Landesarbeitsgericht Hamm, 10 SaGa 17/15

Datum:	17.07.2015
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	10. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	10 SaGa 17/15
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2015:0717.10SAGA17.15.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Bielefeld, 6 Ga 6/15
Normen:	§ 60 HGB, § 4 KSchG
Leitsätze:	Ein Handeln im Wettbewerb ist auch bei Beteiligung eines gemeinnützigen Unternehmens möglich.

Tenor:

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 13.05.2015, Az. 6 Ga 6/15, wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Tatbestand 1

Der Verfügungskläger begehrt den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Verfügungsbeklagte auf Unterlassung von Wettbewerbshandlungen in einem bestehenden Arbeitsverhältnis. 2

Der Verfügungskläger betreibt in den Gebieten der Städte/ Gemeinden I, T, W, X, C und I1 fünf Diakoniestationen mit 298 Mitarbeitern zur ambulanten Pflege und Betreuung von fast 1200 alten und pflegebedürftigen Menschen. 3

Die Verfügungsbeklagte ist bei dem Verfügungskläger bzw. seinen Rechtsvorgängern seit dem 01.09.1995 beschäftigt, zuletzt seit dem 01.08.2003 als Leiterin der Diakoniestation T zu einem Bruttomonatsentgelt von 4.300,00 Euro. Gemäß § 2 des Arbeitsvertrages, wegen dessen Inhalt im Übrigen auf Bl. 16 ff. d.A. verwiesen wird, sind auf das Arbeitsverhältnis die BAT-Anwendungsverordnung und die sich daraus ergebenden Bestimmungen des Bundesangestelltentarifvertrages in der für die Angestellten im Bereich der Evangelischen 4

Kirche von Westfalen jeweils geltend Fassung (BAT-KF) anwendbar. Nach dessen § 33 beträgt die beiderseitige Kündigungsfrist bei einer Beschäftigungsdauer von mindestens zwölf Jahren sechs Monate zum Ende eines Kalendervierteljahres.

Im Anschluss an eine längere Arbeitsunfähigkeit der Verfügungsbeklagten aufgrund von Halswirbelsäulenbeschwerden von August 2012 bis Juli 2013 kam es zu erheblichen Unstimmigkeiten zwischen der Verfügungsbeklagten und der stellvertretenden Leiterin der Diakoniestation T M. Im Zuge der Auseinandersetzungen beantragte die Verfügungsbeklagte erfolgreich eine einstweilige Verfügung gegen die Mitarbeiterin M auf Unterlassung von wahrheitswidrigen Behauptungen, u.a. dass die Verfügungsbeklagte „im Kopf krank“ und psychisch labil, ständig schlecht gelaunt und inkompetent sei. Wegen des Inhalts der einstweiligen Verfügung wird auf Bl. 68 ff. d.A. verwiesen. 5

Nachdem auch ein in der Folgezeit auf Anregung des Verfügungsklägers durchgeführtes Mediationsverfahren nicht zu einer Befriedung der Situation beitragen konnte, versetzte der Verfügungskläger die Mitarbeiterin M zum 07.01.2015 in die Diakoniestation W. Bereits am 06.12.2014 hatte der Verfügungskläger die nachzubesetzende Stelle der Mitarbeiterin M ausgeschrieben; die am 23.01.2015 ausgewählte Bewerberin zog ihre Bewerbung jedoch am 11.02.2015 zurück, so dass die Stelle bis Ende Februar 2015 nicht nachbesetzt werden konnte. 6

Am 13.02.2015 kam es zu einem Gespräch mit Angehörigen von betreuten Menschen, an dem der geschäftsführende Vorstand des Verfügungsklägers I2 teilnahm, ebenso wie an einem Gespräch am 23.02.2015 unter Beteiligung der Verfügungsbeklagten und der ihr untergebenen Mitarbeiter. Zwischen den Parteien ist streitig, ob und in welchem Umfang es in diesen Gesprächen zu kritischen Äußerungen des geschäftsführenden Vorstandes über die Verfügungsbeklagte und ihre Kompetenz kam. 7

Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 27.02.2015 (Bl. 23 ff. d.A.), dem Verfügungskläger zugegangen am 27.02.2015, kündigte die Verfügungsbeklagte das Beschäftigungsverhältnis außerordentlich zum 28.02.2015, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt. 8

Bereits zum 01.03.2015 nahm die Verfügungsbeklagte eine neue Beschäftigung bei dem Evangelischen Kwerk e.V., der im örtlichen Wirkungsbereich des Verfügungsklägers jedenfalls überwiegend stationäre Altenpflegeeinrichtungen in I/ Westf. und T sowie eine Wohngemeinschaft in X betreibt, als Pflegedienstleiterin für den Bereich H/ C1 auf. Im März 2015 fand ein Telefonat statt zwischen dem geschäftsführenden Vorstand des Verfügungsklägers und dem Regionalleiter des Ev. Kwerk e.V. wegen der Beschäftigung der Klägerin; der Inhalt des Gesprächs ist zwischen den Parteien streitig. 9

Einem Bericht der örtlichen Presse vom 25.04.2015 (Bl. 81 d.A.) war zu entnehmen, dass die Verfügungsbeklagte nun für das Kwerk neue Konzepte für die Altenpflege entwickelt und sich um die Vernetzung von Kwerk- Einrichtungen in C1, H, I, X und T kümmert. Sie sei „einerseits Dreh- und Angelpunkt der Kommunikation zwischen den ambulanten Diensten der Region, andererseits hat sie aber auch vor, die Vernetzung von Pflegeheimen und ambulanten Einrichtungen zu verbessern“. Langfristig arbeite sie daran, „das Angebot der ambulanten Pflege in T weiter auszubauen“; in Zukunft solle es „ein eigenes ambulantes Team des Evangelischen Kwerks in T geben“. Ferner biete die Verfügungsbeklagte „ab sofort … ihre Sprechstunde an am N-Haus, in der Fragen rund um die ambulante Pflege beantwortet werden“. An diesem auch von dem Verfügungskläger angebotenen Gesprächskreis, den die Verfügungsbeklagte mit aufgebaut hatte, nahm sie bisher als Leiterin der Diakoniestation T 10

teil.

Im Rahmen ihrer neuen Tätigkeit hat die Verfügungsbeklagte in mindestens einem Fall die Beschwerde von Angehörigen einer pflegebedürftigen Patientin über den Verfügungskläger entgegengenommen und die Leistungen des Kwerk e.V. vorgestellt, die von der Patientin sodann auch in Anspruch genommen wurden. 11

Mit ihrem am 30.04.2015 beim Arbeitsgericht Bielefeld eingegangen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat der Verfügungskläger die Unterlassung von Wettbewerbshandlungen begehrt. Er hat die Auffassung vertreten, dass die Kündigung der Verfügungsbeklagten das Arbeitsverhältnis nicht außerordentlich beendet habe, da kein Kündigungsgrund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB existiere. Die Verfügungsbeklagte habe auch die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten. Sie habe die Kündigung nur erklärt, um schon zum 01.03.2015 ihr neues Arbeitsverhältnis aufnehmen zu können. Da das Arbeitsverhältnis mit dem Verfügungskläger deshalb erst fristgemäß zum 30.09.2015 ende, habe die Verfügungsbeklagte bis zu diesem Zeitpunkt die in dem Antrag näher konkretisierten Wettbewerbshandlungen analog § 60 HGB i.V.m. §§ 611, 241, 242 BGB zu unterlassen. Wie sich aus der örtlichen Berichterstattung ergebe, beabsichtige die Verfügungsbeklagte, ab sofort zugunsten ihrer neuen Arbeitgeberin eine konkurrierende ambulante Altenpflege aufzubauen; dies habe der Verfügungskläger nicht zu dulden. 12

