

Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Urteil vom 27. Februar 2019
- 10 AZR 340/18 -
ECLI:DE:BAG:2019:270219.U.10AZR340.18.0

I. Arbeitsgericht
Neumünster

Urteil vom 26. Januar 2017
- 2 Ca 1293 a/14 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 15. März 2018
- 5 Sa 38/17 -

Entscheidungsstichworte:

Karenzenschädigung - Auskunft - Gewinnanrechnung

Leitsätze:

1. Für die Anrechnung des durch anderweitige Verwertung der Arbeitskraft während der Karenzzeit erzielten Gewinns aus selbstständiger Tätigkeit nach § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB ist maßgeblich, ob der Gewinn innerhalb des Karenzzeitraums realisiert wird. Davon ist auszugehen, wenn der frühere Arbeitnehmer die von ihm geschuldeten Erfüllungshandlungen während des Karenzzeitraums in der Weise erbracht hat, dass ihm der Anspruch auf die Gegenleistung - von den mit jeder Forderung verbundenen Risiken abgesehen - so gut wie sicher ist.
2. Besteht zwischen den Beteiligten Streit über die Tragweite der Entscheidungsformel eines vollstreckbaren Urteils, weil sie den Umfang der geschuldeten Leistung nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lässt, kann der Gläubiger erneut Klage gegen den Schuldner erheben.

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 340/18

5 Sa 38/17

Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. Februar 2019

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Widerbeklagter, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und
Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brüne, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Pulz sowie die ehrenamtliche Richterin Schürmann und den ehrenamtlichen Richter Bicknase für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 15. März 2018 - 5 Sa 38/17 - aufgehoben, soweit die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 26. Januar 2017 - 2 Ca 1293 a/14 - zurückgewiesen wurde.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 26. Januar 2017 - 2 Ca 1293 a/14 - abgeändert, soweit die Widerklage abgewiesen und die Beklagte verurteilt wurde, an den Kläger 45.705,00 Euro zu zahlen.
3. Die Klage wird insgesamt als derzeit unbegründet abgewiesen.
4. Der Kläger wird verurteilt, der Beklagten
 - a) die Gewinn- und Verlustrechnung betreffend seine selbstständige Erwerbstätigkeit im Kalenderjahr 2013 vorzulegen,
 - b) in Bezug auf die Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Kalenderjahr 2013 ergänzend Auskunft darüber zu erteilen,
 - in welcher Höhe er für seine Leistungen als selbstständiger Rentenberater Rechnungen gelegt hat,
 - welche Personalaufwendungen er für angestellte Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter hatte, insbesondere einschließlich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung, der Beiträge zur Berufsgenossenschaft und der den Arbeitnehmern gewährten geldwerten Vorteile,
 - welche Aufwendungen für elektronische Datenverarbeitung er hatte, insbesondere: Aufwendungen der elektronischen Datenverarbeitung, der Telekommunikation und ähnliche Aufwendungen, soweit sie seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit im Kalenderjahr 2013 zuzurechnen sind,
 - welche Aufwendungen für Büroräume er hatte, insbesondere Mietaufwendungen, Kostenbelastungen bei Nutzung auch privat genutzter Räumlichkeiten, Heizung, Betriebskosten, Aufwendungen für das Mobiliar, Betriebs- und Geschäftsausstattung, laufende Unterhaltung der Büroräumlichkeiten,
 - welche sonstigen Sachaufwendungen er getätigt hat, insbesondere Kosten für die Nutzung eines

Kraftfahrzeugs, Reisekosten, Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, Haftpflichtversicherung und Fortbildungsaufwendungen, Büromaterial, Fachbücher, Literatur, Telefon, Porto, Bewirtungsaufwendungen, Geschenke, Aufwendungen für Werbung.

5. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über eine Karenzentschädigung und Auskünfte. 1

Das Unternehmen der Beklagten finanziert Prozesse von Berufssportlern wegen erlittener Sportverletzungen. Der Kläger war bei der Beklagten ab dem 1. Juni 2009 als angestellter Rentenberater zu einem Monatsgehalt von insgesamt 6.503,50 Euro brutto beschäftigt. Nach § 5 des Arbeitsvertrags vom 26. Mai 2009 durfte er unter näher geregelten Einschränkungen freitags bis sonntags als selbstständiger Rentenberater tätig sein. Aufgrund einer Nebenabrede zum Arbeitsvertrag vom 6. Mai 2010 war es dem Kläger „mit sofortiger Wirkung“ ua. verboten, außerhalb des Arbeitsverhältnisses als Rentenberater oder im Bereich der Berufshilfe tätig zu werden. Ferner vereinbarten die Parteien ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot mit dem auszugsweisen Inhalt:

„IV.

Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Ablauf des Monats, in dem der Mitarbeiter das 65. Lebensjahr vollendet, gilt ausdrücklich folgendes Tätigkeits- und Wettbewerbsverbot:

- Dem Mitarbeiter ist es während der Dauer von 1 Jahr nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich untersagt, unmittelbar oder mittelbar - z. B. über eine Drittfirma - für direkte oder indirekte Konkurrenten des Arbeitgebers oder Berufsgenossenschaften wie die VBG beruflich oder anderweitig, als Angestellter, freier Berater oder im Rahmen einer

Beteiligung an einem Unternehmen - gleich welcher Rechtsform - in den Ländern: Bundesrepublik Deutschland, Republik Österreich und Schweiz tätig zu sein. Ebenso ist es ausdrücklich dem Mitarbeiter untersagt, als Rentenberater oder im Bereich der Berufshilfe für andere Dritte wie z. B. Sportvereine oder Sportler unmittelbar oder mittelbar - z. B. über eine Drittfirma - tätig zu sein.

...

- Für die Dauer dieses Wettbewerbsverbotes zahlt der Arbeitgeber an den Mitarbeiter zum Ausgleich für das Wettbewerbs- und Tätigkeitsverbot eine monatliche Karenzentschädigung, die 100 % der zuletzt bezogenen monatlichen vertragsmäßigen Leistung entspricht.
- Der Mitarbeiter verpflichtet sich, während der Dauer des Wettbewerbs- und Tätigkeitsverbotes dem Arbeitgeber Auskunft über anderweitigen Erwerb während des Bezuges der Karenzentschädigung zu erteilen. Erteilt der Mitarbeiter Auskünfte nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig, so ist der Arbeitgeber zum Zurückbehalt der Karenzentschädigung berechtigt.“

Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2012. 3
Seine Ehefrau G war bis zum 31. Dezember 2012 als kaufmännische Angestellte und persönliche Assistentin des Klägers bei der Beklagten beschäftigt. Der Kläger vertrat und vertritt auch nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mehrere Sportler gegenüber Sozialleistungsträgern.

