
Datum: 07.02.2017
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 12. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 Sa 745/16
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2017:0207.12SA745.16.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Aachen, 6 Ca 995/16
Schlagworte: XING-Profil, außerordentliche Kündigung wegen Konkurrenzfähigkeit
Normen: § 626 BGB, § 60 HGB
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Die fehlerhafte Angabe im privaten XING-Profil eines Arbeitnehmers einer Steuerberaterkanzlei, dieser sei als „Freiberufler“ tätig, stellt ohne Hinzutreten weiterer Umstände noch keine aktive Werbung für eine Konkurrenzfähigkeit und damit noch keinen Verstoß gegen das gesetzliche Verbot der Wettbewerbstätigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis dar.

2. Derartige weitere Umstände, die geeignet wären, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen, könnten jedoch darin gesehen werden, wenn der Arbeitnehmer unter der XING-Rubrik „Ich suche“ aktiv im bestehenden Arbeitsverhältnis freiberufliche Mandate in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber akquiriert.

3. Ist der Name des derzeitigen Arbeitgebers und der – bereits vereinbarte – künftige Zeitpunkt der Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses im XING-Profil zutreffend unter der Rubrik „Berufserfahrung“ angegeben, spricht dies bei der gebotenen Gesamtschau dafür, dass auch die Angabe einer „freien Mitarbeit“ unter der Rubrik „Ich biete“ nicht zwingend nahelegt, dass eine solche auch schon für den Zeitraum vor Beendigung des

Arbeitsverhältnisses angeboten wird.

4. Weil die Abgrenzung zwischen erlaubter Vorbereitung einer späteren Selbständigkeit und unerlaubter Konkurrenztätigkeit während des Arbeitsverhältnisses häufig fließend ist, kann bei Sachverhalten in diesem Grenzbereich regelmäßig auch nicht von der Entbehrlichkeit einer Abmahnung ausgegangen werden (insoweit Anschluss an BAG, Urteil vom 26.06.2008, 2 AZR 190/07).

Tenor:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 08.08.2016, 6 Ca 995/16, wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- | | |
|---|---|
| | 1 |
| Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses wegen Änderungen des XING-Profiles des Klägers. | 2 |
| Die Beklagte betreibt eine bundesweit an mehreren Standorten agierende Steuerberatungsgesellschaft mit Hauptsitz in A . Sie beschäftigt Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte sowohl als Arbeitnehmer wie als freie Mitarbeiter. | 3 |
| Der am 1985 geborene ledige Kläger, der keine Unterhaltsverpflichtungen hat, studierte von 2006 bis 2010 an der Universität M und erwarb hierbei den Abschluss des Bachelors sowie des Masters im Studiengang „International Business“. Alsdann begründete er zunächst ein Arbeitsverhältnis mit M in A . Seit dem 01.01.2014 bestand ein Arbeitsverhältnis zwischen den hiesigen Parteien. | 4 |
| Der Vater des Klägers betreibt eine Steuerberaterkanzlei in Ü . | 5 |
| Ausweislich des Arbeitsvertrages wurde der Kläger für den Hauptsitz A im Bereich der Assistenz der Geschäftsleitung eingestellt. Faktisch tätig war er als Sachbearbeiter im Bereich der Steuerberatung. Wegen der Einzelheiten wird auf den zur Gerichtsakte gereichten schriftlichen Arbeitsvertrag (Anlage K 1, Bl. 5 ff d. A.) Bezug genommen. | 6 |
| Unter dem 31.03.2015 schlossen die Parteien eine „Vereinbarung über Fortbildungskosten“ (Anlage K 2, Bl. 13/14 d. A.). | 7 |
| Hiernach sollte der Kläger ab dem 23.05.2015 bis voraussichtlich Februar 2017 an einem berufsbegleitenden Steuerlehrgang mit dem Ziel der Ablegung des Steuerberaterexamens teilnehmen. Hierbei vereinbarten die Parteien, dass die Kosten dieser Ausbildung in Höhe von 4.850,00 EUR grundsätzlich vom Arbeitgeber getragen werden, | 8 |

jedoch insofern ein Darlehen gewährt wird, welches nur bei Eintreten der in § 3 der Vereinbarung geregelten Voraussetzungen durch den Kläger zur Rückzahlung fällig wird.

§ 3 dieser Vereinbarung lautet:

„(Absatz 1)

Das Darlehen gemäß § 2 wird zur Rückzahlung fällig, wenn der Arbeitnehmer im Verlaufe des Lehrgangs oder innerhalb der nächsten drei Jahre nach Ablegung des Steuerberaterexamens

1. durch sein Verhalten den Arbeitgeber veranlasst, aus wichtigen Grund das Beschäftigungsverhältnis aufzulösen oder

2. selbst das Beschäftigungsverhältnis auflöst aus Gründen, die seinem Verantwortungsbereich zuzurechnen sind.

(Absatz 2)

Wird das Dienstverhältnis unter einer der Voraussetzungen des Absatzes 1 aufgelöst, so gelten während des Bestehens des Beschäftigungsverhältnisses vom Ausbildungsende bis zur Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses je 1/36 des Gesamtbetrages als getilgt. Der verbleibende Restbetrag wird mit der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zur sofortigen Rückzahlung fällig und ist ab diesem Zeitpunkt mit 5 % p.a. zu verzinsen.