Dem Verfügungskläger drohten erhebliche Nachteile durch die Wettbewerbstätigkeit der Verfügungsbeklagten, da diese bisher für den Verfügungskläger unmittelbare Erstkontaktperson zu pflegebedürftigen Menschen und deren Angehörigen gewesen sei. Durch die Teilnahme an Gesprächskreisen, Beratungsgesprächen u. a. habe sie für den Verfügungskläger die zu betreuenden Personen akquiriert. Diese Kontakte werde die Verfügungsbeklagte ab sofort zugunsten ihrer neuen Arbeitgeberin nutzen und damit dem Antragsteller Patienten entziehen. In zeitlichem Zusammenhang mit dem Ausscheiden der Verfügungsbeklagten seien auch Unterlagen mit Kontaktdaten zu Kooperationspartnern und potentiellen „Kunden“ sowie Unterlagen über die Organisation des Gesprächskreises verschwunden. Effektiven Rechtsschutz könne der Verfügungskläger nur im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens erreichen. 13

Der Verfügungskläger hat erstinstanzlich beantragt, 14

es der Verfügungsbeklagten bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu untersagen, für den Ev. Kwerk e.V. auf dem Arbeitsgebiet ambulante Altenpflege in dem örtlichen Bereich der Städte/Gemeinden I, T, W, X, C und I1 bis zum 30.09.2015 (einschließlich) tätig zu werden. 15

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt, 16

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 17

Die Verfügungsbeklagte hat die Auffassung vertreten, dass dem Verfügungskläger weder ein Verfügungsgrund, noch ein Verfügungsanspruch zur Seite stehe. 18

Ein Verfügungsgrund scheide schon aus, da infolge des Zeitablaufs seit Ausspruch der Kündigung die besondere Dringlichkeit fehle. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes seien Ansprüche binnen eines Monats geltend zu machen. Da der Verfügungskläger bereits in der dritten Märzwoche bei dem Gespräch mit dem Regionalleiter des Ev. Kwerks e.V. 19

erfahren habe, dass die Verfügungsbeklagte für ihren neuen Arbeitgeber tätig sei, habe der Verfügungskläger die im einstweiligen Rechtsschutz zu beachtende Monatsfrist nicht gewahrt.

Jedenfalls habe der Verfügungskläger durch sein nach außen in Erscheinung getretenes Verhalten sein Recht verwirkt, die Unterlassung von Wettbewerb geltend zu machen. Denn er habe nach dem 28.02.2015 die Gehaltszahlungen eingestellt, die Verfügungsbeklagte zum 31.03.2015 bei der Sozialversicherung abgemeldet, die Leitung der Diakoniestation ausgetauscht und dies mit Rundschreiben Anfang März gegenüber Mitarbeitern sowie Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen kundgetan. Der Verfügungskläger habe die Verfügungsbeklagte zu keinem Zeitpunkt aufgefordert, ihre Tätigkeit wieder aufzunehmen und auch sonst nichts unternommen, um sie zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu bewegen. Da der Verfügungskläger seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag seit dem 01.03.2015 nicht mehr erfülle, könne er auch von der Verfügungsbeklagten die Einhaltung arbeitsvertraglicher Pflichten, insbesondere die Unterlassung von Wettbewerb, nicht mehr verlangen. 20

Der Verfügungskläger habe auch keine konkret drohenden Nachteile dargelegt. Es liege schon kein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot gemäß §§ 60, 61 HGB vor, da zwischen dem Verfügungskläger und dem neuen Arbeitgeber der Verfügungsbeklagten kein *gewerbliches* Wettbewerbsverhältnis bestehe. Es handele sich nicht um konkurrierende gewerbliche Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht auf Kosten von Konkurrenten, sondern um gemeinnützige Einrichtungen, denen kein Nachteil entstehe, wenn Betreuungsbedürftige die Dienstleistungen eines anderen Trägers in Anspruch nähmen. Zudem versuche das Kwerk nicht aktiv, dem Verfügungskläger „Kunden“ zu entziehen. Der Verfügungskläger habe auch keinen bezifferten Schaden, sondern lediglich die abstrakte Befürchtung dargelegt, dass das Kwerk mit Hilfe der Verfügungsbeklagten im Tätigkeitsbereich des Verfügungsklägers tätig werden könnte. Der Verfügungskläger genieße aber keinen Gebietsschutz für Pflege- und Betreuungsdienstleistungen. 21

Auch ein Verfügungsanspruch sei nicht erkennbar, da die Kündigung der Verfügungsbeklagten das Arbeitsverhältnis zum Verfügungskläger zum 28.02.2015 wirksam beendet habe. Das ergebe sich bereits aus der Nichteinhaltung der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG; diese Vorschrift sei bei Kündigungen durch den Arbeitnehmer entsprechend anwendbar. Nach Ablauf dieser Frist könne auch der Arbeitgeber keine Ansprüche mehr aus dem beendeten Arbeitsverhältnis geltend machen. 22

Der Verfügungsbeklagten habe ein wichtiger Grund i.S.d. 626 Abs. 1 BGB zur Seite gestanden aufgrund einer gravierenden Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Mobbing. Bei den Auseinandersetzungen mit der Mitarbeiterin M habe sich der Verfügungskläger nicht schützend vor die Verfügungsbeklagte gestellt, sondern ihr vielmehr vorgeworfen, dass sie ihre Rechte – auch gerichtlich – verteidigt habe. Mit ihrem Schreiben vom 08.01.2015, wegen dessen Inhalt auf Bl. 64 ff. d.A. verwiesen wird, habe die Verfügungsbeklagte dieses Verhalten abgemahnt und gegenüber dem geschäftsführenden Vorstand erklärt, dass sie ein solches Verhalten des Verfügungsklägers nicht nochmal akzeptieren werde. 23

Der Verfügungskläger habe zudem seine Fürsorgepflicht verletzt, indem er auf die Versetzung der Mitarbeiterin M hin deren Stelle nur sehr zögerlich nachbesetzt und damit eine erhebliche überobligatorische Mehrbelastung der Verfügungsbeklagten, die schon 2008 einen Burn-out erlitten habe, in Kauf genommen habe. In einem Gespräch am 11.02.2015 habe die Verfügungsbeklagte den Verfügungskläger auf die unhaltbare Arbeitsbelastung und darauf hingewiesen, dass sie das Arbeitsverhältnis kurzfristig beenden werde, wenn sich die 24

Situation nicht kurzfristig entscheidend verbessere.