Am 10. Januar 2013 schlossen die Geschäftsführer P und W der in L 4
ansässigen P & W Unternehmensberatungs GmbH (P & W), mit denen der Kläger seit Jahren bekannt ist, einen Gesellschaftsvertrag über die Gründung der A GmbH am Sitz der P & W. Die A GmbH verfolgt neben der Beratung von Vereinen denselben Geschäftszweck wie die Beklagte. Zwischen dem Kläger und der A GmbH war von vornherein nicht nur eine dienstvertragliche, sondern auch eine gesellschaftsrechtliche Verbindung geplant. Der Kläger durfte bis zum 31. Dezember 2013 nicht als Wettbewerber der Beklagten auftreten. Deshalb verpflichtete sich Herr P, ein Drittel der Anteile an der A GmbH mindestens bis zum 30. Dezember 2013 als Treuhänder für Frau G zu halten.

Frau G schloss mit P & W einen Anstellungsvertrag und eine Dienstwagenvereinbarung, die jeweils mit dem Datum des 10. Januar 2013 versehen waren. Nach dem Anstellungsvertrag war Frau G ab dem 1. Januar 2013 als kaufmännische Mitarbeiterin „in der Kundenbetreuung“ gegen eine monatliche Vergütung von 3.600,00 Euro beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch arbeitgeberseitige Kündigung zum 24. Juni 2013. Insgesamt flossen Frau G Gehaltszahlungen in Höhe von 20.880,00 Euro brutto zu. Weitere 2.220,00 Euro brutto wurden zu ihren Gunsten für die private Nutzung des Dienstfahrzeugs abgerechnet. 5

Frau G übte weder für die A GmbH noch für P & W zu irgendeinem Zeitpunkt Tätigkeiten aus. Das ihr überlassene Firmenfahrzeug fuhr überwiegend der Kläger. 6

Unter dem 14. März 2013 sandte der Kläger an Herrn P eine „Vergütungsrechnung“ für den Abrechnungszeitraum Januar 2013 über „vereinbarte Vergütung gem. § 4 RVG“ in Höhe von 6.000,00 Euro zuzüglich Umsatzsteuer in Höhe von 1.140,00 Euro. Herr P beglich diese Rechnung. 7

Bereits Anfang 2013 erhob der Kläger Klage gegen die Beklagte auf Zahlung der Karenzentschädigung für das Jahr 2013 in Höhe von monatlich 6.503,50 Euro. Das Arbeitsgericht Neumünster wies die Klage mit Urteil vom 16. Mai 2013 (- 2 Ca 74 d/13 -) als - zurzeit - unbegründet ab, weil der Kläger Konkurrenzaktivitäten ausübe. Es verurteilte ihn auf die Widerklage der Beklagten hin, Auskunft über die Höhe seines Erwerbs zu erteilen. Die Berufung des Klägers wies das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein mit rechtskräftigem Urteil vom 15. April 2014 (- 1 Sa 208/13 -) zurück. Der Anspruch auf die Karenzentschädigung sei zwar dem Grunde nach in Höhe von 65.700,00 Euro entstanden. Der Kläger habe nicht gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen. Der Anspruch sei jedoch nicht fällig, weil der Kläger der Beklagten keine Auskunft über seinen anderweitigen Verdienst erteilt habe. 8

Unter dem 16. Mai 2014 forderte der Kläger die A GmbH schriftlich „unter Bezugnahme auf die zwischen Ihnen, Herr RA P und dem Unterzeichner getroffene mündliche Vereinbarung“ auf, die „Garantiezahlungen“ für die Zeit 9

vom 1. Februar 2013 bis zum 30. April 2014 in Höhe von monatlich 6.000,00 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer bis zum 31. Mai 2014 auf sein Konto zu überweisen. Gegen Herrn P erhob er mit Schriftsatz vom 31. Dezember 2015 Stufenklage auf Auskunft über die in den Kalenderjahren 2012 und 2013 vereinnahmten Einkünfte aus verschiedenen vom Kläger vermittelten Geschäften und Zahlung der Hälfte dieser Einkünfte an den Kläger.

Mit Schreiben vom 19. September 2014 übersandte der Kläger der Be- 10
klagten die Einkommensteuererklärung 2013, die für ihn und seine mit ihm zu-
sammen veranlagte Ehefrau erstellt worden war. In der Anlage S „Einkünfte aus
selbständiger Arbeit“ ist ein Gewinn aus der freiberuflichen Tätigkeit „Rentenbe-
ratung“ von 3.465,00 Euro erklärt. In der Anlage N „Einkünfte aus nichtselb-
ständiger Arbeit“ sind für Frau G als „Bruttoarbeitslohn“ 21.864,00 Euro einge-
tragen. Als Werbungskosten sind ua. eine Entfernungspauschale für an
24 Tagen „mit eigenem oder zur Nutzung überlassenem Pkw“ zurückgelegte
68 km (einfache Entfernung) und „Aufwendungen für ein häusliches Arbeits-
zimmer“ in Höhe von 528,00 Euro angegeben. Auf der Grundlage dieser Anga-
ben erging am 20. November 2014 der Bescheid für 2013 über Einkommen-
steuer und Solidaritätszuschlag für den Kläger und seine Ehefrau. In den Erläu-
terungen zur Festsetzung heißt es ua.:

„Bitte teilen Sie innerhalb 3 Wochen nach Erhalt des Be-
scheides mit, warum keine Angaben zu Hinzu- und Ab-
rechnung beim Wechsel der Gewinnermittlung vorge-
nommen wurden. Reichen Sie ggf. eine entsprechende
Ermittlung ein.“

Mit der am 27. Oktober 2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen Zah- 11
lungsklage, die Gegenstand dieses Rechtsstreits ist, begehrt der Kläger
65.700,00 Euro als Karenzentschädigung für das Kalenderjahr 2013. Auf die
Widerklage der Beklagten hat das Arbeitsgericht ihn mit rechtskräftigem Teilur-
teil vom 8. Oktober 2015 (- 2 Ca 1293 a/14 -) verurteilt, die Vollständigkeit und
Richtigkeit der erteilten Auskünfte betreffend sein Einkommen im Kalenderjahr
2013 an Eides Statt zu versichern. Am 26. Februar 2016 hat der Kläger eides-
stattlich versichert, er habe durch die Vorlage seiner auf der Gewinn- und Ver-

lustrechnung basierenden Einkommensteuererklärung und des Einkommensteuerbescheids für das Jahr 2013 nach bestem Wissen und Gewissen richtig und vollständig über seine Einkünfte im Jahr 2013 Auskunft erteilt. Die Beklagte hat die Widerklage daraufhin erweitert und vom Kläger verlangt, die Gewinn- und Verlustrechnung vorzulegen sowie ergänzende Auskünfte über seine Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Kalenderjahr 2013 und die damit im Zusammenhang stehenden Aufwendungen zu erteilen.

