschreitung unzulässig (missbräuchlich). Welche Anforderungen sich aus Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entscheiden (vgl. BAG, a. a. O).

Die - hier allein in Betracht kommende - individuelle unzulässige Rechtsausübung behandelt 91
die Fälle einer unzulässigen Wahrnehmung individueller Rechte aufgrund Treuwidrigkeit bzw. treuwidrigen Verhaltens. Eine Rechtsausübung kann unzulässig sein, wenn dem Berechtigten eine Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt. Es gibt aber keinen allgemeinen Grundsatz, dass nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtstreu verhält (vgl. BAG, 6. Juni 1974, 2 AZR 278/73, NJW 1975, 229 <230>). Pflichtverletzungen begründen gegebenenfalls Schadensersatzansprüche gegen den Berechtigten, führen aber grundsätzlich nicht zu dem Wegfall seiner Rechte. Nur in besonders krass liegenden Ausnahmefällen kann ein Anspruch entfallen (vgl. BAG, 18. Oktober 1979, 3 AZR 550/78, NJW 1980, 1127).

bb) Im vorliegenden Fall scheidet eine unzulässige Rechtsausübung bereits deswegen aus, 92
weil dem Beklagten eine Pflichtverletzung nicht vorgeworfen werden kann.

Es kommt nicht darauf an, dass ausweislich des von der Klägerin vorgelegten 93
Vertragsentwurfs der Konkurrenzfirma der Beklagte zum 1. Juli 2012 oder früher eine Tätigkeit aufnehmen wollte. Dies ändert nichts daran, dass die Einholung eines Vertragsangebotes in der Absicht, zu einer Konkurrenzfirma zu wechseln, nichts anderes als

eine zulässige Vorbereitungshandlung war, ist und bleibt. Das angesichts des deutlich besseren Angebots der Konkurrenzfirma hinsichtlich der Vergütungsbedingungen der Beklagte ein Interesse hatte, nach Möglichkeit unter Aufhebung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes frühzeitig bei der Klägerin auszuscheiden, führt nicht dazu, dass seine Kündigung rechtsmissbräuchlich wird, wenn die Klägerin, ohne vom Beklagten dazu veranlasst zu werden, durch ihr Verhalten einen wichtigen Grund zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung setzt. Abgesehen davon, dass die Verwerflichkeit schon nicht erkennbar ist, die in der Motivation, frühzeitig den bisherigen Arbeitgeber zu verlassen, liegen soll, hat der Beklagte lediglich ordentlich das Arbeitsverhältnis gekündigt. Im Übrigen hatte er keine Tätigkeit entfaltet, die bereits als Konkurrenztaetigkeit anzusehen war und über die bloße Vorbereitung eines Wechsels hinausging. Dass dieser spätestens zum 1. Juli 2012 und damit unmittelbar nach Ablauf der Kündigungsfrist vorgesehen war, stellte zwar ein Risiko für den Beklagten dar, dass er aber angesichts der voraussichtlichen Unwirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots (siehe dazu unten 3.) durchaus eingehen konnte. Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen berechtigten Anlass zur außerordentlichen Kündigung gibt, rechtfertigt allein die Möglichkeit für den Arbeitnehmer, seine Absicht eines frühzeitigen Wechsels zur Konkurrenz nunmehr in die Tat umzusetzen, es nicht, den Ausspruch der Kündigung als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.

2. Aufgrund der danach bestehenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer Wirksamkeit der fristlosen Kündigung vom 14. Februar 2012 besteht kein Verfügungsanspruch der Klägerin für den Erlass einer einstweiligen Verfügung, welche dem Beklagten eine Tätigkeit für die Konkurrenzfirma aufgrund des während des bestehenden Arbeitsvertrages bestehenden gesetzlichen Wettbewerbsverbots (§ 60 HGB) untersagt. 94

Des Weiteren hat sich der Beklagte aufgrund seiner berechtigten fristlosen Kündigung vom nachvertraglichen Wettbewerbsverbot gemäß § 75 Abs. 1 HGB wirksam losgesagt, so dass auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus keine Pflicht des Beklagten zur Wettbewerbsenthaltung besteht. 95

3. Gegen die Wirksamkeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots bestehen aufgrund des bisherigen Vorbringens beider Parteien durchgreifende Bedenken. Ein berechtigtes geschäftliches Interesse der Klägerin gemäß § 74 a Abs. 1 Satz 1 HGB ist nicht ersichtlich. 96

Zwischen den Parteien wurde ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit einer Dauer von sechs Monaten vereinbart. Wird ein Wettbewerbsverbot für eine solch kurze Zeit vereinbart, spricht einiges dafür, dass es dem Arbeitgeber allein darum geht, dem Arbeitnehmer unzulässigerweise einen Arbeitsplatzwechsel zu erschweren. Erfahrungsgemäß kündigen Arbeitnehmer erst dann, wenn sie bereits einen neuen Arbeitsvertrag unterschrieben haben. Viele neue Arbeitgeber dürften jedoch nicht bereit sein, bis zur Arbeitsaufnahme des neuen Mitarbeiters mehr als sechs Monate zu warten. Durch die Addition von Kündigungsfrist und einem sechsmonatigen Wettbewerbsverbot ergibt sich eine Sperrzeit von bis zu zwölf Monaten, was für viele potenzielle Arbeitgeber zu lang sein dürfte (vgl. Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 6. Auflage 2012, Rn. 314; HK-ArbR/Schütte/Schlegel, 2. Auflage 2010, § 74 a HGB Rn. 2). 97

Hat das Wettbewerbsverbot lediglich die Funktion, die Arbeitskraft eines guten Mitarbeiters zu sichern und ihn für die Konkurrenz zu sperren, ist dies nicht von § 74 a Abs. 1 Satz 1 HGB gedeckt. Das berechtigte geschäftliche Interesse besteht nur dann, wenn es dem Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen dient oder es den Einbruch eines ausgeschiedenen Mitarbeiters in Kunden- oder Lieferantenkreise unter Ausnutzung besonderer Kenntnisse oder enger persönlicher Kontakte verhindern soll (vgl. BAG, 21. April 2010, 10 AZR 288/09, 98

NZA 2010, 1175). Die pauschale Erklärung der Klägerin im Termin, dass es sich bei dem halben Jahr um einen Mindestzeitraum handele, um die Kundenbeziehungen zu schützen, reicht hierfür nicht aus. Danach ist der Beklagte zumindest seit dem 1. Juli 2012 nicht mehr verpflichtet, gegenüber der Klägerin Wettbewerb zu unterlassen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 99

Eine Revision ist im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht zulässig. 100