Ferner habe sich der geschäftsführende Vorstand sowohl während einer Veranstaltung mit Angehörigen von Bewohnern einer Wohngemeinschaft am 13.02.2015, als auch in dem Gespräch am 23.02.2015 unter Beteiligung der Verfügungsbeklagten und der ihr untergebenen Mitarbeiter kritisch über die Leistungen und die Kompetenz der Verfügungsbeklagten geäußert. Auch nachdem die Verfügungsbeklagten den Bereichsleiter nach dem letzten Gespräch darauf hingewiesen habe, dass dieser Vorfall Konsequenzen haben werde, sei der Verfügungskläger nicht an sie herangetreten, um die Missstände zu beseitigen. Da die Verfügungsbeklagte aufgrund der gesamten Vorfälle den Eindruck gewonnen habe, dass der Verfügungskläger sie zur Eigenkündigung drängen wollte und sie zudem ein neues Arbeitsverhältnis zum 01.03.2015 in Aussicht hatte, habe sie das Arbeitsverhältnis am 27.02. außerordentlich zum 28.02.2015 gekündigt. 25

Mit Urteil vom 13.05.2015, der Verfügungsbeklagten zugestellt am 08.06.2015, hat das Arbeitsgericht dem Antrag stattgegeben. Es hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass der Verfügungskläger hinreichend glaubhaft gemacht habe, dass die Verfügungsbeklagte gegen das im laufenden Arbeitsverhältnis bestehende Wettbewerbsverbot verstoßen habe. Die Kündigung der Verfügungsbeklagten habe das Arbeitsverhältnis nicht außerordentlich beendet. Die Rechtswirksamkeit der Kündigung folge nicht bereits aus einer entsprechenden Anwendung des § 4 KSchG, denn diese Vorschrift sei nach ihrem Wortlaut ausschließlich auf vom Arbeitgeber erklärte Kündigungen anwendbar; eine planwidrige Regelungslücke sei nicht erkennbar. Auch habe die darlegungs- und beweisbelastete Verfügungsbeklagte einen Kündigungsgrund im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB nicht darzulegen vermocht. Die Vorfälle im Zusammenhang mit der Mitarbeiterin M seien spätestens mit deren Versetzung am 07.01.2015 beendet gewesen, so dass die Kündigung vom 27.02.2015 außerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB ausgesprochen worden sei. Das Vorbringen zu den Vorfällen am 13.02. und 23.02.2015 sei unsubstantiiert. 26

Der Verfügungskläger habe auch die drohende Verletzung des vertraglichen Wettbewerbsverbots gemäß § 60 HGB glaubhaft gemacht. Unabhängig davon, ob er sich als gemeinnütze Einrichtung auf § 60 HGB berufen könne, sei es der Verfügungsbeklagten jedenfalls verboten, im Geschäftsbereich des Verfügungsklägers Geschäfte zu machen. Die drohende Verletzung dieses Verbots ergebe sich daraus, dass die Verfügungsbeklagte gemäß der örtlichen Presseberichterstattung bei ihrem neuen Arbeitgeber zuständig sei für die Vernetzung ambulanter Versorgung mit stationären Einrichtungen. Damit trete sie für ihren neuen Arbeitgeber in unmittelbare Konkurrenz zu dem Verfügungskläger. Es lasse sich aufgrund der von der Verfügungsbeklagten vorgetragenen Umstände nicht erkennen, dass die Berufung auf das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot treuwidrig sei. Zur Lohnzahlung über den 28.02.2015 hinaus sei der Verfügungskläger nicht verpflichtet gewesen, da die Verfügungsbeklagte ihre Arbeitskraft über diesen Zeitpunkt hinaus nicht angeboten habe. Die unmittelbare Mitteilung über das Ausscheiden der Verfügungsbeklagten gegenüber Mitarbeitern und Geschäftspartnern nach Ausspruch der Kündigung lasse nicht darauf schließen, dass der Verfügungskläger die Kündigung akzeptiert habe. Einem treuwidrigen Verhalten stehe insbesondere entgegen, dass der Verfügungskläger unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung gegenüber der Verfügungsbeklagten erklärt habe, gegen ein etwaiges wettbewerbswidriges Verhalten vorgehen zu wollen. 27

Auch ein Verfügungsgrund liege vor. Da die Verfügungsbeklagte im Begriff sei, für ihren neuen Arbeitgeber einen konkurrierenden ambulanten Pflegedienst aufzubauen, sei es dem Verfügungskläger nicht zumutbar, eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren abzuwarten. 28

Auch wenn der Verfügungskläger – was er bestreitet - bereits im März davon erfahren haben sollte, dass die Verfügungsbeklagte für ihren neuen Arbeitgeber tätig wird, habe dies angesichts des wesentlich weiteren räumlichen Tätigkeitsbereichs des Ev. Kwerks e.V. noch nicht auf einen drohenden Wettbewerbsverstoß schließen lassen. Dieser sei erst durch die Berichterstattung in der lokalen Presse erkennbar geworden.

Gegen das der Verfügungsbeklagten am 08.06.2015 zugestellte, stattgebende Urteil richtet sich ihre am 08.06.2015 eingelegte Berufung, die sie gleichzeitig begründet hat. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen erster Instanz und führt ergänzend aus: Die Anwendung der Frist des § 4 KSchG nur auf Arbeitgeberkündigungen verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Jedenfalls sei ein etwaiger Anspruch verwirkt. Das Zeitmoment orientiere sich an der Frist des § 4 KSchG, das Umstandsmoment sei aufgrund des erstinstanzlich dargelegten Verhaltens des Verfügungsklägers nach Ausspruch der Kündigung erfüllt. Der Verfügungskläger handele auch widersprüchlich und damit treuwidrig, wenn er einerseits seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht erfülle, andererseits von der Verfügungsbeklagten aber die Unterlassung von Wettbewerb verlange. 29

Das Arbeitsgericht habe zu Unrecht endgültig über die Wirksamkeit der Kündigung entschieden, denn eine solche Entscheidung sei dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Bei der Beurteilung des Verhaltens der Verfügungsbeklagten als wettbewerbswidrig habe das Arbeitsgericht weder ausreichend gewürdigt, dass sowohl der neue Arbeitgeber der Verfügungsbeklagten als auch der Verfügungskläger gemeinnützige Einrichtungen seien, als auch dass die Vernetzung der ambulanten Versorgung mit stationären Einrichtungen lediglich ein interner Verwaltungsvorgang ohne werbenden Charakter sei. Bei der Bejahung eines Verfügungsgrundes habe das Arbeitsgericht nicht ausreichend berücksichtigt, dass der Verfügungskläger die Dringlichkeit selbst widerlegt habe, indem er mehr als zwei Monate nach Ausspruch der Kündigung abgewartet habe, bevor er das vorliegende Verfahren eingeleitet habe. Auch die Ausführungen des Arbeitsgerichts zu den drohenden Nachteilen seien völlig unzureichend. Der Ev. Kwerk e.V. unterhalte bereits jetzt eine ambulante Pflege in X, C, I, C2 und H, wo sie Patienten in häuslicher Umgebung versorge. Er plane lediglich langfristig die Errichtung von ambulanten Einrichtungen; kurzfristig drohende Nachteile seien derzeit nicht erkennbar. 30

Schließlich habe das Arbeitsgericht bei der Interessenabwägung nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Interessen des Verfügungsklägers, der nur Ansprüche aus einem nur *angeblich* fortbestehenden Arbeitsverhältnis im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend macht, aufgrund des Zeitablaufs die Interessen der Verfügungsbeklagten aus Art. 12 GG nicht überwiegen. Schließlich könne der Tenor, der der Verfügungsbeklagten jegliche Tätigkeit untersage, in dieser Form nicht aufrecht erhalten bleiben, da der Verfügungsbeklagten wegen Art. 12 GG nur eine *werbende* Tätigkeit zum Nachteil des Verfügungsklägers untersagt werden könne. 31

Die Verfügungsbeklagte beantragt, 32

das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 13.05.2015– 6 Ga 6/15 – aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 33

Der Verfügungskläger beantragt, 34

die Berufung zurückzuweisen. 35

36

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Die Kündigungsfrist des § 4 KSchG gelte für Arbeitnehmerkündigungen nicht. Es liege darin kein Verstoß gegen Art. 3 GG, insbesondere keine willkürliche Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte, sondern die Anwendung der Frist nur auf Arbeitgeberkündigungen stelle auf die typische Interessensituation in einem Kündigungsschutzprozess ab. Aber auch eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung könne nicht zu einer Anwendung des § 4 KSchG auf Arbeitnehmerkündigungen führen, sondern nur zu einer Nichtanwendung dieser Vorschrift auch auf Kündigungen des Arbeitgebers.