Der Kläger hat gemeint, nachdem er die Einkommensteuererklärung und den Einkommensteuerbescheid für das Kalenderjahr 2013 vorgelegt und die eidesstattliche Versicherung abgegeben habe, sei die Karenzentschädigung fällig. Die Widerklage sei wegen des rechtskräftigen Urteils über den Auskunftsanspruch im Verfahren - 2 Ca 74 d/13 - unzulässig. Der Auskunftsanspruch sei erfüllt. Eine Anspruchsgrundlage für die begehrten ergänzenden Auskünfte fehle. Bei den von der Beklagten vorgelegten Honorarvereinbarungen habe es sich lediglich um Angebote gehandelt, die die A GmbH nicht angenommen habe. Er habe keine Vergütungen von der A GmbH erhalten. Zudem übersehe die Beklagte, dass Einnahmen, die er infolge der erlaubten Nebentätigkeit als freier Rentenberater auch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses habe erzielen können, nicht auf die Karenzentschädigung anrechenbar seien. Aufgrund der gegenüber seinen Mandanten bestehenden Verschwiegenheitspflicht könne er der Beklagten ohnehin weder umfassend Einblick in seine Geschäftstätigkeit gestatten noch mitteilen, an welche Mandanten welche Rechnungen gestellt worden seien.

12

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - zuletzt beantragt,

13

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 45.705,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 1. Oktober 2014 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Widerklagend hat sie sinngemäß beantragt, den Kläger zu verurteilen,

14

1. die Gewinn- und Verlustrechnung betreffend seine selbstständige Erwerbstätigkeit im Kalenderjahr 2013 vorzulegen;
2. in Bezug auf die Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Kalenderjahr 2013 ergänzend Auskunft darüber zu erteilen,
 - in welcher Höhe er für seine Leistungen als selbstständiger Rentenberater Rechnungen gelegt hat,
 - welche Personalaufwendungen für angestellte Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter er hatte, insbesondere einschließlich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung, der Beiträge zur Berufsgenossenschaft und der den Arbeitnehmern gewährten geldwerten Vorteile,
 - welche Aufwendungen für elektronische Datenverarbeitung er hatte, insbesondere: Aufwendungen der elektronischen Datenverarbeitung, der Telekommunikation und ähnliche Aufwendungen, soweit sie seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit im Kalenderjahr 2013 zuzurechnen sind,
 - welche Aufwendungen für Büroräume er hatte, insbesondere Mietaufwendungen, Kostenbelastungen bei Nutzung auch privat genutzter Räumlichkeiten, Heizung, Betriebskosten, Aufwendungen für das Mobiliar, Betriebs- und Geschäftsausstattung, laufende Unterhaltung der Büroräumlichkeiten,
 - welche sonstigen Sachaufwendungen er getätigt hat, insbesondere Kosten für die Nutzung eines Kraftfahrzeugs, Reisekosten, Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, Haftpflichtversicherung und Fortbildungsaufwendungen, Büromaterial, Fachbücher, Literatur, Telefon, Porto, Bewirtungsaufwendungen, Geschenke, Aufwendungen für Werbung.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

15

Die Beklagte hat die Klage für derzeit unbegründet gehalten. Mit den an Frau G gezahlten Gehältern seien in Wirklichkeit die vom Kläger gegenüber der A GmbH erbrachten Tätigkeiten vergütet worden. Da der Kläger seine Einkünfte

16

in der Einkommensteuererklärung 2013 falsch deklariert und - trotz der Strafan-
drohung - eine falsche eidesstattliche Versicherung abgegeben habe, sei ihr
Auskunftsanspruch bislang nicht erfüllt. Zur Begründung der Widerklage hat die
Beklagte behauptet, der Kläger habe vermutlich weitere Einkünfte aus den Ho-
norarvereinbarungen mit der A GmbH generiert. Aus den vorgelegten Unterla-
gen ergebe sich, dass er im Kalenderjahr 2013 erbrachte Leistungen erst im
darauffolgenden Kalenderjahr abgerechnet habe. Die Beklagte hat gemeint, im
Rahmen des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB sei nicht das Zuflussprinzip, sondern die
Entstehung des Anspruchs maßgeblich. Der Kläger müsse ihr daher nicht nur
die Gewinn- und Verlustrechnung vorlegen, sondern auch die weiteren mit der
Widerklage begehrten Auskünfte erteilen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Interes-
se - stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht
hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsge-
richt zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Klageabwei-
sung und eine Verurteilung des Klägers entsprechend der Widerklage.

17

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Die Entscheidung des Lan-
desarbeitsgerichts, der Zahlungsklage stattzugeben und die Widerklage abzu-
weisen, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Die Sache ist gleichwohl nicht an das
Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann
in der Sache selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht zu treffen
sind und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3
ZPO). Die Klage ist derzeit unbegründet. Die Beklagte hat ein Zurückbehalt-
ungsrecht gegenüber dem klageweise geltend gemachten Zahlungsanspruch.
Die auf Auskünfte gerichtete Widerklage ist aus § 74c Abs. 2 HGB begründet.

18

A. Die Klage ist zulässig, entgegen der Auffassung des Landesarbeitsge-
richts jedoch derzeit unbegründet. Dem Kläger steht zwar dem Grunde nach

19

eine Karenzentschädigung in Höhe von 65.700,00 Euro zu. Der Anspruch ist jedoch gegenwärtig nicht fällig, weil der Kläger seine Auskunftspflicht nach § 74c Abs. 2 HGB nicht erfüllt hat.

I. Der Zulässigkeit der Klage steht die Rechtskraft des Urteils vom 15. April 2014 (- 1 Sa 208/13 -) nicht entgegen. Die Rechtskraftwirkung dieses Urteils beschränkt sich auf die zu dem Anspruchsgrund und der Höhe des Anspruchs getroffenen Feststellungen. 20

1. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage auf Zahlung der Karenzentschädigung im Verfahren - 1 Sa 208/13 - mit Urteil vom 15. April 2014 als - zurzeit - unbegründet abgewiesen, weil der Anspruch nicht fällig sei. In den Entscheidungsgründen hat es bejaht, dass eine wirksame Vereinbarung nach § 110 GewO, §§ 74 f. HGB über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot getroffen worden sei, aus der dem Kläger eine Karenzentschädigung in Höhe von insgesamt 65.700,00 Euro zustehe. Es hat festgestellt, dass sich der Kläger während des Karenzzeitraums vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2013 des Wettbewerbs enthalten habe. 21