(...)“

Auf Veranlassung der Beklagten verständigten sich die Parteien alsdann darauf, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Hierbei schlossen die Parteien unter dem 30.09.2015 eine schriftliche Aufhebungsvereinbarung (Anlage K 3, Bl. 15/16 d. A.). Diese sieht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses „*einvernehmlich zum 31.03.2016*“ vor. Als Grund wird genannt: „*Die Aufhebungsvereinbarung wird abgeschlossen, um einer betriebsbedingten Kündigung vorzubeugen*“. Weiter sieht der Aufhebungsvertrag vor, dass der Kläger unter Fortzahlung der geschuldeten Monatsvergütung von 3.500,00 EUR weiterhin seine Arbeitsleistung erbringt, der Arbeitgeber jedoch berechtigt ist, den Arbeitnehmer einseitig von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freizustellen und hierbei gemäß § 615 Satz 2 BGB anderweitige Bezüge anzurechnen sind, „*soweit nicht während der Freistellung Urlaub gewährt wird*“.

Unter der Überschrift „Wettbewerbsverbot“ regelt § 5 Abs. 1 des Aufhebungsvertrages ausdrücklich: „*Bis zum Beendigungstermin bleibt der Arbeitnehmer an das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot gebunden. In diesem Zeitraum ist jegliche Tätigkeit für ein Wettbewerbsunternehmen zum Unternehmen des Arbeitgebers verboten*“. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot wurde nicht vereinbart.

Der Kläger ist seit dem 24.08.2010 Mitglied im sozialen Netzwerk XING. Dieses wird im Gegensatz zu anderen sozialen Netzwerken wie z. b. Facebook nicht überwiegend privat, sondern überwiegend – jedoch nicht ausschließlich – beruflich genutzt. Zur Anlegung eines XING-Profiles haben die XING-Mitglieder unter der Rubrik „beruflicher Steckbrief“ zunächst zwingend eine - frei formulierbare – „aktuelle Tätigkeit“ anzugeben. Weiter ist unter der Rubrik „beruflicher Status“ zwingend eine Angabe vorzunehmen. Hierbei ist keine freie Formulierung möglich, sondern es ist zwingend eine der nachfolgenden Rubriken auszuwählen:

- Angestellter	20
- Arbeit suchend	21
- Beamter	22
- Freiberufler	23
- Führungskraft	24
- im Ruhestand	25
- Personalvermittler	26
- Student	27
- Unternehmer.	28

Darüber hinaus können in dem XING-Profil fakultative Angaben unter den Rubriken „Ich biete“ sowie „Ich suche“ gemacht werden. In diesen Rubriken ist es auch möglich, gar keine Angaben vorzunehmen, die jeweilige Rubrik erscheint dann auch nicht im Profil. Weiter können - quasi in Form eines Lebenslaufs - unter der Rubrik „Berufserfahrung“ berufliche Stationen präsentiert werden, wobei eine monatsgenaue Zeitangabe möglich ist und hierbei grundsätzlich auch die Angabe von Tätigkeiten in der Zukunft (bis ca. ein Jahr im Voraus) ermöglicht wird, jedoch auch die Angabe eines Enddatums für die jeweilige Tätigkeit vorgesehen ist, wobei es auch eine Ankreuzmöglichkeit eines Feldes mit „bis heute“ gibt.

Hinsichtlich der Abrufbarkeit des XING-Profiles gibt es zunächst eine auf einzelne Angaben reduzierte Version, auf die jeder Internetnutzer zugreifen kann. Darüber hinaus gibt es eine ausführlichere Version, auf die jedes eingeloggte XING-Mitglied zugreifen kann. Die Beklagte sah am 09.03.2016 das – ausführlichere, für XING-Mitglieder zugängliche – XING-Profil des Klägers ein. Auf den diesbezüglichen zur Gerichtsakte gereichten Ausdruck wird Bezug genommen (Anlage B 3, Bl. 98 – 100 d. A.).

Hier erscheint neben dem Foto des Klägers und dem kleingedruckten Namen sowie der kleingedruckten Angabe der Berufsausbildung („Master of Science in International Business“) alsdann in größerer Schrift und im Fettdruck die angegebene aktuelle Tätigkeit „Steuerberatung“.

Alsdann ist in der nächsten Zeile - ebenfalls im Fettdruck – die Beklagte genannt, mit der Bezeichnung „W , A , Deutschland“. Darunter ist alsdann - nicht mehr im Fettdruck, aber in gleicher Schriftgröße wie beim vorangegangenen Merkmal - der aktuelle berufliche Status des Klägers vermerkt. Diesen hat der Kläger jedenfalls zum Zeitpunkt 09.03.2016 mit „Freiberufler“ angegeben.