Das Recht des Verfügungsklägers, sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung zu berufen, sei nicht verwirkt, da er mehrfach und bereits mit seinem Schreiben vom 28.02.2015 auf die Unwirksamkeit der Kündigung hingewiesen habe, so dass schon das Zeitmoment nicht erfüllt sei. Der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet, Kündigungsschutzklage zu erheben, um sich hinsichtlich weiterer Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen zu können. Auch das Umstandsmoment sei nicht erfüllt, da die von der Verfügungsbeklagten dazu vorgetragenen Umstände (Einstellung der Gehaltszahlung, Abmeldung bei der Sozialversicherung u.a.) lediglich Folge des Umtandes seien, dass die Verfügungsbeklagte nach dem 28.02.2015 nicht mehr für den Verfügungskläger tätig geworden sei. Zu Recht habe das Arbeitsgericht auch festgestellt, dass ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB nicht vorliege, da die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Verfügungsbeklagte einen solchen Grund nicht hinreichend dargelegt habe. 37

Die Verpflichtung zur Unterlassung von Wettbewerb ergebe sich aus § 60 HGB, jedenfalls aber aus § 241 Abs. 2 BGB und der dort geregelten Treuepflicht. Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten sei sie nicht nur vorbereitend im Hinblick auf eine spätere Wettbewerbstätigkeit, sondern bereits aktuell für einen Wettbewerber, der bereits im Marktbereich des Verfügungsklägers agiere, tätig geworden. Wettbewerbsverhältnisse gebe es auch zwischen diakonischen Einrichtungen. Entscheidend sei, ob eine „wirtschaftliche“ Tätigkeit erbracht werde, die – wie im Rahmen des § 1 AÜG - bereits dann zu bejahen sei, wenn Güter bzw. Dienstleistungen auf dem Markt angeboten würden. Würden weniger Pflegefälle für eine Einrichtung gewonnen, wirke sich dies unmittelbar auf die Personal- und Sachmittelressourcen und damit auf die wirtschaftliche Situation einer Einrichtung aus. Bei der Gewinnung von Pflegefällen stünden die Einrichtungen deshalb durchaus im Wettbewerb. Die Verfügungsbeklagte sei auch nicht nur mit internen Organisationsaufgaben bei ihrem neuen Arbeitgeber beschäftigt, sondern trete auch nach außen als Ansprechpartnerin auf, indem sie die Leistungen ihres neuen Arbeitgebers vorstelle und in den Prospekten ausdrücklich als Ansprechpartnerin aufgeführt werde. Sie nutze dabei die seit Jahrzehnten bei dem Verfügungskläger erworbenen Kontakte und Erfahrungen. Durch die kurzfristige Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe die Verfügungsbeklagte dem Verfügungskläger die Möglichkeit genommen, in angemessener Zeit einen Nachfolger zu suchen, der die Kontakte auch für den Verfügungskläger weiter aufrecht erhalten könne. 38

Der Verfügungskläger habe die Dringlichkeit nicht durch Zuwarten selbst wiederlegt. Insbesondere habe er von der Konkurrenztätigkeit nicht bereits im März 2015 Kenntnis gehabt. Nachdem er im März zwar gerüchteweise von einer etwaigen Tätigkeit der Verfügungsklägerin für das Kwerk gehört habe, sei es Mitte März zu einem Telefonat mit dem Regionalleiter des Ev. Kwerk e.V. gekommen. Dieser habe sich in dem Telefonat aber nicht zu der Tätigkeit der Verfügungsbeklagten äußern wollen. Aufgrund dessen und aufgrund des Umstandes, dass der Kwerk e.V. in einen wesentlich größeren räumlichen Bereich tätig sei, habe der Verfügungskläger zu diesem Zeitpunkt noch nicht auf ein Handeln im Wettbewerb schließen können und müssen. 39

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die ausweislich der Sitzungsprotokolle abgegebenen Erklärungen und erteilten rechtlichen Hinweise ergänzend Bezug genommen. 40

Entscheidungsgründe 41

I. Die Berufung der Verfügungsbeklagten ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. b ArbGG) und nach den §§ 519 ZPO, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG am 08.06.2015 gegen das am 08.06.2015 zugestellte Urteil innerhalb der Monatsfrist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist damit insgesamt zulässig. 42

II. Die Berufung der Verfügungsbeklagten hat aber in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht und mit zutreffender und ausführlicher Begründung hat das Arbeitsgericht dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stattgegeben. Mit dem Arbeitsgericht ist davon auszugehen, dass der Verfügungskläger vorliegend sowohl einen Verfügungsanspruch, als auch einen Verfügungsgrund im Sinne des § 935, 940 ZPO glaubhaft gemacht hat. 43

1. Dem Verfügungskläger steht ein Verfügungsanspruch auf Unterlassung von Wettbewerb zu gemä? § 241 S. 2 BGB i.V.m. § 60 HGB. Durch ihre Tätigkeit für den Ev. Kwerk e.V. tritt die Verfügungsbeklagte in Wettbewerb zu dem Verfügungskläger (a). Dazu ist sie bis zum 30.09.2015 nicht befugt, da nach dem derzeitigen Stand der Sach- und Rechtslage davon auszugehen ist, dass bis zu diesem Zeitpunkt noch ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht (b). 44

a) Die Verfügungsbeklagte ist durch ihre Tätigkeit bei ihrer neuen Arbeitgeberin in Wettbewerb zu dem Verfügungskläger getreten. Dazu ist sie während des bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht befugt. 45

aa) Während des rechtlichen Bestehens eines Arbeitsverhältnisses ist einem Arbeitnehmer grundsätzlich jede Konkurrenztätigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt (BAG, Urteile vom 23. Oktober 2014 – 2 AZR 644/13 –, Rn. 28, juris; vom 16. Januar 2013 - 10 AZR 560/11 - Rn. 14, juris; vom 28. Januar 2010 – 2 AZR 1008/08 – Rn. 22, juris). Für Handlungsgehilfen ist dies in § 60 Abs. 1 HGB ausdrücklich geregelt. Der Arbeitsvertrag schließt über den Geltungsbereich dieser Vorschrift hinaus aber ein Wettbewerbsverbot ein, das vielfach aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers abgeleitet wurde (z.B. BAG 26. Januar 1995 – 2 AZR 355/94 – EzA BGB § 626 n.F. Nr. 155). Nunmehr ist diese Verhaltenspflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners ausdrücklich in § 241 Abs. 2 BGB normiert (BAG, Urteile vom 24. März 2010 – 10 AZR 66/09 –juris; vom 20.09.2006 – 10 AZR 439/05 – Rn. 16, BAGE 119, 294). 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 die Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung durch den Arbeitnehmer offenstehen (BAG, Urteile vom 23. Oktober 2014 – 2 AZR 644/13 –, a.a.O.; vom 28. Januar 2010– 2 AZR 1008/08 – a.a.O.; vom 21. November 1996 - 2 AZR 852/95 - juris). 46