2. Soweit das Landesarbeitsgericht im Urteil vom 15. April 2014 (- 1 Sa 208/13 -) über die Erfüllung der Voraussetzungen des klageweise geltend gemachten Anspruchs entschieden hat, sind sie Teil des in Rechtskraft erwachsenden Entscheidungssatzes und im jetzigen Prozess einer erneuten rechtlichen Würdigung entzogen (vgl. *BGH 7. September 2017 - III ZR 618/16 - Rn. 23, BGHZ 215, 344; 28. Juli 2011 - VII ZR 180/10 - Rn. 12; Zöller/Vollkommer ZPO 32. Aufl. Vor § 322 Rn. 58*). Da das Landesarbeitsgericht allein die Fälligkeit des Anspruchs verneint hat, ist der Kläger trotz der Rechtskraft des Urteils vom 15. April 2014 (- 1 Sa 208/13 -) nicht an der erneuten klageweisen Geltendmachung desselben Anspruchs mit der Begründung gehindert, das bisher fehlende Tatbestandsmerkmal sei nun gegeben (vgl. *BGH 15. Mai 2018 - II ZR 92/16 - Rn. 34 mwN*). 22

II. Die Klage ist derzeit unbegründet. Der Anspruch auf Karenzentschädigung ist nicht fällig. Das Landesarbeitsgericht hat nicht beachtet, dass die Aus- 23

kunftspflicht aus § 74c Abs. 2 HGB jedenfalls dann nicht durch die Vorlage einer Einkommensteuererklärung für den Karenzzeitraum und des darauf beruhenden Einkommensteuerbescheids erfüllt werden kann, wenn - wie hier - feststeht, dass die Angaben in der Einkommensteuererklärung von vornherein unglaubhaft sind und die Einkommensteuererklärung auf diesen Angaben beruht.

1. Für Zeitpunkt und Inhalt der nach § 74c Abs. 2 HGB zu erteilenden Auskunft gelten Besonderheiten, wenn der mit einem Wettbewerbsverbot belegte Arbeitnehmer in der Karenzzeit eine selbstständige Tätigkeit aufnimmt, bei der von vornherein mit stark schwankenden Einkünften zu rechnen ist. Davon ist das Landesarbeitsgericht im Ansatz zutreffend ausgegangen. 24

a) Durch die Karenzentschädigung sollen die Nachteile ausgeglichen werden, die dem früheren Arbeitnehmer durch die Einschränkung seiner Erwerbschancen infolge der Karenz entstehen (*BAG 15. Januar 2014 - 10 AZR 243/13 - Rn. 36, BAGE 147, 128*). Nach § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB muss er sich auf die fällige Karenzentschädigung deswegen das anrechnen lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Erwerb aus der Verwertung der Arbeitskraft sind alle geldwerten Leistungen zur Abgeltung der Arbeitsleistung. Anzurechnen sind damit grundsätzlich Arbeitsentgelt und Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit. In beiden Fällen handelt es sich um den Ertrag aus persönlichem Arbeitseinsatz, der erst durch die Beendigung des vorherigen Arbeitsverhältnisses möglich geworden ist (*BAG 14. September 2011 - 10 AZR 198/10 - Rn. 16*). 25

b) Hat sich der frühere Arbeitnehmer selbstständig gemacht und hat er unregelmäßige Bezüge, ist die Karenzentschädigung aufgrund einer Gesamtbeurteilung für die Dauer eines Jahres zu ermitteln. In einem solchen Fall bezieht sich auch die Auskunftspflicht aus § 74c Abs. 2 HGB auf den Jahreszeitraum des § 74 Abs. 2 HGB. Der Arbeitnehmer, der die Auskunft erst am Ende der Karenzzeit erteilt, kann seinen Zahlungsanspruch zuvor nicht durchsetzen (*BAG 2. Juni 1987 - 3 AZR 626/85 - zu III 3 der Gründe, BAGE 55, 309*). 26

- c) Den Arbeitgeber trifft im Rahmen des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und in welcher Höhe anrechenbare Bezüge den Anspruch des früheren Arbeitnehmers auf Karenzentschädigung mindern. Um dies leichter und vor allem ohne Einleitung aufwendiger Überwachungsaktionen prüfen zu können, muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nach § 74c Abs. 2 HGB „auf Erfordern“ Auskunft über die Höhe seines Erwerbs erteilen. Inhalt und Umfang des Auskunftsanspruchs richten sich im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben. Bietet der Arbeitnehmer, der im Karenzzeitraum Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit erzielt hat, zum Nachweis die Vorlage des Einkommensteuerbescheids an, muss sich der Arbeitgeber damit grundsätzlich zufriedengeben (*BAG 25. Februar 1975 - 3 AZR 148/74 - zu II 2 der Gründe*). Der Arbeitgeber kann von ihm nach § 74c Abs. 2 HGB auch die Vorlage des Einkommensteuerbescheids verlangen (*BAG 13. November 1975 - 3 AZR 38/75 - zu III 2 b der Gründe*). 27
2. Das Landesarbeitsgericht hat nicht beachtet, dass der Auskunftsanspruch aus § 74c Abs. 2 HGB nach diesen Grundsätzen jedenfalls dann nicht durch die Vorlage der Einkommensteuererklärung und des Einkommensteuerbescheids erfüllt wird, wenn feststeht, dass die Angaben in der dem Bescheid zugrunde liegenden Einkommensteuererklärung von vornherein unglaubhaft sind. 28
- a) Die Anrechnung des Erwerbs aus einer anderweitigen Verwertung der Arbeitskraft nach § 74c Abs. 1 HGB soll den Arbeitgeber nicht entlasten. Sie soll vielmehr verhindern, dass der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz stetig wechselt oder sich für ein Leben ganz ohne Arbeit entscheidet. Die Regelungen in § 74 Abs. 2, § 74b Abs. 1 und § 74c HGB sollen verhindern, dass die vereinbarte Entschädigung im Ausgleichszeitraum überschritten wird und der Arbeitnehmer Karenzentschädigung erhält, obwohl er durch das Wettbewerbsverbot keine beruflichen Nachteile erleidet (*BAG 14. September 2011 - 10 AZR 198/10 - Rn. 21; 2. Juni 1987 - 3 AZR 626/85 - zu III 1 b, 1 c und 2 a der Gründe, BAGE 55, 309*). 29