Soann enthält das XING-Profil des Klägers unter der Rubrik „Ich biete“ folgende Angaben:

- Steuererklärungen	34
- Buchhaltung	35
- freie Mitarbeit	36
	37

- Bilanzbuchhaltung	
- Lohnbuchhaltung.	38
In der Rubrik „Ich suche“ wurden vom Kläger keinerlei Eintragungen vorgenommen, so dass diese Rubrik im XING-Profil des Klägers auch nicht erscheint.	39
Unter der Rubrik „Berufserfahrung“ hat der Kläger seine Tätigkeit bei der Beklagten benannt und hierbei nachfolgende Eintragungen vorgenommen:	40
- 01/2014 – 03/2016	41
- Steuerberatung	42
- W	43
Es folgt ein Hinweis auf die Website der Beklagten	44
Darüber hinaus ist als weitere berufliche Station die vorangegangene Tätigkeit bei M als Finanzberater erwähnt.	45
Weiter enthält das XING-Profil des Klägers noch einen Hinweis auf die Ausbildung des Klägers an der Universität M sowie die Sprachkenntnisse des Klägers mit unterschiedlichen Abstufungen zu fünf Sprachen sowie persönliche Hobbys und Interessen.	46
Der Kläger war seit dem 15.02.2016 unter Anrechnung auf Resturlaubsansprüche von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt. Die bestehenden Resturlaubsansprüche machten auch ca. einen Zeitraum von sechs Wochen aus.	47
Mit Kündigungsschreiben vom 09.03.2016 erklärte die Beklagte die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien mit der Begründung, dass der Kläger durch die Angaben in seinem XING-Profil, insbesondere dem Hinweis auf eine freiberufliche Tätigkeit, gegen das Verbot unzulässiger Konkurrenztaetigkeit verstoßen habe.	48
Der Kläger hat am 22.03.2016 Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht Aachen erhoben. Er hat die Klage mit Schriftsatz vom 04.04.2016 um einen Zahlungsantrag in Höhe von 1.050,00 EUR hinsichtlich der März-Vergütung für den Zeitraum 01. bis 09.03.2016 erweitert. Mit weiterer Klageerweiterung vom 01.06.2016 hat er die Zahlung einer Urlaubsabgeltung in Höhe von 2.907,71 EUR brutto begehrt. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 31.05.2016 Widerklage erhoben und mit dieser die Rückzahlung des Darlehens hinsichtlich der Fortbildungskosten in Höhe von 4.850,00 EUR begehrt. Nach Angaben der Parteien im Kammertermin sind beim Arbeitsgericht Aachen derzeit noch zwei weitere Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien anhängig, zum einen hinsichtlich der weiteren Vergütung für den Zeitraum 10. – 31.03.2016 sowie zum anderen im Hinblick auf eine vom Kläger beehrte Zeugnisberichtigung.	49
Der Kläger behauptet, er habe erst nach seiner Freistellung am 15.02.2016 sein XING-Profil dahingehend geändert, dass er seinen beruflichen Status von „Angestellter“ zu „Freiberufler“ geändert habe. Eine freiberufliche Tätigkeit habe er jedoch jedenfalls vor dem 01.04.2016 nicht ausgeübt. Er sei auch nicht hinsichtlich der etwaigen Aufnahme einer freiberuflichen Tätigkeit vor dem 01.04.2016 durch potentielle Interessenten kontaktiert worden, insbesondere nicht über sein XING-Profil. Wenn eine solche Anfrage gekommen wäre, hätte nach eigenen Angaben den Interessenten darauf verwiesen, dass er noch bis	50

einschließlich März 2016 im Arbeitsverhältnis zur Beklagten stehe und ihm insofern bis dahin eine freiberufliche Tätigkeit im Konkurrenzbereich verwehrt sei. Der Kläger behauptet auch, er hätte sein XING-Profil hinsichtlich der Angabe „Freiberufler“ sofort wieder geändert, wenn dies von der Beklagten entsprechend verlangt worden wäre.

Während des laufenden Rechtsstreits hat sich der Mandant der Beklagten GI, der zuvor für die Beklagte vom Kläger betreut wurde, mit E-Mails von Ende Mai bzw. Anfang Juni 2016 an die Beklagte wegen fehlender Unterlagen gewandt und hierbei erklärt, aufgrund des XING-Profiles des Klägers sei bei ihm der Eindruck entstanden, der Kläger sei möglicherweise nicht als Arbeitnehmer, sondern freiberuflich für die Beklagte tätig gewesen. Weiter ist während des laufenden Rechtsstreits ab September 2016 der langjährige Mandant der Beklagten GI von der Beklagten zum Vater des Klägers in dessen Steuerberaterkanzlei gewechselt. 51

Der Kläger hat beantragt, 52

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 09.03.2016 nicht aufgelöst worden ist, 53

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.050,00 EUR brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.04.2016 zu zahlen, 54

3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 2.907,71 EUR brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.05.2016 zu zahlen. 55

Die Beklagte hat beantragt, 56

die Klage abzuweisen. 57

Sie hat darüber hinaus widerklagend beantragt, 58

den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, an die Beklagte einen Betrag in Höhe von 4.850,00 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.03.2016 zu zahlen. 59

Der Kläger hat beantragt, 60

die Widerklage abzuweisen. 61

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Kläger habe bereits durch die Angabe auf seinem XING-Profil, er sei Freiberufler, das vertraglich und gesetzlich bestehende Verbot der Konkurrenztaetigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis verletzt. Insofern sei die Grenze zur noch zulässigen Vorbereitungshandlung überschritten. Denn bei der Angabe einer freiberuflichen Tätigkeit auf dem XING-Profil handle es sich bereits um eine nach außen tretende Werbetätigkeit, die dazu diene, Mandate zu akquirieren. Die Beklagte hat weiter vorgetragen, sie gehe davon aus, dass der Kläger dieses XING-Profil auch bereits vor dem 15.02.2016 genutzt habe und dass er auch tatsächlich aktiv freiberuflich in Konkurrenz zu ihr tätig geworden sei schon vor dem 01.04.2016. Insofern treffe nach Ansicht der Beklagten den Kläger die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er keine Konkurrenztaetigkeit vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses verrichtet habe. Aufgrund der Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Kündigung sei der Kläger auch zur Rückzahlung des Darlehens gemäß 62

der Fortbildungsvereinbarung verpflichtet. Weiter stehe ihm in Höhe von 348,92 EUR brutto der geltend gemachte Urlaubsabgeltungsanspruch nicht zu, da aufgrund der Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Kündigung für den vollen Monat März 2016 kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden habe. Hinsichtlich der im Übrigen dem Grunde nach bestehenden Zahlungsansprüche (Urlaubsabgeltung im rechnerisch unstreitigen Gegenwert bei Bestand des Arbeitsverhältnisses bis einschließlich Februar 2016 sowie darüber hinaus Arbeitsvergütung für den Zeitraum 01. bis 09.03.2016) hat die Beklagte vorgetragen, die diesbezüglichen Ansprüche seien durch rechtswirksame Aufrechnung mit den Gegenansprüchen aus der Darlehensforderung erloschen. Darüber hinaus hat sie mit der Widerklage den Rückzahlungsanspruch hinsichtlich des Darlehens vollumfänglich geltend gemacht.

Das Arbeitsgericht Aachen hat mit Urteil vom 07.07.2016 der Klage vollumfänglich stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung gemäß 626 BGB sei nicht gegeben. Die Änderung des XING-Profiles stelle noch keine Wettbewerbshandlung dar. Das soziale Netzwerk XING diene nicht ausschließlich dem Zweck, neue Mandate zu akquirieren. Es diene vielmehr auch der Selbstdarstellung auf dem Markt, um ggf. von Headhuntern angesprochen zu werden. Zweck des sozialen Netzwerkes sei es auch, den Mitgliedern die Möglichkeit zu geben, untereinander in Kontakt zu bleiben. Das XING-Profil erwecke auch nicht den Eindruck, dass der Kläger als Selbständiger Steuerberatungsleistungen in Konkurrenz zur Beklagten anbiete. Vielmehr sei – insofern auch bestätigt durch die beklagtenseitig vorgelegten Mails des Mandanten – eher der Eindruck naheliegend, dass der Kläger freiberuflich für die Beklagte tätig sei. 63

Es habe auch ein berechtigtes Interesse des Klägers daran bestanden, eine neue Tätigkeit ab dem 01.04.2016 zu finden. Gerade hierfür sei das soziale Netzwerk XING geeignet. Unter der Rubrik der Berufserfahrung habe der Kläger zutreffend angegeben, dass er noch bis einschließlich Ende März 2016 bei der Beklagten beschäftigt sei. 64

Von einer tatsächlich ausgeübten freiberuflichen Wettbewerbstätigkeit des Klägers während des bestehenden Arbeitsverhältnisses könne nicht ausgegangen werden. Die insofern darlegungs- und beweispflichtige Beklagte lege neben der Änderung des XING-Profiles keine weiteren Umstände hierfür dar. 65

Jedenfalls sei die ausgesprochene außerordentliche Kündigung unverhältnismäßig. Die Beklagte hätte den Kläger vorher abmahnen müssen. Es sei nicht ersichtlich, dass der Kläger nicht auf eine entsprechende Abmahnung sein XING-Profil geändert hätte. 66

Mangels Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Kündigung bestünde auch keine Gegenforderung der Beklagten, so dass jedenfalls aus diesem Grund die erklärten Aufrechnungen ins Leere gingen und die Widerklage erfolglos bleiben musste. 67

Gegen das ihr am 28.07.2016 zugestellte Urteil vom 07.07.2016 hat die Beklagte am 12.08.2016 Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 19.10.2016 – am 19.10.2016 begründet. 68

Die Beklagte beschränkt die Berufung auf ihr Unterliegen mit dem Kündigungsschutzantrag und der Widerklage sowie der Verurteilung mit dem Zahlungsantrag bezüglich eines Teils der der Urlaubsabgeltung in Höhe von 348,92 EUR (= Wert der Urlaubsabgeltung für März 2016 in unstreitiger Höhe). 69

Sie ist der Ansicht, schon die Kontaktaufnahme zu potentiellen Kunden im noch bestehenden Arbeitsverhältnis stelle keine zulässige Vorbereitungshandlung, sondern eine unzulässige Wettbewerbshandlung dar. Wenn man die Abgrenzung zwischen der noch zulässigen Vorbereitungshandlung und der unzulässigen Konkurrenzfähigkeit entsprechend der Rechtsprechung des BAG dahingehend vornehme, dass lediglich interne, nicht nach außen tretende Maßnahmen zulässig seien, bereits nach außen tretende Maßnahmen jedoch unzulässig seien, sei die Änderung des XING-Profiles hiernach unzulässig, da sie nach außen trete. Mit der offensiven Verwendung der Worte „Ich biete“ habe der Kläger öffentlich eine Dienstleistung angeboten und diese beworben. Aus dem am 09.03.2016 abgerufenen XING-Profil ergebe sich der Eindruck, dass der Kläger sofort für eine Dienstleistung als Freiberufler im Bereich der Steuerberatung zur Verfügung stehe, nicht erst ab 01.04.2016. Der Kläger habe es versäumt, einen entsprechenden Hinweis der Verfügbarkeit erst ab dem 01.04. in seinem XING-Profil zu erwähnen. Auch der Umstand, dass der langjährige Mandant Gi zum Vater des Klägers gewechselt sei, sei kündigungsrelevant zu berücksichtigen.

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt, 71

1. auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 07.07.2016, Az. 6 Ca 995/16, teilweise abzuändern und 72

a) die auf Feststellung gerichtete Klage, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 09.03.2016 nicht aufgelöst worden ist, abzuweisen, 73

b) die Klage in Höhe eines Betrages in Höhe von 348,92 EUR brutto abzuweisen, 74

c) im Rahmen der Widerklage den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, an die Beklagte einen Betrag in Höhe von 4.850,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.03.2016 zu zahlen, 75

2. die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien je zur Hälfte und die Kosten des Berufungsverfahrens dem Kläger aufzuerlegen. 76

Der Kläger und Berufungsbeklagte beantragt, 77

die Berufung zurückzuweisen. 78

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Hierbei weist er darauf hin, dass seine Zugehörigkeit zur Beklagten bis einschließlich 3/2016 aus dem XING-Profil klar ersichtlich ist. Weiter behauptet er, eine Kontaktaufnahme über XING durch potentielle Mandanten sei von der Beklagten ausdrücklich erwünscht gewesen. Eine unzulässige Wettbewerbshandlung hätte man erst dann annehmen können, wenn er während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses ein Mandat auf eigene Rechnung angenommen hätte; dies sei jedoch nicht erfolgt. Jedenfalls sei eine vorherige Abmahnung erforderlich gewesen, der Kläger hätte dann sofort sein XING-Profil geändert. 79

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt und insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und deren Anlagen sowie das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen. 80

Entscheidungsgründe 81

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. 82

83

A. Die Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere gemäß § 64 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG statthaft, da der Beschwerdewert über 600,00 EUR liegt. Sie wurde auch frist- sowie formgerecht gemäß § 66 Abs. 1 ArbGG i. V. m. den §§ 519, 520 ZPO eingelegt und begründet.

B. Die Berufung ist jedoch unbegründet. Soweit in der Berufungsinstanz noch streitgegenständlich, war die Klage begründet und die Widerklage unbegründet. 84

I. Die Klage war begründet. 85

1.) Der Kündigungsschutzantrag war begründet. 86

Die streitgegenständliche Kündigung vom 09.03.2015 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht als außerordentliche Kündigung rechtswirksam aufgelöst. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete erst aufgrund des Aufhebungsvertrages zum 31.03.2016. Die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung gemäß § 626 BGB liegen nicht vor. 87

Gemäß § 626 BGB kann ein Arbeitsverhältnis auf wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist außerordentlich gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist. Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob ein wichtiger Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung vorliegt. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden aufgrund einer vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung ggf. trotz Vorliegen eines an sich zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung geeigneten wichtigen Grundes die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten ist. 88

Hiervon ausgehend waren die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung im Streitfall nicht gegeben. Es fehlt bereits am erforderlichen wichtigen Grund. Darüber hinaus wäre entsprechend den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts die Kündigung auch jedenfalls unverhältnismäßig, da sie nicht ohne vorherige Abmahnung hätte ausgesprochen werden dürfen. 89

a) Es fehlt bereits am erforderlichen wichtigen Grund. 90

Zwar ist ein Verstoß gegen das auch bereits ohne ausdrückliche vertragliche Regelung gemäß § 60 HGB gesetzlich bestehende Verbot, während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses eine Konkurrenztaetigkeit zu entfalten, „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB zu begründen (z. B. BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, juris, Rn. 27 ff m.w.N.; BAG, Urteil vom 26.06.2008, 2 AZR 190/07, juris). 91

Während des Zeitraums des rechtlichen Bestandes des Arbeitsverhältnisses soll der Arbeitgeber vor Wettbewerbshandlungen seines Arbeitnehmers geschützt werden. Der Arbeitnehmer darf in Marktbereichen seines Arbeitgebers Dienste und Leistungen nicht Dritten anbieten. Dem Arbeitgeber soll dieser Bereich uneingeschränkt und ohne die Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung durch den Arbeitnehmer offen stehen (BAG, Urteil vom 13.04.2014, 2 AZR 644/13, juris, Rn. 28; BAG, Urteil vom 28.01.2010, 2 AZR 1008/08, juris, Rn. 22). 92

Allerdings gilt dieses gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 60 HGB nur exakt bis zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Für den Zeitraum nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht demgegenüber kein gesetzliches Verbot der Konkurrenztätigkeit. Ein solches kann allenfalls vertraglich unter den Voraussetzungen der §§ 74 ff. HGB vereinbart werden. Sofern ein – für den Arbeitgeber durch die gesetzliche Verpflichtung zur Zahlung einer Karenzentschädigung kostenpflichtiges – nachvertragliches Wettbewerbsverbot nach § 74 HGB nicht vereinbart ist, ist ein Arbeitnehmer grundsätzlich berechtigt, bereits unmittelbar ab dem Zeitpunkt seines Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis Konkurrenz zum bisherigen Arbeitgeber zu betreiben. Da es dem Arbeitnehmer insofern regelmäßig ohne finanzielle Gegenleistung auch nicht zuzumuten ist, erst mit dem Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses die neue Tätigkeit vorzubereiten und dann gegebenenfalls einen gewissen Zeitraum ohne Entgeltansprüche überbrücken zu müssen, ist es dem Arbeitnehmer regelmäßig bereits innerhalb des Arbeitsverhältnisses ohne Verstoß gegen das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 60 HGB erlaubt, sogenannte Vorbereitungshandlungen vorzunehmen, um gegebenenfalls unmittelbar nach seinem Ausscheiden zu einem Konkurrenzunternehmen zu wechseln oder die Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen aufzunehmen (BAG, Urteil vom 23.10.2014, 2 AZR 644/13, juris, Rn. 28; BAG, Urteil vom 26.06.2008, 2 AZR 190/07, juris, Rn. 15). Verboten ist dem Arbeitnehmer insofern lediglich die Aufnahme einer aktivwerbenden Tätigkeit, etwa durch Vermittlung von Konkurrenzgeschäften oder aktives Abwerben von Kunden. Bloße Vorbereitungshandlungen erfüllen diese Voraussetzungen regelmäßig nicht (BAG 23.10.2014, a. a. O.; BAG 26.06.2008, a. a. O.).

93

aa) Hiervon ausgehend stellt die Angabe des beruflichen Status als „Freiberufler“ im XING-Profil noch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses ohne Hinzutreten weiterer Umstände noch keine unzulässige Wettbewerbshandlung dar, die einen Verstoß gegen § 60 HGB darstellen würde. Zwar war die Angabe des beruflichen Status des Klägers in dem am 09.03.2016 beklagtenseitig abgerufenen XING-Profil des Klägers unstreitig fehlerhaft. Der Kläger stand zu diesem Zeitpunkt noch in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten. Darüber hinaus hatte er sich nach eigenen Angaben zu diesem Zeitpunkt bereits Arbeit suchend für die Zeit ab dem 01.04.2016 gemeldet. Zutreffend wäre insofern der aktuelle berufliche Status „Angestellter“ bzw. „Arbeit suchen“ gewesen. Der berufliche Status „Freiberufler“ war demgegenüber unzutreffend, da der Kläger nach eigenen Angaben zu diesem Zeitpunkt keine freiberufliche Tätigkeit ausgeübt hat.

94

Allerdings stellt allein diese fehlerhafte Angabe im privaten XING-Profil des Klägers noch keinen Arbeitspflichtenverstoß in Form einer unzulässigen Konkurrenztätigkeit und keinen Verstoß gegen § 60 HGB dar. Eine solche unzulässige Konkurrenztätigkeit hätte man erst dann annehmen können, wenn der Kläger über sein XING-Profil aktiv eine konkurrierende Tätigkeit beworben und insofern gegebenenfalls sogar versucht hätte, Mandate der Beklagten noch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses abzuwerben. Ein derartiger Eindruck einer aktiven Abwerbetätigkeit entsteht nach der Verkehrsanschauung eines verständigen Betrachters aus dem unter dem 09.03.2016 abgerufenen XING-Profil des Klägers jedoch nicht. Vielmehr erweckt dieses XING-Profil eher – wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat – beim objektiven verständigen Betrachter den Eindruck, dass der Kläger seinerzeit, jedenfalls bis einschließlich März 2016, als Freiberufler bei der Beklagten beschäftigt sei. Die Tätigkeit für die Beklagte wird unter der Rubrik Berufserfahrung ausdrücklich und zutreffend angegeben als derzeit aktuelle Tätigkeit. Eine selbständige Tätigkeit für andere Auftraggeber ist insofern gerade nicht genannt. Auch verweist das XING-Profil des Klägers weiterhin auf die Website der Beklagten. Insofern wird eher Werbung für die Steuerberatungskanzlei der Beklagten gemacht als für eine eigene

95

freiberufliche Steuerberatungstätigkeit des Klägers, für die kein entsprechender Web-Auftritt verlinkt ist.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass eine aktive Werbetätigkeit für eine Konkurrenz­­tätigkeit gegebenenfalls darin hätte gesehen werden können, wenn der Kläger unter der Rubrik „Ich suche“ entsprechende Angaben gemacht hätte, beispielsweise dahingehend, dass er neue Mandate für freiberufliche Steuerberatungen sucht. Derartige Angaben hat der Kläger jedoch vorliegend gerade nicht gemacht. Er hat vielmehr unter der Rubrik „Ich suche“ überhaupt keine Angaben gemacht, so dass diese Rubrik in seinem Profil überhaupt nicht erscheint. Eine aktive Akquise freiberuflicher Mandate über die XING-Rubrik „Ich suche“, die ggf. als hinzutretender weiterer Umstand bei der gebotenen Gesamtschau geeignet sein könnte, im noch bestehenden Arbeitsverhältnis eine unzulässige Konkurrenz­­tätigkeit und damit einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu begründen, war insofern vorliegend gerade nicht gegeben (vgl. hierzu LG Kassel, Urteil vom 24.08.2011, 9 O 983/11, juris; im dortigen Sachverhalt wurde bei erfolgten Angaben unter der Rubrik „Ich suche“ im XING-Profil eines freien Handelsvertreters ein zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs geeigneter Verstoß gegen § 60 HGB angenommen).

96

Dass der Kläger seine beruflichen Tätigkeiten und Fähigkeiten unter der Rubrik „Ich biete“ angegeben hat, hat entgegen der Rechtsansicht der Beklagten auch keinen herangehobenen plakativen und werbenden Charakter, da diese Rubrik lediglich mit der von den Betreibern des Netzwerks XING vorgegebenen Wortwahl „Ich biete“ und nicht anders zur Verfügung gestellt wird. Auf die Wortwahl „Ich biete“ hat der Kläger mithin keinen Einfluss gehabt, er hätte einzig die Alternative in Betracht ziehen können, hier gar keine Angaben zu machen, was allerdings nach der Zweckrichtung des sozialen Netzwerks XING unüblich wäre.

97

Vorzuhalten ist dem Kläger in diesem Zusammenhang lediglich, dass er unter der Rubrik „Ich biete“ auch die „freie Mitarbeit“ angegeben hat, obwohl er eine solche frühestens für den Zeitraum ab April 2016 im Konkurrenz­­bereich der Beklagten anbieten durfte. Bei der vorzunehmenden Gesamtschau ergibt sich hieraus jedoch insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass unter der Rubrik „Berufserfahrung“ die Tätigkeit für die Beklagte zutreffend bis einschließlich 03/2016 angegeben wurde, bei einem Abruf des XING-Profiles des Klägers im März 2016 noch nicht zwingend der Eindruck, dass der Kläger auch „sofort“, d. h. noch vor April 2016, für eine freie Mitarbeit in Konkurrenz zur Beklagten zur Verfügung stehen würde.

98

Weiter kann dem Kläger vorgehalten werden, dass er nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, eine freiberufliche Tätigkeit als weitere spätere Tätigkeit erst mit einem Tätigkeitsbeginn „4/2016“ in seinem XING-Profil zu kennzeichnen. Die technische Möglichkeit hierzu hätte zwar grundsätzlich bestanden, allerdings erscheint dieser spätere Tätigkeitsbeginn nach den technischen Vorgaben des Betreibers der Plattform XING dann auch nicht zwingend deutlich an hervorgehobener Stelle im XING-Profil, so dass die grundsätzliche Gefahr eines irreführenden Eindrucks, der Kläger sei bereits derzeit als Freiberufler tätig, jedenfalls bei unvollständiger Betrachtung des XING-Profiles auch dann weiterhin bestanden hätte.

99

Dass dem Kläger darüber hinaus ggf. vorgehalten werden kann, dass auch für die Zeit ab April 2016 die berufsrechtliche Zulässigkeit einer selbständigen Erbringung von Steuerberater-Dienstleistungen vor Ablegung des Steuerberater­­examens und ohne Zulassung bei der Steuerberater-Kammer zu problematisieren wäre, ist jedenfalls nicht zur Begründung eines wichtigen Grundes zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses geeignet. Denn bei dem – ggf.

100

standesrechtlich unzulässigen – Anbieten selbständiger Steuerberater-Dienstleistungen ab April 2016 würde es sich jedenfalls um ein Fehlverhalten des Klägers erst nach Beendigung des hiesigen Arbeitsverhältnisses am 31.03.2016 handeln, das damit nicht mehr geeignet ist, kündigungsrelevant herangezogen zu werden.

Insgesamt reichte die fehlerhafte Angabe im XING-Profil des Klägers vorliegend nicht aus, einen zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung geeigneten wichtigen Grund zu begründen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass das soziale Netzwerk XING zwar regelmäßig durchaus gerade für die Aufnahme beruflicher Kontakte verwendet wird, dies jedoch nicht sein einziger Zweck ist, wie das Arbeitsgericht ebenfalls zutreffend herausgestellt hat. Zweck des sozialen Netzwerkes XING ist es, wie bei grundsätzlich jedem sozialen Netzwerk, u. a. auch Kontakte zu pflegen. Diese können auch im Netzwerk XING rein privater Natur sein, auch wenn die übliche Verwendung im Schwerpunkt beruflicher Kontakte liegt. Zweck eines XING-Profiles ist es insbesondere, den eigenen beruflichen Werdegang darzustellen. Dies hat der Kläger im März 2016 fehlerhaft getan, indem er sich zu früh als Freiberufler dargestellt hat in Vorwegnahme einer Entwicklung, die er erst ab dem darauffolgenden Monat vornehmen konnte. Allein diese fehlerhafte Angabe auf dem privaten XING-Profil stellt ohne das Hinzutreten weiterer Umstände jedoch noch keinen wichtigen Grund zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung dar. 101

Ob die Beklagte während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses gegebenenfalls einen Berichtigungsanspruch hinsichtlich der fehlerhaften Angabe im XING-Profil des Klägers diesem gegenüber gehabt hätte, kann mangels Entscheidungserheblichkeit im hiesigen Kündigungsschutzverfahren ausdrücklich dahinstehen. 102

bb) Einen an sich zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 BGB geeigneten wichtigen Grund hätte es dargestellt, wenn der Kläger noch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses im März 2016 auf eigene Rechnung Steuerberatungen freiberuflich in Konkurrenz zur Beklagten vorgenommen hätte. Von einer solchen Konkurrenztätigkeit des Klägers kann jedoch nicht ausgegangen werden. Der Kläger bestreitet die diesbezügliche – pauschale – Behauptung der Beklagten und die insofern hinsichtlich des Kündigungsgrundes vollumfänglich darlegungs- und beweispflichtige Beklagte trägt hierzu nichts Substantiiertes vor. 103

Hinsichtlich der beiden namentlich benannten Mandanten GI und Gi trägt die Beklagte gerade nicht vor, dass der Kläger für diese freiberufliche Steuerberatungsdienstleistungen in Konkurrenz zur Beklagten bereits während des bestehenden Arbeitsverhältnisses vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung erbracht hätte. 104

Der beklagtenseitig benannte Mandant GI hat ausweislich der diesbezüglich beklagtenseitig vorgelegten E-Mails lediglich das XING-Profil des Klägers offenbar dahingehend interpretiert – wie auch das Arbeitsgericht und die hiesige Berufungskammer –, dass hieraus der Eindruck erweckt wird, dass der Kläger als Freiberufler für die Beklagte (aber nicht in Konkurrenz zur Beklagten) tätig geworden sein könnte. Abgesehen davon ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten nicht, zu welchem Zeitpunkt Herr GI das XING-Profil des Klägers eingesehen haben soll, insbesondere nicht, ob dies noch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses oder erst danach war. Anzumerken ist allerdings, dass entgegen dem Vortrag des Klägers allein der Umstand, dass Herr GI erst Ende Mai 2016 zu den Kontakten des Klägers hinzugefügt wurde, auch kein Indiz oder gar Beleg dafür ist, dass das Einsehen des klägerischen XING-Profiles durch Herrn GI zwingend erst nach dem 31.03.2016 erfolgt sein muss. Denn das Einsehen eines XING-Profiles eines XING-Mitglieds ist grundsätzlich für alle registrierten Mitglieder technisch möglich, auch ohne dass diese vorher zueinander in Kontakt 105

treten müsse; die verkürzte Version des XING-Profiles kann grundsätzlich sogar ohne XING-Mitgliedschaft eingesehen werden.

Soweit die Beklagte vorträgt, ihr langjähriger Mandant Gi sei ab September 2016 – mithin deutlich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der hiesigen Parteien – zum Steuerberaterbüro des Vaters des Klägers gewechselt, erschließt sich hieraus in keiner Weise, worin in diesem Zusammenhang ein arbeitsvertragswidriges Verhalten des Klägers liegen soll. 106

b) Abgesehen davon, dass die streitgegenständliche Kündigung bereits am fehlenden wichtigen Grund scheitert, erweist sich die ausgesprochene außerordentliche Kündigung – wie ebenfalls zutreffend vom Arbeitsgericht ausgeführt – auch bei der im Kündigungsschutzverfahren stets vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung als unverhältnismäßig. Ein Dauerschuldverhältnis kann ohne Pflichtverletzung regelmäßig nur dann aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn vorher eine erfolglose Abmahnung ausgesprochen wurde (§ 314 Abs. 2 Satz 1 BGB). Nur ausnahmsweise ist eine Abmahnung entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen (§ 314 Abs. 2 Satz 3 BGB). Derartige besondere Umstände für die Entbehrlichkeit einer Abmahnung sind vorliegend nicht ersichtlich. Wenn der Beklagten am 09.03.2016, mithin 22 Tage vor dem Zeitpunkt, zu dem das bereits hinsichtlich der Hauptleistungspflicht der Erbringung der Arbeitsleistung suspendierte Arbeitsverhältnis ohnehin sein Ende gefunden hätte, irreführende Angaben im XING-Profil des Klägers auffallen, hätte es nahegelegen, den Kläger diesbezüglich anzusprechen und ihn zur unverzüglichen Abhilfe und Änderung des XING-Profiles aufzufordern. Dass eine derartige Aufforderung von vornherein aussichtslos gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Anlass für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung ohne vorherige Abmahnung hat der Kläger in keinem Fall gegeben. Gerade weil die Abgrenzung zwischen erlaubter Vorbereitung einer späteren Selbständigkeit und unerlaubter Konkurrenz Tätigkeit während des Arbeitsverhältnisses fließend ist, kann bei derartigen Sachverhalten, in denen die Abgrenzung zwischen noch erlaubter Vorbereitung und unerlaubter Konkurrenz Tätigkeit unklar ist, regelmäßig nicht von der Entbehrlichkeit einer Abmahnung ausgegangen werden (so ausdrücklich BAG, Urteil vom 26.06.2008, 2 AZR 190/07, juris, Rn. 19). 107

2.) Ausgehend von der Rechtsunwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 09.03.2016 und dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses noch bis einschließlich 31.03.2016 stand dem Kläger auch der Anspruch auf Urlaubsabgeltung gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG in der vollen erstinstanzlich titulierten Höhe zu. Die klägerseitig vorgenommene Berechnung des Urlaubsabgeltungsanspruchs ist zwischen den Parteien nicht streitig. Die Berufung richtet sich hinsichtlich des Zahlungsanspruchs lediglich dagegen, dass nach Rechtsansicht der Beklagten das Arbeitsverhältnis bereits zum 09.03.2016 und nicht erst zum 31.03.2016 sein Ende gefunden habe und insofern im Jahr 2016 das Arbeitsverhältnis nur zwei und nicht drei volle Kalendermonate bestanden habe. Aufgrund des festgestellten Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses noch bis einschließlich 31.03.2016 greift dieser Einwand jedoch nicht durch. 108

II. Auch die Widerklage war unbegründet. 109

Die Voraussetzungen der vertraglich vereinbarten Rückzahlungsvereinbarung gemäß § 3 der Vereinbarung vom 31.03.2015 liegen jedenfalls deswegen nicht vor, weil das Arbeitsverhältnis nicht durch rechtswirksame außerordentliche Kündigung der Beklagten beendet wurde. 110

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die unterlegene Beklagte hat die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen. 111

Gründe, die Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen, waren nicht gegeben. 112

Rechtsmittelbelehrung 113

Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsmittel gegeben. Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 72 a ArbGG wird hingewiesen. 114