Dem Arbeitnehmer ist aufgrund des Wettbewerbsverbots nicht nur eine Konkurrenztätigkeit im eigenen Namen und Interesse untersagt. Ihm ist ebenso wenig gestattet, einen Wettbewerber des Arbeitgebers zu unterstützen (BAG, Urteile vom 23. Oktober 2014 – 2 AZR 644/13 –, a.a.O., vom 28. Januar 2010 – 2 AZR 1008/08 – a.a.O.; vom 21. November 1996 – 2 AZR 852/95 – a.a.O.). Insoweit lässt die Rechtsprechung jede Tätigkeit ausreichen, die im Geschäftsfeld des Arbeitgebers aktiv einen Konkurrenten unterstützt, sofern der Tätigkeit 47

nicht ausnahmsweise von vornherein jegliche unterstützende Wirkung abgesprochen werden kann (vgl. BAG 24. Juni 1999 – 6 AZR 605/97 – AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 5). Offen gelassen hat das Bundesarbeitsgericht dies allerdings für einfache Tätigkeiten, die lediglich zu einer untergeordneten wirtschaftlichen Unterstützung des Konkurrenzunternehmens führen (BAG, Urteil vom 24. März 2010 – 10 AZR 66/09 – a.a.O.).

Der Arbeitnehmer darf aber schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines eigenen Unternehmens oder den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen vorbereiten (vgl. BAG 26. Juni 2008 –2 AZR 190/07 – Rn. 15). Verboten ist in diesem Rahmen lediglich die Aufnahme einer werbenden Tätigkeit, etwa durch Vermittlung von Konkurrenzgeschäften oder aktives Abwerben von Kunden; bloße Vorbereitungshandlungen erfüllen diese Voraussetzungen regelmäßig nicht (BAG, Urteile vom 23. Oktober 2014 – 2 AZR 644/13 –, a.a.O.; vom 26. Juni 2008 – 2 AZR 190/07 – a.a.O.). 48

Das vertragliche Wettbewerbsverbot gilt während der gesamten rechtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses. Bei der Bestimmung der Reichweite des Wettbewerbsverbots muss allerdings die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers Berücksichtigung finden. Daher ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob nach Art der Tätigkeit und der beteiligten Unternehmen überhaupt eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers vorliegt (BAG 24. März 2010 - 10 AZR 66/09 - juris). Ist dies jedoch der Fall, so kann sich der Arbeitnehmer, der seinem Arbeitgeber im bestehenden Arbeitsverhältnis Konkurrenz machen möchte, nicht auf den Schutz der Art. 12 und 14 GG berufen (LAG Hamburg, Urteil vom 27. Februar 2008 – 5 SaGa 1/08 – Rn. 46, juris). 49

bb) Gemessen daran steht dem Verfügungskläger ein Anspruch auf Unterlassung von Wettbewerb zu. 50

(1) Die Verfügungsbeklagte ist durch die Tätigkeit bei ihrem neuen Arbeitgeber zu dem Verfügungskläger in Wettbewerb getreten. 51

Der Verfügungskläger ist ein im Bereich der ambulanten Altenpflege tätiger Verein. Indem die Verfügungsbeklagte für ihren neuen Arbeitgeber als Ansprechpartner im Bereich der ambulanten Pflege unter Nutzung ihrer bei dem Verfügungskläger erlangten Kenntnisse und geknüpften Kontakte auftritt, um auch für diesen das Geschäftsfeld der ambulanten Pflege zu eröffnen bzw. zu erweitern, trifft sie den geschäftlichen Kernbereich des Verfügungsklägers. Die Verfügungsbeklagte bietet im Geschäftsbereich ihres bisherigen Arbeitgebers die gleichen Dienste und Leistungen gegenüber dem gleichen Kundenkreis an. Das ergibt sich bereits aus dem eigenen, an Eides statt versicherten Vortrag der Verfügungsbeklagten, wonach sie jedenfalls in einem Fall den Angehörigen einer Patientin, die mit den Leistungen des Verfügungsklägers nicht zufrieden war, die Leistungen des Kwerks angeboten hat und diese Patientin nun durch das Kwerks betreut wird. Die Verfügungsbeklagte kann sich deshalb nicht darauf berufen, dass sie nur verwaltungsinterne Tätigkeiten ohne werbenden Charakter bei dem Kwerk ausübe. Abgesehen davon, dass die Kammer nicht zu erkennen vermag, dass die Verfügungsbeklagte lediglich „verwaltungsintern“ auftritt, wenn sie auf öffentlichen Veranstaltungen die Dienste ihres neuen Arbeitgebers vorstellt und als dessen Ansprechpartnerin auftritt, kommt es darauf vorliegend streitentscheidend nicht an. Denn entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten liegt nach der oben zitierten Rechtsprechung bei einer Tätigkeit für einen Wettbewerber eine Konkurrenztätigkeit nicht nur bei einer *werbenden* Tätigkeit des Arbeitnehmers, sondern bei jeder unterstützenden Tätigkeit von nicht nur untergeordneter Bedeutung vor. Da die Verfügungsbeklagte sowohl 52

bei dem Verfügungskläger als auch bei ihrem neuen Arbeitgeber eine Leitungsfunktion im Bereich der ambulanten Pflege ausgeübt hat bzw. ausübt, kann von einer nur untergeordneten Tätigkeit nicht die Rede sein.

Die Verfügungsbeklagte kann sich schließlich auch nicht darauf berufen, dass es sich lediglich um eine „vorbereitende“ Tätigkeit handelt. Nach der oben zitierten Rechtsprechung sind zwar Vorbereitungshandlungen – u.a. die Vorbereitung des Wechsels zu einem neuen Arbeitgeber – grundsätzlich zulässig bzw. nur dann unzulässig, wenn sie werbenden Charakter haben. Vorliegend bereitet die Verfügungsbeklagte mit ihrer Tätigkeit aber nicht nur den späteren Wechsel zu einem konkurrierenden Arbeitgeber vor, sondern hat diesen bereits vollzogen. In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob die einzelnen, von dem Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten jeweils werbenden Charakter haben, sondern nur darauf, ob durch die Tätigkeit der Wettbewerber in einer nicht nur untergeordneten Weise unterstützt wird. 53

(2) Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten scheitert ein Anspruch auf Unterlassung von Wettbewerb auch nicht daran, dass es sich bei dem Verfügungskläger und dem neuen Arbeitgeber der Verfügungsbeklagten um gemeinnützige Institutionen handelt, die nicht in einem gewerblichen Wettbewerbsverhältnis stehen. 54