- b) Der Auskunftsanspruch aus § 74c Abs. 2 HGB kann nicht durch von vornherein ungläubhafte Auskünfte erfüllt werden. Vielmehr schuldet der frühere Arbeitnehmer wahrheitsgemäße Angaben über seinen anderweitigen Erwerb (vgl. *ErfK/Oetker 19. Aufl. HGB § 74c Rn. 9*). 30
- aa) Bei der Erteilung einer Auskunft handelt es sich um eine Handlung iSv. § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Er kann die Auskunft nur aufgrund seines persönlichen Wissens erteilen. Infolgedessen erfüllt der Schuldner seine Auskunftspflicht nicht, wenn er eine nicht ernst gemeinte, unvollständige oder von vornherein ungläubhafte Auskunft erteilt (*BGH 5. März 2015 - I ZB 74/14 - Rn. 15*). In einem solchen Fall kann der Schuldner auch nicht mit Erfolg geltend machen, er habe den Auskunftsanspruch mit der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung erfüllt (vgl. *BAG 29. Juli 1993 - 2 AZR 110/93 - zu II 3 c aa der Gründe, BAGE 74, 28*). 31
- bb) Überdies gebietet es die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 iVm. § 280 Abs. 1 BGB, dass eine Auskunft, die die eine Vertragspartei der anderen auf ein von dieser offenbartes Informationsbedürfnis hin erteilt, richtig, eindeutig und vollständig sein muss (*BAG 15. Dezember 2016 - 6 AZR 578/15 - Rn. 27*). Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dazu gehört es, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Vermögensinteressen des anderen Teils so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Interessen und Belange beider Vertragsparteien nach Treu und Glauben verlangt werden kann (vgl. *BAG 24. Oktober 2018 - 10 AZR 69/18 - Rn. 24; 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - zu II 3 a der Gründe*). 32
3. Ausgehend von den das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 ZPO) hat der Kläger mit der von ihm vorgelegten Einkommensteuererklärung für das Kalenderjahr 2013 eine von vornherein ungläubhafte Auskunft über sein während der Karenzzeit erzielttes Einkommen erteilt. Diese Auskunft ist durch die Vorlage des auf diesen Angaben 33

beruhenden Einkommensteuerbescheids für 2013 und die eidesstattliche Versicherung vom 26. Februar 2016 nicht richtig(er) geworden.

a) Die in der Einkommensteuererklärung enthaltene Angabe des Klägers, wonach sich seine Einkünfte im Kalenderjahr 2013 auf einen Gewinn aus selbstständiger Arbeit in Höhe von 3.465,00 Euro beschränkten, ist von vornherein unglaubhaft. Das Landesarbeitsgericht hat erkannt, dass es sich bei den in der Steuererklärung angegebenen Einkünften von Frau G einschließlich des geldwerten Vorteils für die private Nutzung des Dienstwagens um die Gegenleistung für vom Kläger gegenüber der A GmbH geschuldete Tätigkeiten handelte. Der Arbeitsvertrag wurde zum Schein abgeschlossen, um mögliche Wettbewerbsverstöße des Klägers infolge der geschäftlichen Verbindung mit der A GmbH zu verschleiern. Damit steht zugleich fest, dass der Kläger trotz des Erfordernisses einer eigenhändigen Unterschrift unter der Einkommensteuererklärung nicht „steuerehrlich“ war. 34

b) Soweit das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat, das Finanzamt habe die Angaben in der Steuererklärung zu prüfen, hätte es sich ihm aufdrängen müssen, dass eine solche Prüfung nicht stattgefunden haben konnte. Es erschließt sich aus den weiteren Erwägungen im angefochtenen Urteil auch nicht, warum das Landesarbeitsgericht die vom Kläger - in Kenntnis der Strafvorschriften - abgegebene eidesstattliche Versicherung gleichwohl zu seinen Gunsten berücksichtigt hat. 35

4. Hat der frühere Arbeitnehmer - wie hier der Kläger - die nach § 74c Abs. 2 HGB verlangte Auskunft nicht erteilt, kann der Arbeitgeber die Zahlung der Karenzentschädigung verweigern, bis er die Auskunft erhält (*BAG 2. Juni 1987 - 3 AZR 626/85 - zu III 1 der Gründe, BAGE 55, 309*). 36

a) Dass seine Auskunft etwa lediglich in einzelnen Punkten unvollständig sei und deshalb kein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten bestehe, hat der Kläger nicht geltend gemacht (*vgl. BAG 29. Juli 1993 - 2 AZR 110/93 - zu II 1 c gg der Gründe, BAGE 74, 28*). Der seiner Revisionserwiderung beige- 37

fügte Änderungsbescheid vom 4. August 2017 stimmt im entscheidungserheblichen Inhalt mit dem Ausgangsbescheid überein.

b) Die Beklagte hat sich durchgehend auf ihr Leistungsverweigerungsrecht berufen. Danach war die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen (*vgl. BAG 19. Februar 1997 - 5 AZR 379/94 - zu 3 der Gründe mwN*). 38

B. Die Widerklage ist zulässig und begründet. Die Beklagte kann vom Kläger nach § 74c Abs. 2 HGB verlangen, dass er die Gewinn- und Verlustrechnung vorlegt und die mit dem Widerklageantrag zu 2. begehrten Auskünfte erteilt. 39

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Zulässigkeit der Widerklage zu Recht bejaht. 40

1. Der Widerklage steht die materielle Rechtskraft des Urteils des Arbeitsgerichts Neumünster vom 16. Mai 2013 (- 2 Ca 74 d/13 -) und des im Ausgangsverfahren ergangenen Teilurteils vom 8. Oktober 2015 (- 2 Ca 1293 a/14 -) nicht entgegen. 41

a) Der Gläubiger, der für seinen Anspruch bereits einen vollstreckbaren Titel besitzt, kann jedenfalls dann nochmals Klage gegen den Schuldner erheben, wenn die Urteilsformel den Umfang der geschuldeten Leistung nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen gibt und deshalb zwischen den Beteiligten Streit über ihre Tragweite besteht. Die Entscheidungsformel wird nicht materiell rechtskräftig iSv. § 322 Abs. 1 ZPO (*BGH 13. Juli 2017 - IZR 64/16 - Rn. 31 mwN*). 42

b) Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Dem Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 16. Mai 2013 (- 2 Ca 74 d/13 -) lässt sich nicht entnehmen, in welcher Form der Kläger Auskunft über die Höhe seines während der Karenzzeit erzielten Erwerbs zu erteilen und welche Unterlagen er der Beklagten vorzulegen hat. Daran ändert die Verurteilung des Klägers, die Vollständigkeit und Richtigkeit der erteilten Auskunft an Eides Statt zu versichern, durch das Teilurteil vom 8. Oktober 2015 (- 2 Ca 1293 a/14 -) nichts (*vgl. BAG* 43

29. Juli 1993 - 2 AZR 110/93 - zu II 3 c aa der Gründe, BAGE 74, 28). Der Kläger müsste daher befürchten, dass die Beklagte im Fall ihrer Inanspruchnahme aus dem Zahlungstitel mit der Vollstreckungsabwehrklage einwendet, ihr stehe wegen Nichterfüllung des ebenfalls titulierten Auskunftsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht zu.