Die Gemeinnützigkeit eines Vereins ist ein rein steuerrechtlicher Tatbestand und ist definiert in § 52 der Abgabenordnung (AO). Gemeinnützige Vereine genießen im Gegensatz zu „normalen“ Vereinen steuerliche Vorteile, indem sie keine Gewerbe- und Körperschaftssteuer und auf viele Leistungen lediglich Umsatzsteuer i.H.v. 7 % anstatt i.H.v. 19 % abführen müssen; dafür sind sie bei der Mittelverwendung an die Vorgaben der AO (insbes. § 55 AO) gebunden. Der Gesetzgeber gestattet es den Vereinen jedoch, sich auch außerhalb des steuerbegünstigten Zwecks wirtschaftlich zu betätigen. Damit soll auch gemeinnützigen Vereinen die Möglichkeit gegeben werden, durch eine wirtschaftliche Betätigung Mittel zur Erfüllung ihrer satzungsmäßigen Zwecke zu beschaffen. Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb darf aber nicht Satzungszweck sein. Unter bestimmten Voraussetzungen wird ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb als *Zweckbetrieb* angesehen. Für den Bereich der Wohlfahrtspflege regelt dies § 66 AO. Da der Gesetzgeber auch in diesem Bereich Wettbewerb für möglich hält, hat er in den §§ 64 f. AO zur Wahrung der Wettbewerbsneutralität für gemeinnützige Betriebe ausdrücklich Regelungen getroffen, um Wettbewerbsvorteile aufgrund der Steuerbegünstigungen zu vermeiden. Aufgrund dessen – dass es sich bei der Gemeinnützigkeit um einen rein steuerrechtlichen Tatbestand handelt und die AO ausdrücklich Regelungen zum Wettbewerbsverhalten gemeinnütziger Vereine trifft – ist nach den Vorstellungen des Gesetzgeber, der den Begriff der Gemeinnützigkeit definiert hat, ein Handeln im Wettbewerb auch bei Beteiligung eines gemeinnützigen Vereins nicht von vornherein ausgeschlossen. Vielmehr gelten auch für gemeinnützige Betriebe jedenfalls im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Betätigung die normalen wirtschaftlichen und finanziellen Grundsätze eines am Markt tätigen Unternehmens. 55

b) Der Verfügungskläger kann im einstweiligen Verfügungsverfahren von der Verfügungsbeklagten die Unterlassung des wettbewerbsmäßigen Handelns bis zum Ablauf des 30.09.2015 verlangen, da bis zu diesem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht. 56

aa) Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten hat die Kammer über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung zu befinden. Denn ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung und die Feststellung des dafür notwendigen Verfügungsanspruches davon abhängig, dass über die Wirksamkeit der von einer Partei ausgesprochenen 57

Kündigung zu befinden ist, findet wie im einstweiligen Verfügungsverfahren allgemein (vgl. Germelmann, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 62 Rn. 95; Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Aufl. 2007, Teil D Rn. 5; MünchKommZPO/ Drescher, 3. Aufl. 2007, § 920 Rn. 10, § 935 Rn. 13, § 940 Rn. 8; differenzierend Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl. 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 gemäß § 920 Abs.2, § 936 ZPO genügt (LAG Hamm, Urteil vom 04. September 2012 – 14 SaGa 9/12 – Rn. 57, juris).

bb) Ein Arbeitgeber kann im Wege der einstweiligen Verfügung nach Ausspruch einer 58
außerordentlichen Eigenkündigung des Arbeitnehmers die Unterlassung von Wettbewerb aufgrund des arbeitsvertraglichen Wettbewerbsverbots dann verlangen, wenn davon auszugehen ist, dass sich die außerordentliche Kündigung als unwirksam erweist. Davon ist vorliegend nach dem glaubhaft gemachten Vortrag der Verfügungsbeklagten, die nach allgemeinen Grundsätzen für die Wirksamkeit ihrer Kündigung im einstweiligen Verfügungsverfahren die Last der Darlegung und Glaubhaftmachung trägt (LAG Hamm 04. September 2012 – 14 SaGa 9/12 – LAGE BGB 2002 § 626 Nr. 38; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23. Februar 2015 – 2 SaGa 1/15 –, Rn. 70, juris), auszugehen.

(1) Die Kündigung gilt entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten nicht schon 59
deshalb als von Anfang an wirksam, da der Verfügungskläger nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist der §§ 13 i.V.m. §§ 4 Abs. 1, 7 KSchG Klage beim Arbeitsgericht erhoben hat. Denn diese Vorschriften sind auf eine Kündigung durch den Arbeitnehmer nicht – auch nicht analog – anwendbar. Die Kammer folgt insoweit den überzeugenden Ausführungen des Arbeitsgerichts. Die Anwendung der Regelungen nur auf Kündigungen des Arbeitgebers ergibt sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut des § 4 KSchG. Gründe für eine analoge Anwendung, insbesondere eine planwidrige Regelungslücke, sind nicht erkennbar. Das Kündigungsschutzgesetz ist Schutzrecht (nur) zugunsten der Arbeitnehmer und bildet einen einheitlichen Regelungskomplex. Will der Arbeitnehmer sich auf den Schutz dieses Gesetzes berufen, muss er dies auch innerhalb der in dem Gesetz selbst enthaltenen Frist tun. Für den Arbeitgeber, der den Schutz des Gesetzes nicht genießt, gelten auch die dort enthaltenen Fristen nicht.

Zwar weist die Verfügungsbeklagte zu Recht darauf hin, dass es unter anderem Sinn und 60
Zweck der Drei-Wochen-Frist ist, alsbald Klarheit darüber zu erlangen, ob eine Kündigung wirksam ist oder nicht (BAG, Urteil vom 28. Juni 2007 – 6 AZR 873/06 –, BAGE 123, 209 - 212, Rn. 13), und dass ein Interesse an einer schnellen Klärung der Rechtslage regelmäßig auch bei Kündigungen durch den Arbeitnehmer anzunehmen ist. Aufgrund der unterschiedlichen Folgen einer unwirksamen Kündigung – insbesondere dem Annahmeverzugsrisiko des Arbeitgebers, dem kein vergleichbares wirtschaftliches Risiko des Arbeitnehmers gegenübersteht - ist das Interesse des Arbeitgebers an einer schnellen Klärung jedoch ungleich höher. Dies stellt einen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung der Sachverhalte dar und rechtfertigt es, die Regelung des § 4 KSchG entsprechend seinem Wortlaut nur auf den Arbeitnehmer anzuwenden. Ein Verstoß gegen Art. 3 GG ist nicht erkennbar.

(2) Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten hat der Verfügungskläger 61
auch sein Recht, sich im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens wegen der Unterlassung von Wettbewerb auf die Unwirksamkeit der Kündigung zu berufen, nicht

verwirkt (§ 242 BGB).

(a) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung und soll dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit dienen. Es ist nicht Zweck der Verwirkung, Schuldner, denen gegenüber Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien. Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen. Es müssen vielmehr zu dem Zeitmoment besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten (Umstandsmoment), die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen *(*BAG, Urteile vom 19. März 2003 – 7 AZR 267/02 – BAGE 105, 317; vom 25. April 2001 - 5 AZR 497/99 - BAGE 97, 326vom 17. Februar 1988 - 5 AZR 638/86 - BAGE 57, 329*).* Der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (BAG, Urteile 24. Mai 2006 – 7 AZR 365/05 – Rn. 31, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 114; vom 25. April 2001 – 5 AZR 497/99 – a.a.O. m.w.N.). Die Länge des Zeitablaufs steht dabei in Wechselwirkung zu dem Umstandsmoment (vgl. etwa BAG, Urteile vom 11. November 2014 – 3 AZR 849/11 –, Rn. 63, juris; 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - Rn. 44, BAGE 121, 289). Auch das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, kann verwirken *(*vgl. BAG, Urteile vom 20. Mai 2010 – 8 AZR 1011/08 –, Rn. 22, juris; vom 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10). 62

(b) Vorliegend ist sehr zweifelhaft, ob das Zeitmoment, wie die Verfügungsbeklagte meint, allein deshalb erfüllt ist, da der Verfügungskläger die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung nicht innerhalb der Frist des § 4 KSchG und auch nicht innerhalb eines Monats – entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten existiert kein allgemeiner Rechtssatz, nach dem Ansprüche im einstweiligen Verfügungsverfahren binnen eines Monats zu erheben sind - geltend gemacht hat. Jedenfalls fehlt es am Umstandsmoment. Denn das Verhalten des Verfügungsklägers nach Ausspruch der Kündigung war nicht geeignet, bei der Verfügungsbeklagten das Vertrauen zu begründen, der Verfügungskläger werde sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung, insbesondere ein vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängiges arbeitsvertragliches Wettbewerbsverbot, nicht mehr berufen. Denn der Verfügungskläger hat bereits mit Schreiben vom 28.02.2015 gegenüber der Verfügungsbeklagten erklärt und ausführlich begründet, dass und aus welchen Gründen er die fristlose Kündigung für unwirksam hält sowie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel nutzen wird, um Schaden von sich abzuwenden - insbesondere falls die Verfügungsbeklagte eine Wettbewerbstätigkeit entfalten sollte, der Verfügungskläger ein Handeln im Wettbewerb nicht unangegriffen hinnehmen wird. Die weiteren, von der Verfügungsbeklagten angeführten Umstände – dass der Verfügungskläger ab dem 01.03.2015 kein Gehalt mehr gezahlt hat, die Verfügungsbeklagte bei der Sozialversicherung abgemeldet hat sowie Geschäftspartnern und Mitarbeitern gegenüber Mitteilung von dem Ausscheiden der Verfügungsbeklagten gemacht hat – rechtfertigen keine andere Beurteilung. Sie sind lediglich Folge des Umstandes, dass die Verfügungsbeklagten nach diesem Zeitpunkt ihre Arbeitsleitung gegenüber dem Verfügungskläger auch nicht mehr angeboten hat, und der Verfügungskläger hat damit allenfalls zu erkennen gegeben, dass er die arbeitsvertragliche geschuldete Arbeitsleistung nicht gegen den Willen der Verfügungsbeklagten einzufordern beabsichtigt. Aufgrund dieses Verhaltens konnte die Verfügungsbeklagte aber, insbesondere vor dem Hintergrund des Schreibens vom 28.02.2015, nicht darauf schließen, dass der Verfügungskläger die fristlose Kündigung sowie ein Wettbewerbshandeln unwidersprochen hinnehmen wird. Die 63

Verwirkungsvoraussetzungen liegen daher nicht vor.

(3) Die außerordentliche Kündigung vom 27.02.2015 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht zum 28.02.2015 beendet. Denn nach dem Vortrag der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Verfügungsbeklagten liegt kein Grund vor, das Arbeitsverhältnis mit der Verfügungsklägerin außerordentlich zu kündigen. 64

(a) Bei der Beurteilung einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers gelten dieselben Grundsätze wie bei einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers (BAG, Urteil vom 12.03.2009, 2 AZR 894/07, NZA 2009, 840, Rn. 14). Nach § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis auch von dem Arbeitnehmer aus wichtigem Grund nur gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer es dem Arbeitnehmer bei Berücksichtigung aller Umstände und der beiderseitigen Interessen unzumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist aufrechtzuerhalten. Die Kündigungsvoraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB sind dabei nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in zwei Schritten zu prüfen. Zunächst ist festzustellen, ob der Kündigungssachverhalt ohne seine Besonderheiten „an sich“ d. h. typischer Weise geeignet ist, als wichtiger Grund die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zu begründen. Kann dies bejaht werden, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob - hier - dem Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls und der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zugemutet werden kann (vgl. BAG, Urteile vom 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 – NZA 2013, 319, Rn. 14; vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – NZA 2010, 1227, Rn. 16). 65

(b) Gemessen daran liegt ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB nicht vor, wie das Arbeitsgericht mit zutreffender Begründung festgestellt hat. 66

Soweit die Verfügungsbeklagte ihre Kündigung auf das mobbingähnliche Verhalten des Verfügungsklägers im Zusammenhang mit den Unstimmigkeiten zwischen der Verfügungsbeklagten und der Mitarbeiterin M stützt, waren diese Vorfälle spätestens mit der Versetzung der Mitarbeiterin M am 07.01.2015 abgeschlossen. Die erst am 27.02.2015 erklärte Kündigung wahrt die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht. 67

Die Verfügungsbeklagte kann ihre Kündigung auch nicht erfolgreich darauf stützen, dass der Verfügungskläger gegen seine Fürsorgepflicht verstoßen hat, indem er die Stelle der Mitarbeiterin M nicht unverzüglich nachbesetzt und dadurch die Verfügungsbeklagte unangemessen lange mit überobligatorischer Mehrarbeit belastet hat. Auch insoweit schließt sich die Kammer den überzeugenden Ausführungen des Arbeitsgerichts an. Schon vor der beabsichtigten Versetzung hatte der Verfügungskläger die Stelle bereits am 06.12.2014 neu ausgeschrieben. Der Abschluss des Stellenbesetzungsverfahrens am 23.01.2015 stellt insbesondere unter Berücksichtigung der Weihnachtsfeiertage keinen unangemessen langen Zeitraum dar. Dass die ausgewählte Bewerberin ihre Bewerbung am 11.02.2015 zurückgezogen hat, war nicht absehbar und kann dem Verfügungskläger nicht zum Nachteil gereichen. Abgesehen davon, dass der Vortrag der Verfügungsbeklagten zu der damit verbundenen „unhaltbaren“ Mehrarbeit völlig substanzlos bleibt, stellt auch der Umstand, dass der Verfügungskläger daraufhin nicht innerhalb von zwei Wochen einen neuen Bewerber ausgewählt hat, keinen unangemessen langen Zeitraum und damit keine grobe Pflichtverletzung dar. 68

Soweit die Verfügungsbeklagte ihre Kündigung auf das Verhalten des geschäftsführenden Vorstandes I2 in den Gesprächen am 13.02. und 23.02.2015 stützt, bleibt ihr Vortrag auch 69

hier ohne Substanz. Zutreffend hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass sich dem pauschalen Vorbringen der Verfügungsbeklagten nicht entnehmen lässt, was genau in welcher Form wem gegenüber geäußert worden ist. Die Verfügungsbeklagte hat ihr Vorbringen auch im Berufungsverfahren nicht ergänzt; einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vermag die Kammer daher auch insoweit nicht zu erkennen.