2. Die Beklagte hat auch ein berechtigtes Interesse an der Vorlage der Gewinn- und Verlustrechnung und der darüber hinaus begehrten Auskünfte. Weitere vom Kläger ggf. im Kalenderjahr 2013 erzielte Einkünfte wirken sich mindernd auf die geschuldete Karenzentschädigung aus (vgl. BAG 2. Juni 1987 - 3 AZR 626/85 - zu IV 3 der Gründe, BAGE 55, 309). 44

II. Die Widerklage ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts begründet. Die Beklagte kann vom Kläger nach § 74c Abs. 2 HGB, § 242 BGB iVm. Nr. IV der Nebenabrede zum Arbeitsvertrag vom 6. Mai 2010 die Ergänzung der bereits erteilten Auskunft um die von ihr mit den Widerklageanträgen zu 1. und zu 2. begehrten weiteren Angaben verlangen. Sie hatte hinreichenden Anlass, der bisher erteilten Auskunft zu misstrauen. Die den Widerklageanträgen zu 1. und zu 2. entsprechende Auskunftspflicht des Klägers ist geboten. Die Beklagte kann die Karenzentschädigung ohne diese Informationen nicht zutreffend berechnen. Dem Kläger ist es zumutbar, diese Auskünfte zu erteilen. 45

1. Soweit sich der frühere Arbeitgeber nicht mit dem Einkommensteuerbescheid zufriedengibt, sondern weitere Auskünfte wie etwa die Vorlage von Gewinn- und Verlustrechnungen erstrebt, muss im Einzelfall geprüft werden, die Vorlage welcher Belege dem früheren Arbeitnehmer billigerweise zugemutet werden kann. In die erforderliche Abwägung sind die Gründe einzubeziehen, die den Arbeitgeber veranlassen, den Angaben zu misstrauen (BAG 2. Juni 1987 - 3 AZR 626/85 - zu IV 3 der Gründe, BAGE 55, 309). 46

2. Das Urteil des Dritten Senats vom 25. Februar 1975 (- 3 AZR 148/74 - zu II 2 der Gründe), auf das sich der Kläger in diesem Zusammenhang beruft, steht dem nicht entgegen. Wenn es darin heißt, der Einkommensteuerbescheid könne besser als jede andere Unterlage Gewissheit über die Richtigkeit der 47

Angaben zum Einkommen des früheren Arbeitnehmers vermitteln, setzt dies selbstverständlich voraus, dass der Arbeitnehmer „steuerehrlich“ ist und seine Einkünfte in der Steuererklärung dementsprechend zutreffend angibt. Der Hinweis, vor Erlass des Steuerbescheids werde geprüft, ob die Angaben stimmten, verfängt jedenfalls dann nicht, wenn die tatsächlich erzielten Einkünfte dem Finanzamt gegenüber erfolgreich verschleiert wurden.

3. Die Beklagte hatte hinreichenden Anlass, der vom Kläger erteilten Auskunft über seinen während der Karenzzeit erzielten Erwerb aus selbstständiger Tätigkeit zu misstrauen. Der Kläger hat nicht zuletzt durch die Vorlage der Einkommensteuererklärung für das Kalenderjahr 2013 und des darauf beruhenden Einkommensteuerbescheids massiv und nachdrücklich versucht, seinen während der Karenzzeit erzielten anderweitigen Erwerb gegenüber der Beklagten zu verschleiern. Der vom Landesarbeitsgericht festgestellte Sachverhalt lässt vermuten, dass die auf der Verwertung seiner Arbeitskraft während des Karenzzeitraums beruhenden Erwerbseinkünfte des Klägers aus selbstständiger Tätigkeit den von ihm erklärten Gewinn aus der freiberuflichen Tätigkeit „Rentenberatung“ von 3.465,00 Euro einschließlich der ihm zuzurechnenden Einkünfte seiner Ehefrau überstiegen haben. 48

a) Der Kläger war unstreitig auch nach dem 31. Dezember 2012 weiterhin selbstständig als Rentenberater tätig und vertrat auch weiterhin Sportler. Er hat ausdrücklich eingeräumt, während des Karenzzeitraums Kunden der A GmbH vertreten, vertragliche Beziehungen zu Herrn P zur gemeinsamen Bearbeitung von Mandaten gehabt und der A GmbH Angebote zum Abschluss von Honorarvereinbarungen unterbreitet zu haben. Außerdem hat er sich gegen die Anrechnung von Einkünften aus einer ihm vermeintlich erlaubten Nebentätigkeit gewandt. Da der Kläger den Bezug von Entgeltersatzleistungen in der Karenzzeit nicht behauptet hat und (noch) nicht über die Karenzentschädigung verfügen konnte, liegt die Annahme nahe, dass er mit den Einkünften aus der selbstständigen Tätigkeit seinen Lebensunterhalt bestreiten konnte. Die „Erläuterungen zur Festsetzung“ im Bescheid vom 20. November 2014, wonach der Kläger den Grund dafür mitzuteilen hatte, dass keine Angaben zu Hinzu- und Abrech- 49

nung beim Wechsel der Gewinnermittlung gemacht wurden, deuten darauf hin, dass der im Kalenderjahr 2013 zu versteuernde Gewinn durch sog. Gewinnkorrekturen reduziert wurde (vgl. dazu *BFH 11. Mai 2016 - X R 61/14 - Rn. 30, BFHE 253, 407; Durchlaub BB 1976, 232, 233*).

b) Zudem bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger Einkünfte aus der während der Karenzzeit erfolgten Verwertung seiner Arbeitskraft durch selbstständige Tätigkeit erst nach dem 31. Dezember 2013 abgerechnet und deshalb nicht gegenüber der Beklagten offengelegt hat. Ausweislich seiner Aufforderung an die A GmbH vom 16. Mai 2014 mit dem Betreff „Monatliche Garantiezahlungen“ hat der Kläger während der Karenzzeit für die A GmbH Leistungen im Wert von insgesamt 66.000,00 Euro netto erbracht. Aus der unter dem 31. Dezember 2015 erhobenen Stufenklage geht hervor, dass ihm auch Einkünfte aus Geschäften zustehen, die er während des Karenzzeitraums für Herrn P vermittelt und betreute. Sein Vortrag im Schriftsatz vom 16. März 2015, wonach er von Herrn P im Jahr 2014 - „also nach Beendigung des Wettbewerbsverbots“ - eine Vergütung erhalten habe, lässt darauf schließen, dass er die dafür geschuldete Gegenleistung bereits während der Karenzzeit erbracht hat.

50

c) Nach dem auch im Rahmen des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB zu beachtenden Realisationsprinzip des § 252 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 HGB sind diejenigen Gewinne aus einer selbstständigen Tätigkeit auf die Karenzentschädigung anzurechnen, die bis zum Ende der Karenzzeit realisiert wurden. Der Gewinn ist realisiert, wenn der Leistungsverpflichtete die von ihm geschuldeten Erfüllungshandlungen in der Weise erbracht hat, dass ihm die Forderung auf die Gegenleistung - von den mit jeder Forderung verbundenen Risiken abgesehen - so gut wie sicher ist (*BFH 15. Februar 2017 - VI R 96/13 - Rn. 24, BFHE 257, 244*). Danach sind Gewinne anzurechnen, wenn der Anspruch auf die Gegenleistung für die anderweitige Verwertung der Arbeitskraft während der Karenzzeit rechtlich bis zu deren Ablauf bereits entstanden ist oder wenn die für die Entstehung wesentlichen wirtschaftlichen Ursachen während der Karenzzeit gesetzt worden

51

sind und der frühere Arbeitnehmer mit der künftigen Entstehung der Forderung fest rechnen kann.

aa) Die Anrechnung anderweitigen Erwerbs nach § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB 52
bezieht sich bei einer selbstständigen Tätigkeit nicht auf die Einnahmen als solche, sondern auf den nach Abzug der Betriebsausgaben verbleibenden Gewinn (*Bauer/Diller Wettbewerbsverbote 8. Aufl. Rn. 781; Grill/Janert Die Konkurrenzklausele 5. Aufl. S. 54; Röhler/Borrmann Wettbewerbsbeschränkungen für Arbeitnehmer und Handelsvertreter S. 89 f.*). Der Gewinn ist grundsätzlich durch Abzug der Geschäftsunkosten vom erzielten Bruttogewinn zu ermitteln (*Bauer/Diller aaO; Weber in Staub 5. Aufl. HGB § 74c Rn. 8*). Da § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB auf die Verwertung der Arbeitskraft abstellt, müssen in die Gewinnermittlung alle Gegenleistungen eingestellt werden, die auf dem Einsatz der eigenen Arbeitskraft während des Karenzzeitraums beruhen und ohne die Aufgabe der bisherigen Tätigkeit nicht hätten erzielt werden können (*vgl. BAG 16. November 2005 - 10 AZR 152/05 - Rn. 15, 18*). Es kommt auf die am Ende der Karenzzeit realisierten Gewinne an (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 Halbs. 2 HGB).

bb) Für die Anrechnung anderweitigen Erwerbs aus selbstständiger Tätigkeit 53
nach § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB kann danach nicht das Zuflussprinzip des § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG maßgeblich sein. Es kann auch nicht darauf ankommen, ob die Gegenleistung innerhalb der Karenzzeit abgerechnet oder fällig wurde (*vgl. BAG 16. November 1973 - 3 AZR 61/73 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 25, 385; Baumbach/Hopt/Roth HGB 38. Aufl. § 74c Rn. 1*). Entscheidend ist vielmehr, ob und ggf. inwieweit der Anspruch bereits während des Karenzzeitraums realisiert wurde (*vgl. Bauer/Diller Wettbewerbsverbote 8. Aufl. Rn. 803*). Könnte der Arbeitnehmer die Anrechnung verhindern, indem er die Fälligkeit des Anspruchs hinausschöbe, schädigte er den früheren Arbeitgeber (*vgl. BAG 20. Januar 1967 - 3 AZR 253/66 - zu 5 a der Gründe, BAGE 19, 194*). Mit einem solchen Verhalten verletzte er seine aus § 74c Abs. 2 HGB folgende Obliegenheit, aus Rücksichtnahme auf den früheren Arbeitgeber einen zumutbaren Zwischenverdienst zu erzielen (*Grill/Janert Die Konkurrenzklausele 5. Aufl. S. 61 Fn. 43; Schlegelberger/Schröder HGB 5. Aufl. § 74c Rn. 3a*).

[Verminderung des Nettogewinns durch „ungerechtfertigte Kostengestaltung“]; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene 4. Aufl. § 74c Rn. 6 [selbstständige Tätigkeiten mit beabsichtigt unangemessen niedrigem Einkommen]; vgl. auch BAG 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 25 [zu § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG].

d) Dass der Kläger im Kalenderjahr 2013 erhebliche gewinnmindernde Investitionen zur Existenzgründung zu tätigen hatte, ist nicht erkennbar. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, er habe die Tätigkeit als Rentenberater nicht „neu“ aufbauen müssen. Aufwendungen für das „häusliche Arbeitszimmer“ waren in der Einkommensteuererklärung bei der keiner beruflichen Tätigkeit nachgehenden Ehefrau des Klägers mit 528,00 Euro angegeben. Jedenfalls bis zur Jahresmitte 2013 konnte der Kläger auch den seiner Ehefrau zur Verfügung stehenden Dienstwagen nutzen. 54

4. Die Beklagte ist auf die begehrten Auskünfte angewiesen, um die Karenzentschädigung des Klägers berechnen zu können. Dem Kläger kann nach Treu und Glauben billigerweise zugemutet werden, die erstrebten Auskünfte zu erteilen. 55

a) Eine Auskunftspflicht besteht aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch ohne besondere gesetzliche Regelungen, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann und der Verpflichtete sie unschwer zu geben vermag (BGH 1. Dezember 1997 - II ZR 312/96 - Rn. 8). 56

b) Bei den nach § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB auf die Karenzentschädigung anzurechnenden Einkünften aus selbstständiger Tätigkeit geht es in der Regel um Erträge, die der Selbstständige als Anbieter auf dem Markt durch Verkäufe von Waren oder durch Dienstleistungen erzielt (BAG 16. November 2005 - 10 AZR 152/05 - Rn. 15). Angesichts der vielfältigen Erscheinungsformen des Geschäftslebens lassen sich keine schematischen Regeln in Bezug auf die erforderlichen Angaben über anrechenbare Einkünfte aus einer selbstständigen 57

Tätigkeit aufstellen (*BAG 29. Juli 1993 - 2 AZR 110/93 - zu II 1 c gg der Gründe, BAGE 74, 28*). Dies gilt insbesondere für die Verpflichtung, Belege für die Richtigkeit der gemachten Angaben beizubringen, die der frühere Arbeitnehmer erst nach Beendigung der Karenzzeit erteilt hat. Nach Treu und Glauben kommt es darauf an, welche Einwände der Arbeitgeber erhebt. Dabei muss auch berücksichtigt werden, welche Angaben und Belege dem Arbeitnehmer möglich und zumutbar sind, um die Überprüfung des Einkommens durch den früheren Arbeitgeber zu ermöglichen (*vgl. BAG 2. Juni 1987 - 3 AZR 626/85 - zu III 2 b und III 3 der Gründe, BAGE 55, 309*). Der Auskunftsanspruch darf nicht entwertet werden, indem dem Arbeitgeber selbst bei begründeten Einwendungen jegliche Möglichkeit abgeschnitten wird, die Angaben des früheren Arbeitnehmers zu kontrollieren (*BAG 29. Juli 1993 - 2 AZR 110/93 - aaO*).

c) Ob der frühere Arbeitnehmer, der während der Karenzzeit Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit erzielt hat, stets die von ihm erstellte Gewinn- und Verlustrechnung vorlegen muss, ist umstritten. 58

aa) Die Gewinn- und Verlustrechnung gibt Auskunft über den Gewinn oder Verlust des Geschäftsjahres in absoluter Größe. In die Rechnung zur Gewinnermittlung fließen mehr erfolgsrelevante Daten ein als in die Überschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG, bei der zur Gewinnermittlung lediglich die abgeflossenen Betriebsausgaben von den zugeflossenen Betriebseinnahmen subtrahiert werden. Die Gewinn- und Verlustrechnung hat aufgrund der periodengerechten Erfassung von Aufwendungen und Erträgen (§ 252 Abs. 1 Nr. 5 HGB) insbesondere für neu gegründete Unternehmen und Unternehmen mit schwankenden Gewinnen Vorteile, weil der Gewinn unabhängig von den zugehörigen Zahlungszeitpunkten ermittelt wird. 59

bb) Ein beachtlicher Teil der Literatur hält die Vorlage der Gewinn- und Verlustrechnung für erforderlich, weil der Steuerbescheid nur einen Gesamtbetrag als Gewinn ausweise. Dies könne im Rahmen des § 74c Abs. 2 HGB schon wegen der unzähligen Wahlrechte, beispielweise für die Ermittlung der Einkünfte nach § 4 Abs. 1 oder Abs. 3 EStG, nicht ausreichen, zumal dem Steuerpflichtigen ein weiter Ermessensspielraum zum Beispiel bei der Bildung von Rück- 60

stellungen für sog. Drohverluste zugebilligt werde (*Bengelsdorf BB 1979, 1150, 1151 f.; Durchlaub BB 1976, 232, 233*).

cc) Nach einer anderen, allerdings nicht näher begründeten Auffassung soll der Arbeitgeber keinen Anspruch auf die Vorlage der Gewinn- und Verlustrechnung haben (*MüKoHGB/von Hoyningen-Huene 4. Aufl. § 74c Rn. 30; ErfK/Oetker 19. Aufl. HGB § 74c Rn. 9; ähnlich Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Boecken 3. Aufl. § 74c Rn. 30: „... keine Verpflichtung, Einsicht in die Handelsbücher zu geben“*). Boemke hält die Vorlage der Einkommensteuererklärung und des Einkommensteuerbescheids sogar stets für ausreichend, bringe der frühere Arbeitnehmer doch damit zum Ausdruck, dass die dort angesetzten Einnahmen das Maximum dessen seien, was den Anspruch mindere (*jurisPR-ArbR 38/2018 Anm. 5 zu C*). 61

d) Im Streitfall ist dem Kläger die Vorlage der von ihm erstellten Gewinn- und Verlustrechnung nach § 242 BGB jedenfalls deshalb zuzumuten, weil er auch und gerade durch die Vorlage der Einkommensteuererklärung und des Einkommensteuerbescheids massiv und nachdrücklich versucht hat, seine während der Karenzzeit erzielten Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit gegenüber der Beklagten zu verschleiern. 62

aa) Soweit sich der Kläger in der Revision darauf beruft, die Beklagte habe nicht dargelegt, dass und weshalb seine Buchhaltung nicht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung entsprochen habe, kann er damit schon wegen seiner unglaublichen Angaben in der Einkommensteuererklärung für das Kalenderjahr 2013 nicht gehört werden. Sein erneuter Hinweis darauf, er habe nichts verschleiert und auch nichts verschwiegen, widerspricht den gegenteiligen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. 63

bb) Der Kläger kann auch nicht damit durchdringen, er habe den mit dem Widerklageantrag zu 1. geltend gemachten Anspruch durch die Übergabe der verlangten Unterlage im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat erfüllt. Dieses Vorbringen kann das Revisionsgericht nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht berücksichtigen. Es wurde weder von der Gegenseite unstreitig 64

gestellt noch betrifft es Tatsachen, die in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten sind (vgl. BAG 21. März 2017 - 3 AZR 619/15 - Rn. 39 mwN).

e) Der Auskunftsanspruch der Beklagten besteht auch im Hinblick auf die mit dem Widerklageantrag zu 2. begehrten Auskünfte. Diese Informationen benötigt die Beklagte zur Berechnung der dem Kläger zustehenden Karenzentschädigung. Dem Kläger kann nach § 242 BGB zugemutet werden, sie zu erteilen. 65

aa) Der Auskunftsanspruch kann sich auf Umstände erstrecken, die der Berechtigte braucht, um die Verlässlichkeit der Auskunft überprüfen zu können. Dies kann im Einzelfall ausnahmsweise sogar einen Anspruch auf Belegvorlage rechtfertigen (BGH 17. Mai 2001 - I ZR 291/98 - zu II 2 der Gründe, BGHZ 148, 26). Um eine solche Sachverhaltsgestaltung handelt es sich hier. Die Gewinn- und Verlustrechnung allein lässt nicht erkennen, welche der steuerrechtlich als Aufwand geltend gemachten Posten erforderlich waren, um den anderweitigen Verdienst zu erzielen (vgl. LAG Berlin 20. Januar 2006 - 8 Sa 1783/05 - zu II 2 der Gründe). 66

(1) Die Angabe zur Höhe der Rechnungen, die der Kläger für seine im Kalenderjahr 2013 erbrachten Tätigkeiten als selbstständiger Rentenberater gelegt hat, ist erforderlich. Aufgrund des vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalts bestehen Anhaltspunkte dafür, dass er während der Karenzzeit erzielte Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit bewusst erst nach Ablauf der Karenzzeit abgerechnet hat. 67

(2) Die Beklagte ist auch auf die Auskunft über die im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit im Einzelnen entstandenen Aufwendungen für Personal- und Sachkosten angewiesen. Nur so kann sie die Karenzentschädigung zutreffend berechnen. Anlass dafür, dass der Kläger diese Aufwendungen mitteilt, besteht nicht nur wegen des nach dem Einkommensteuerbescheid vorgenommenen Wechsels der Gewinnermittlung, sondern auch wegen des in der Einkommensteuererklärung fälschlich zugunsten von Frau G vorgenommenen An- 68

satzes einer Entfernungspauschale und von Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer. Die Auskünfte sind dem Kläger zumutbar.

bb) Der Kläger ist nicht aufgrund der Verschwiegenheitspflichten, die ihn als Rentenberater möglicherweise treffen, daran gehindert, die mit dem Widerklageantrag zu 2. begehrten Auskünfte zu erteilen. Die Beklagte verlangt nicht die Preisgabe von Namen oder anderen personenbezogenen Daten der vom Kläger betreuten Mandanten oder der von ihm ggf. beschäftigten Arbeitnehmer. 69

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 70

Gallner

Pulz

Brune

Schürmann

R. Bicknase