2. Das Arbeitsgericht ist mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass der Verfügungskläger auch den nach § 940 ZPO notwendigen Verfügungsgrund glaubhaft gemacht hat. 70

a) Ein Verfügungsgrund liegt vor, wenn die Besorgnis besteht, dass die Verwirklichung eines Rechts ohne eine einstweilige Regelung vereitelt oder wesentlich erschwert wird, oder wenn zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen die Regelung eines einstweiligen Zustandes nötig erscheint (vgl. § 935, 940 ZPO). Für die einstweilige Verfügung bei Wettbewerbsverboten muss grundsätzlich die konkrete Gefahr des Wettbewerbsverstoßes vorgetragen und glaubhaft gemacht werden. Dabei kann jedoch die Gefahr eines einmaligen Verstoßes ausreichen, da eine Rückgängigmachung nicht möglich ist (LAG Hamm, Urteil vom 19. Februar 2008 – 14 SaGa 5/08 –, Rn. 45, juris; LAG Niedersachen, Urteil vom 08. Dezember 2005 – 7 Sa 1871/05 – juris; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 62 Rn. 94). Der Eingriff in das Wettbewerbsverbot muss spürbar sein, da wegen der Endgültigkeit einer einstweiligen Verfügung an den Verfügungsgrund hohe Anforderungen zu stellen sind (LAG Hamm, Urteile vom 19.02.2008 – 14 SaGa 5/08 – juris; vom 12. September 2006 – 7 Sa 1356/06 – juris; LAG Niedersachen, Urteil vom 08. Dezember 2005 – 7 Sa 1871/05 – a.a.O.). 71

b) Gemessen daran ist vorliegend von einem Verfügungsgrund auszugehen. Bei dem neuen Arbeitgeber der Verfügungsklägerin handelt es sich um einen im Wettbewerb zu dem Verfügungskläger stehenden Verein. Dieser ist überwiegend in dem gleichen räumlichen Bereich wie der Verfügungskläger tätig. Wie sich den Berichten der lokalen Presse, deren Richtigkeit die Verfügungsbeklagte nicht bestritten hat, entnehmen lässt, ist die Verfügungsbeklagte als „neue Regionalchefin des Ambulanten Dienstes des Kwerks unterwegs“, kümmert sich in dieser Funktion um die Vernetzung der Pflegeheime und stationären Einrichtungen und ist Ansprechpartnerin für alle Fragen rund um die Betreuung. Die Verfügungsbeklagte ist bereits jedenfalls ein Mal als Ansprechpartnerin ihres neuen Arbeitgebers in dem „Gesprächskreis für pflegende Angehörige“ aufgetreten und hat jedenfalls nach ihrem eigenen Vorbringen bereits einer Patientin, die mit den Leistungen des Verfügungsklägers nicht einverstanden war, die Leistungen des Kwerks vorgestellt und damit einen Wechsel zu ihrem neuen Arbeitgeber mit beeinflusst. All dies sind Tätigkeiten, die dazu dienen, „Kunden“ für ihren neuen Arbeitgeber im Bereich der ambulanten Pflege zu werben für den ambulanten Pflegedienst, den ihr neuer Arbeitgeber in dem räumlichen Tätigkeitsgebiet des Verfügungsklägers auf- bzw. auszubauen beabsichtigt. 72

Aus diesen rechtswidrigen Verstößen folgt bereits die erforderliche Wiederholungsgefahr (tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsgefahr, vgl. dazu BGH, Urteile vom 24. Oktober 2005 - II ZR 56/04 – juris; vom 27. Mai 1986 - VI ZR 169/85 - juris). Insoweit ist es unerheblich, ob und in welchem Umfang die Verfügungsbeklagte aktuell noch *werbend* für ihren neuen Arbeitgeber auftritt. Denn auch wenn sie aktuell in einem anderen Bereich eingesetzt werden sollte, genügt dies nicht, um die durch die vorangegangenen Wettbewerbsverstöße begründete Besorgnis weiterer Zuwiderhandlungen wieder zu beseitigen (vergleiche hierzu LAG Berlin, Urteil vom 17. April 1989 – 6 Sa 4/98 –). Da die Verfügungsbeklagte für einen – konkurrierenden – Arbeitgeber tätig ist, ist es dem 73

Verfügungskläger unter Berücksichtigung des Verhaltens der Verfügungsbeklagten nicht zuzumuten, eine Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten und bis dahin weitere Wettbewerbsverstöße hinzunehmen. Denn durch jeden weiteren Verstoß kommt es für den Verfügungsbeklagten zu spürbaren finanziellen Einbußen. Die Verfügungsbeklagte kann nicht damit gehört werden, dass für den Verfügungskläger keine weiteren Kosten anfallen, wenn er Pflegefälle am das Kwerk abgibt, da dann auch keine weitere Kosten entstünden. Denn abgesehen davon, dass die Verfügungsbeklagte durch ein entsprechendes abwerbendes Verhalten die Arbeitsplätze ihrer früheren Kollegen und Kolleginnen gefährdet, müssen durch den Verfügungskläger die fixen Kosten wie Personalkosten, Miete etc. weiter getragen werden, ohne das diesen entsprechende Einnahmen durch Pflegedienstaufträge gegenüberstehen. Die damit verbundenen Einbußen liegen auf der Hand, ohne dass es einer Bezifferung des damit verbundenen konkreten Schadens bedarf.

c) Schließlich hat der Verfügungskläger auch die Dringlichkeit nicht selbst widerlegt. 74
Es wird insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts verwiesen. Ein Verfügungsgrund fehlt wegen Selbstwiderlegung, wenn der Antragsteller lange Zeit nach Gefährdung mit seinem Antrag zuwartet. Das setzt voraus, dass dem Antragsteller die Gefährdung der Rechtsstellung, etwa ein wettbewerbswidriges Handeln, bekannt oder aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt war; eine bloße Erkennbarkeit genügt nicht (MünchKomm/ ZPO, 12. Aufl. § 935 Rn. 19 m.w.N.).

Auch wenn der Verfügungskläger, was streitig ist, bereits im März 2015 Kenntnis von einem 75
neuen Arbeitsverhältnis der Beklagten mit dem Evangelischen Kwerk hatte, so musste er aufgrund dessen nicht zwingend auf ein wettbewerbswidriges Handeln der Verfügungsbeklagten schließen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Kwerk e.V. in einem wesentlich größeren räumlichen Bereich tätig ist. Der Verfügungskläger hat glaubhaft gemacht, dass er erst durch die Zeitungsberichte Ende April 2015 davon erfahren hat, dass die Verfügungsbeklagte genau in dem Bereich wettbewerbswidrig tätig ist, in dem auch der Verfügungskläger seine Leistungen anbietet.

d) Schließlich ist die Untersagung von Wettbewerb in dem ausgeurteilten Umfang 76
nicht mit den Rechten der Verfügungsbeklagten, insbesondere aus Art. 12 GG, unvereinbar. Ihr wird aufgrund der gewählten Form des Antrages nur untersagt, in dem begrenzten räumlichen Bereich, in dem auch der Verfügungskläger tätig ist, während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses tätig zu werden. Unstreitig kann die Verfügungsbeklagte, wie dies derzeit auch praktiziert wird, weiterhin von ihrem neuen Arbeitgeber eingesetzt werden in den Städten und Gemeinden, in dem der Verfügungskläger nicht tätig ist. Dadurch wird die Verfügungsbeklagte in ihrer Berufsausübung nicht unverhältnismäßig beschränkt.

e) Schließlich ist entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten auch der Tenor 77
des erstinstanzlichen Urteils nicht zu weit gefasst. Wird ein Arbeitnehmer in einem bestehenden Arbeitsverhältnis nicht nur vorbereitend, sondern für einen aktuell bereits in Konkurrenz stehenden anderen Arbeitgeber tätig, so sind alle diesen unterstützenden und nicht nur werbende Tätigkeiten unzulässig (s.o.).

Nach alledem war die Berufung der Verfügungsbeklagten zurückzuweisen. 78

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Revision ist gemäß § 72 79
Abs. 4 ArbGG bei Entscheidungen über Berufungen im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht zulässig.

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE