Bundesarbeitsgericht Zehnter Senat	Urteil vom 30. Mai 2018 - 10 AZR 780/16 - ECLI:DE:BAG:2018:300518.U.10AZR780.16.0
I. Arbeitsgericht Berlin	Teilurteil vom 17. Juni 2015 - 56 Ca 14174/14 -
II. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg	Teilurteil vom 14. Juli 2016 - 26 Sa 2070/15, 26 Sa 2071/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Verstoß gegen vertragliches Wettbewerbsverbot - Schadensersatz - Verjährung - Abtretung

BUNDESARBEITSGERICHT

10 AZR 780/16
26 Sa 2070/15
26 Sa 2071/15
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
30. Mai 2018

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

1.

Kläger, Widerbeklagter, Berufungsbeklagter zu 1. und
Revisionsbeklagter zu 1.,

2.

Drittwiderbeklagter, Berufungsbeklagter zu 2. und
Revisionsbeklagter zu 2.,

Nebenintervenient,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. Mai 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder und Dr. Schlünder sowie die ehrenamtliche Richterin Schürmann und den ehrenamtlichen Richter Bicknase für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten und Widerklägerin gegen das Teilurteil Nr. 2 des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 14. Juli 2016 - 26 Sa 2070/15 und 26 Sa 2071/15 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte und Widerklägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten - soweit für die Revision von Interesse - über Schadensersatzansprüche der Beklagten und Widerklägerin (Widerklägerin) gegen den Kläger und Widerbeklagten (Widerbeklagter) sowie gegen den Drittwiderbeklagten. 1

Die Widerklägerin gehört zur „G-Gruppe“. Diese erbringt weltweit IT-Serviceleistungen. Obergesellschaft ist die GT B.V. Die IT-Serviceleistungen für Großkunden werden von unterschiedlichen Tochtergesellschaften erbracht. Dazu gehörten - auch über Deutschland hinaus - ua. die gesamten Serviceleistungen für die Fotoautomaten „Foto-Shop” von K, die in zahlreichen Einzelhandelsunternehmen zu finden sind. Vertragspartnerin von K war ab dem Jahr 2

2007 die G B.V. (G-BV) mit Sitz in A. Erbracht wurden die Leistungen für K teilweise durch die G-BV selbst, teilweise auch durch Tochter- und Schwesterunternehmen wie die Widerklägerin oder die ICT GmbH (ICT).

Der Widerbeklagte war bei der Widerklägerin auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 13. Oktober 2003 beschäftigt, zuletzt als „Project Manager“. Er war Gruppenleiter und verantwortlich für mehrere Kundenteams bzw. das „Help-Desk-Team” und damit ua. zuständig für den Kunden K. Ob er auch für das Kostenmanagement und die Rechnungslegung gegenüber den Kunden verantwortlich war, ist streitig. Der Drittwiderbeklagte war bei der Widerklägerin auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 31. Oktober 2000 als Systemadministrator tätig. Als solcher hatte er Zugriffsrechte auf Betriebsinterna und vertrauliche Daten der Widerklägerin. Die Arbeitsverträge von Widerbeklagtem und Drittwiderbeklagtem enthalten Geheimhaltungsverpflichtungen auch zugunsten „anderer Unternehmen der G-Gruppe“, Nebentätigkeitsverbote und Ausschlussfristenregelungen. Der Nebenintervenient war bei der ICT als sog. Client Director beschäftigt. 3

Ab Ende 2013 wurde unter Führung eines Managementteams mit K darüber verhandelt, unter welchen Bedingungen das Vertragsverhältnis fortgesetzt werden könnte. Die G-BV strebte eine Verlängerung des Vertrags um drei Jahre und eine Preiserhöhung an. Die Widerklägerin begründet das damit, dass die Verhandlungsführer der G-BV davon ausgegangen seien, auf dem Markt den einzigen Anbieter zu vertreten, der die Dienstleistungen hätte erbringen können. In der Diskussion war auch eine Verlagerung des Call-Centers nach Budapest, was den Vorstellungen von K widersprach. Auf Ausschreibungen von K hatten sich in der Vergangenheit neben der G-BV auch andere Unternehmen beworben. 4

K verhandelte jedenfalls ab Ende 2013 parallel mit einem Konkurrenzunternehmen, der ICS AG (ICS). Die Unternehmen vereinbarten die Geheimhaltung ihrer Verhandlungen. Vorstand der ICS war auch Herr T, der von Mitte 2008 bis Ende Juli 2013 Geschäftsführer der G GmbH und weiterer deutscher G-Gesellschaften war. Mehrheitsaktionär der ICS ist die ILS GmbH. De- 5

ren alleiniger Gesellschafter war Herr T, ihr Geschäftsführer Herr B, der ebenfalls früher bei Unternehmen der G-Gruppe angestellt war.

Am 28. Februar 2014 kündigte K den Vertrag mit der G-BV zum 30. Juni 2014. Zeitgleich kündigten der Widerbeklagte und der Drittwiderbeklagte ihre Arbeitsverträge ordentlich, der Nebenintervenient bereits im Januar 2014. 6

Angesichts der Parallelität der Ereignisse wurde eine Untersuchung eingeleitet, insbesondere durch Befragung des Management-Teams. Im März 2014 führte die auf Wirtschaftskriminalität spezialisierte Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Widerklägerin eine Untersuchung durch. Es erfolgte ua. eine forensische Untersuchung und Sichtung der Dienstlaptops und dienstlicher E-Mail-Accounts. Außerdem wurden Arbeitnehmer befragt. Am 26. März 2014 stellte die Widerklägerin den Widerbeklagten und den Drittwiderbeklagten von der Arbeitspflicht frei. Auch der Nebenintervenient wurde suspendiert. Die Freistellungen wurden damit begründet, dass es Anzeichen dafür gebe, dass die Arbeitnehmer gemeinsam durch manipulative und rechtswidrige Tätigkeiten zielgerichtet dafür Sorge getragen hätten, dass sich der Kunde K von G gelöst habe und zur ICS wechsle. Im April 2014 erstattete die Widerklägerin Strafanzeige wegen des Verdachts des Verstoßes gegen § 17 UWG und § 266 StGB. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen. 7

Seit Mitte 2014 betreut die ICS K. Der Widerbeklagte wechselte zum 1. Juni 2014 zur ICS, der Drittwiderbeklagte jedenfalls ab dem 1. Juli 2014. 8

Mit ihrer am 25. Februar 2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen und dem Widerbeklagten und dem Drittwiderbeklagten am 5. bzw. 6. März 2015 zugestellten Widerklage vom 24. Februar 2015 hat die Widerklägerin Schadensersatzansprüche aus abgetretenem und eigenem Recht geltend gemacht. Nach Streitverkündung durch den Widerbeklagten und den Drittwiderbeklagten ist der Nebenintervenient zu deren Unterstützung beigetreten. 9

Die Widerklägerin hat ihre Ansprüche auf schwerwiegende arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen, insbesondere Verstöße gegen Geheimhaltungspflichten sowie Hinweis- und Schadensabwendungspflichten, darüber hinaus 10

auf deliktische Ansprüche wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung sowie wegen eines zielgerichteten Eingriffs in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gestützt. Der Widerbeklagte, der Drittwiderbeklagte und der Nebenintervenient hätten der ICS aktiv geholfen, ihr den Kunden K abzuwerben. Sie hätten einem „Team K" angehört, das gegenüber dem Management berichtspflichtig gewesen sei. Dieses Team sei in die Angebotsstrukturierung und -kalkulation und die Präsentation eingebunden gewesen. Der Widerbeklagte, der Drittwiderbeklagte und der Nebenintervenient hätten Preiskalkulationen der G-Gruppe an die ICS weitergegeben, parallel für die ICS eine günstigere Preiskalkulation erarbeitet, interne Arbeitsanweisungen zusammengetragen und sich das Know-how gesichert, für die ICS und deren neue Aufgaben Büroräume in Berlin gesucht und eine Präsentation erarbeitet, mit der sich die ICS bei K vorgestellt habe. Über entsprechende Kenntnisse hätten sie verfügt. Es sei festgestellt worden, dass der Widerbeklagte seitens der ICS die Zusage bekommen habe, dort eine maßgebliche Position (Geschäftsführer) zu erhalten, wenn es gelinge, den Kunden K „zu gewinnen". Er habe den Drittwiderbeklagten für sein Vorhaben rekrutiert, wie sich aus dem Arbeitsvertrag zwischen ICS und dem Drittwiderbeklagten ergebe. Der Drittwiderbeklagte habe aufgrund seiner Zugangsrechte im Februar 2014 zahlreiche elektronische Dokumente heruntergeladen und gespeichert. Ende Februar 2014 habe er versucht, seine Spuren zu beseitigen.

Jedenfalls hätten Widerbeklagter und Drittwiderbeklagter die Widerklägerin pflichtwidrig über die ihnen bekannten Verhandlungen zwischen der ICS und K im Unklaren gelassen. Die entsprechenden Treuepflichten seien vertragsimmanent und ergäben sich auch aus dem Job System Manual 2010. Ausweislich der Forensik-Auswertung habe sich der Widerbeklagte im Dezember 2013 mit dem Geschäftsführer der ICS getroffen. Ende Januar habe er - insoweit unstreitig - eine PowerPoint-Präsentation, mit der sich die ICS bei K habe vorstellen wollen, auf seiner E-Mail-Adresse erhalten. Dem Drittwiderbeklagten sei das Vorgehen der ICS spätestens bekannt gewesen, als ihm am 10. Februar 2014 der Entwurf eines Arbeitsvertrags mit der ICS vorgelegen und er im Februar 2014 Immobilien für die ICS in Berlin gesucht habe. 11

Bei Kenntnis aller verschwiegenen Gesichtspunkte hätte die Widerklägerin ein für K günstigeres Angebot unterbreitet. Es könne zwar nicht „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dargestellt werden", zu welchem Preis sie ihre Dienste angeboten hätte, wenn ihr die ernsthaften Verhandlungen mit dem Wettbewerber bekannt gewesen wären. Das könne aber nicht zu ihren Lasten gehen. Allein die Kenntnisse der Herren B und T hätten die ICS nicht als ernst zu nehmenden Konkurrenten erscheinen lassen. Die Widerklägerin sei nach den Ergebnissen in den Workshops davon ausgegangen, dass eine Übereinstimmung mit K hinsichtlich der Eckpunkte zu erzielen gewesen wäre, insbesondere auch hinsichtlich der angestrebten dreijährigen Zusammenarbeit. Wettbewerber wären nach ihrer damaligen Einschätzung nicht in der Lage gewesen, ein passendes Alternativangebot vorzulegen.

Durch den Auftragsverlust sei der G-Gruppe ein auf drei Jahre berechneter Gewinn iHv. 6.477.999,00 Euro entgangen. Die Widerklägerin selbst hätte einen jährlichen Gewinn iHv. 1.391.000,00 Euro erzielt, die G-BV einen solchen iHv. 768.333,00 Euro. Die G-BV habe die Schadensersatzansprüche im Januar 2015 an die Widerklägerin abgetreten. Ein Betrag iHv. 100.000,00 Euro (Schaden wegen entgangenen Gewinns im zweiten Jahr des Auftragsverlusts) sei in Abzug zu bringen, der an die ICT abgetreten worden und Streitgegenstand in dem Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht Darmstadt gegen den Nebenintervenienten gewesen sei. Zweitinstanzlich werde noch ein Teil des Schadens iHv. 1.000.000,00 Euro, je hälftig aus eigenem und aus abgetretenem Recht, geltend gemacht. Dabei handle es sich jeweils um den entgangenen Gewinn, der in dem ersten Vertragsverlängerungsjahr, beginnend mit dem am längsten zurückliegenden Monat, erzielt worden wäre. 12

Die Forderung sei nicht verjährt. § 61 HGB finde keine Anwendung, weil § 60 HGB nicht einschlägig sei. Der Anwendungsbereich der Norm erfasse nicht die Weitergabe von Betriebsgeheimnissen und Betriebsinterna. Konkurrierende Anspruchsgrundlagen müssten sich auf das wettbewerbswidrige Verhalten beziehen. Der Kern der Pflichtverletzungen, um die es hier gehe, sei kein wettbewerbswidriges, sondern ein untreueähnliches Verhalten. Wettbewerbsverstöße durch Unterlassen gebe es nicht. Die Unterstützungshandlungen ge- 13

genüber der ICS seien auch kein Auftreten als Wettbewerber am Markt. Jedenfalls habe ein Fristlauf für die Verjährung noch nicht begonnen. Es sei noch nicht rechtskräftig festgestellt, ob das Verhalten strafbar sei. Maßgeblich sei die Rechtskraft des Urteils des Strafgerichts.

Die Widerklägerin hat zuletzt beantragt, 14

> den Widerbeklagten und den Drittwiderbeklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 1.000.000,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Widerbeklagter, Drittwiderbeklagter und Nebenintervenient haben die Abweisung der Widerklage beantragt. Die Klage sei mangels Bestimmtheit bereits unzulässig, jedenfalls unbegründet. Die Aktivlegitimation für Ansprüche der G-BV sei nicht nachgewiesen. Pflichtverletzungen des Widerbeklagten, des Drittwiderbeklagten und des Nebenintervenienten lägen nicht vor. Vielmehr habe K mit Schreiben vom 27. Mai 2014 dargelegt, aus welchem Grund die vertragliche Beziehung beendet worden sei. Weder der Widerbeklagte noch der Drittwiderbeklagte oder der Nebenintervenient seien Teil eines „Teams K“ gewesen. Sie seien auch nicht in die Verhandlungen eingebunden gewesen. Hingegen hätten die Herren T und B aufgrund ihrer Tätigkeit im Konzern der Widerklägerin über detaillierte Informationen verfügt. Außerdem habe die ICS Informationen direkt von K erhalten. Jedenfalls seien mögliche Ansprüche aufgrund der vertraglichen Ausschlussfristen verfallen und im Übrigen nach § 61 Abs. 2 HGB verjährt. Die Verjährungsfrist habe zu laufen begonnen, nachdem die forensischen Untersuchungen abgeschlossen gewesen seien. 15

Das Arbeitsgericht hat die - erstinstanzlich noch auf einen Schadensersatz iHv. 6.379.999,00 Euro gerichtete - Widerklage abgewiesen und die Widerklägerin gleichzeitig verurteilt, an den Widerbeklagten, den Drittwiderbeklagten und den Nebenintervenienten jeweils Schadensersatz in Höhe von deren erstinstanzlichen Anwaltskosten zu leisten. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Widerklägerin hinsichtlich eines - hier nicht interessierenden - Bonusanspruchs des Klägers und hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs der Widerklägerin durch zwei Teilurteile zurückgewiesen. Im Übrigen (Schadenser- 16

satzansprüche auf Erstattung der Anwaltskosten) hat es den Rechtsstreit im Einvernehmen mit den Parteien zum Ruhen gebracht. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Widerklägerin ihren Schadensersatzanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Etwaige Schadensersatzansprüche der Widerklägerin aus eigenem Recht sind nach § 61 Abs. 2 HGB verjährt. Auch im Hinblick auf Schadensersatzansprüche der G-BV erweist sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts im Ergebnis als zutreffend *(§ 561 ZPO)*. 17

I. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts unterliegt nicht schon deshalb der Aufhebung, weil es durch das Teilurteil Nr. 2 über die widerklagend geltend gemachten Schadensersatzansprüche entschieden hat, ohne gleichzeitig über die Ansprüche des Widerbeklagten, Drittwiderbeklagten und Nebenintervenienten auf Ersatz ihrer erstinstanzlichen Anwaltskosten zu entscheiden. 18

1. Das Revisionsgericht ist auch ohne eine entsprechende Verfahrensrüge gehalten, die Zulässigkeit der Entscheidung durch Teilurteil zu überprüfen *(BAG 17. April 2013 - 4 AZR 361/11 - Rn. 15)*. 19

2. Der Erlass eines Teilurteils ist nach § 301 Abs. 1 ZPO nur zulässig, wenn es von der Entscheidung über den Rest des geltend gemachten prozessualen Anspruchs unabhängig ist, so dass die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen nicht besteht. Ein Teilurteil ist schon dann unzulässig, wenn nicht auszuschließen ist, dass es in demselben Rechtsstreit zu einander widersprechenden Entscheidungen kommt. Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen - auch infolge einer abweichenden Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht - ist gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere An- 20

sprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Dazu reicht die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilselementen aus, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden. Vor diesem Hintergrund darf ein Teilurteil nur ergehen, wenn der weitere Verlauf des Prozesses die zu treffende Entscheidung unter keinen Umständen mehr berühren kann *(st. Rspr., zB BAG 29. Juni 2017 - 8 AZR 189/15 - Rn. 41 mwN, BAGE 159, 316)*. Diese Grundsätze finden auch dann Anwendung, wenn es um das Verhältnis von Klage und Widerklage geht *(BGH 12. Januar 1994 - XII ZR 167/92 - zu 5 der Gründe)*.

3. Danach bestand bei Erlass des Teilurteils Nr. 2 im Hinblick auf den noch beim Landesarbeitsgericht anhängigen Teil des Rechtsstreits die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen. Dort verlangen der Widerbeklagte, der Drittwiderbeklagte und der Nebenintervenient auf Grundlage von § 826 BGB die (ausnahmsweise) Erstattung ihrer erstinstanzlichen Anwaltskosten in Bezug auf die vorliegende Widerklage. Dabei werfen sie der Widerklägerin vor, dass die Schadensersatzansprüche völlig substanzlos seien und dem Grunde und insbesondere der Höhe nach nur geltend gemacht worden seien, um sie zu schädigen. Zwar sind die Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Anspruchsgrundlagen nicht identisch. Wegen der vorzunehmenden Wertungen besteht aber sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht eine so enge Verzahnung der Ansprüche, dass die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen im Zeitpunkt des Erlasses des Teilurteils jedenfalls abstrakt bestand. Sie hätte sich verwirklicht, wenn sich im Revisionsverfahren die Rechtsauffassung der Widerklägerin durchgesetzt hätte. 21

4. Grundsätzlich führt ein solcher Verstoß gegen § 301 Abs. 1 ZPO zu einer Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zu einer Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht *(§ 563 Abs. 1 ZPO)*. Davon kann jedoch ausnahmsweise abgesehen werden, wenn bei Aufrechterhaltung des Teilurteils weder die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen besteht noch der Verfahrensfehler weiter vertieft wird *(BAG 10. November 2011 - 6 AZR 342/10 - Rn. 20)*. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich die prozessuale Situation so 22

entwickelt hat, dass es nicht mehr zu widersprüchlichen Entscheidungen kommen kann *(BGH 8. Mai 2014 - VII ZR 199/13 - Rn. 16)*. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben, weil das Landesarbeitsgericht den noch anhängigen Teil des Rechtsstreits im Einvernehmen mit den Parteien durch Beschluss vom 24. April 2017 zum Ruhen gebracht hat und die Revision der Widerklägerin ohne Erfolg bleibt.

II. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass mögliche Schadensersatzansprüche der Widerklägerin aus eigenem Recht nach § 61 Abs. 2 HGB verjährt wären und die Widerklage schon deshalb unbegründet ist. 23

1. Die Widerklage ist zulässig, insbesondere ist sie hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Widerklägerin begehrt zuletzt von dem Widerbeklagten und dem Drittwiderbeklagten gesamtschuldnerisch einen Schadensersatz iHv. noch 1.000.000,00 Euro. Insoweit hat sie ihre Berufung beschränkt. Dieser Anspruch setzt sich nach dem Vortrag der Widerklägerin aus jeweils 500.000,00 Euro aus eigenem Recht und aus abgetretenem Recht der G-BV zusammen, wobei es sich in beiden Fällen um den entgangenen Gewinn handle, der in dem ersten Vertragsverlängerungsjahr, beginnend mit dem am längsten zurückliegenden Monat, erzielt worden wäre. Damit ist hinreichend bestimmt, welche Forderungen welcher Gesellschaften für welchen Zeitraum geltend gemacht werden. 24

2. Auch wenn zugunsten der Widerklägerin unterstellt wird, dass die Widerbeklagten die ihnen vorgeworfenen Pflichtverletzungen im Arbeitsverhältnis begangen haben und ihr deshalb dem Grunde nach zu Schadensersatz verpflichtet wären, erscheint zweifelhaft, ob die Widerklägerin einen Schaden hinreichend dargelegt hat. 25

a) Nach § 249 Abs. 1 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (Naturalrestitution). Ist die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genü- 26

gend, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen, § 251 Abs. 1 BGB. Ob ein Vermögensschaden vorliegt, ist nach der Differenzhypothese durch Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte, zu beurteilen. Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Nach § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet der Tatrichter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch er ist. Die Norm dehnt das richterliche Ermessen für die Feststellung der Schadenshöhe über die Schranken des § 286 ZPO aus. Das Gesetz nimmt in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt; allerdings soll die Schätzung möglichst nahe an diese heranführen. Der Tatrichter muss nach pflichtgemäßem Ermessen auch beurteilen, ob nach § 287 Abs. 1 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist. Eine Schätzung darf nur dann unterbleiben, wenn sie mangels konkreter Anhaltspunkte vollkommen „in der Luft hinge“ und daher willkürlich wäre. Eine völlig abstrakte Berechnung des Schadens, auch in Form der Schätzung eines Mindestschadens, lässt § 287 ZPO grundsätzlich nicht zu. 27

Der Geschädigte muss die Umstände darlegen und in den Grenzen des § 287 ZPO beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falls die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt. Da die Beweiserleichterung des § 252 BGB und § 287 ZPO auch die Darlegungslast des Geschädigten mindert, der Ersatz entgangenen Gewinns verlangt, dürfen insoweit keine strengen Anforderungen gestellt werden. Dies gilt auch für den Nachweis eines wettbewerblichen Schadens, für den es im Hinblick auf die künftigen Entwicklungen des Geschäftsverlaufs in der Natur der Sache liegende Beweisschwierigkeiten gibt. Greifbare Anknüpfungstatsachen, die für eine Schadensschätzung unabdingbar sind, muss der Geschädigte im Regelfall darlegen und beweisen *(BAG 16. Januar 2013 - 10 AZR* 28

560/11 - Rn. 23 ff. mwN; 26. September 2012 - 10 AZR 370/10 - Rn. 18 ff. mwN, BAGE 143, 165).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen dürfte der Vortrag der Widerklägerin unter Berücksichtigung des substantiierten Bestreitens der Widerbeklagten und des Nebenintervenienten bereits keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung bieten. 29

aa) Die Widerklägerin war nicht Auftragnehmerin von K, vielmehr bestand der Vertrag mit der G-BV. Diese wiederum wurde von K nach dem Vortrag der Widerklägerin „vertragsgemäß bezahlt“. Der Auftrag ist auch nicht von der Widerklägerin alleine durchgeführt worden, sondern durch verschiedene Unternehmen der G-Gruppe. Gegenüber verbundenen Unternehmen sei nach dem Vortrag der Widerklägerin eine Abrechnung/Verrechnung erfolgt, Gewinnabführungsverträge hätten nicht bestanden. Der Rahmenvertrag habe faktisch mit der G-Gruppe bestanden, es handle sich letztlich um einen „Konzernschaden“. Alle Gewinne der jeweiligen G-Gesellschaften würden „an die B.V.“ ausgeschüttet. Umsätze und Gewinne hat die Widerklägerin im Wesentlichen länderbezogen, nicht gesellschaftsbezogen dargelegt. Zusammenfassend hat sie behauptet, bei den deutschen Gesellschaften sei im letzten Jahr der Zusammenarbeit mit K (2013) ein Gewinn von rund 1,587 Mio. Euro, bei der Widerklägerin ein Gewinn von rund 678.000,00 Euro angefallen. Allerdings hätten sich aufgrund von künftigen Umstrukturierungen fast alle deutschen Gewinne bei der Widerklägerin „allokiert“. 30

bb) Dieses dargelegte Zahlenwerk ist - jedenfalls bezogen auf die Widerklägerin - nicht nachvollziehbar, weil gruppeninterne Zahlungsflüsse oder Verrechnungen nicht offengelegt werden. Bei einer Struktur wie der der G-Gruppe hätte es zur Darlegung eines eigenen Schadens des unschwer möglichen Vortrags bedurft, welche Leistungen durch die Widerklägerin gegenüber der G-BV in Bezug auf den Auftrag K abgerechnet worden sind und welchen Gewinn sie damit im Jahr 2013 erzielt hat. Daraus hätte gegebenenfalls auf den entgangenen Gewinn für das streitgegenständliche Folgejahr geschlossen werden können. An solchem Vortrag fehlt es aber. Die von der Widerklägerin behauptete 31

Umstrukturierung in Deutschland, die angeblich zu einem vollständigen Anfallen entsprechender Gewinne bei der Widerklägerin geführt hätte, ist ebenfalls in keiner Hinsicht weiter präzisiert worden und hätte im Übrigen zur Folge gehabt, dass der entsprechende Vortrag auftragsbezogen für alle deutschen Unternehmen hätte erfolgen müssen. Ebenso wenig wurde auf die von den Widerbeklagten aufgeworfene Frage eingegangen, ob es sich um den Gewinn vor oder nach Steuern gehandelt hat. Letztlich kann die Frage der hinreichenden Darlegung eines eigenen Schadens offenbleiben, weil die Widerklage aus anderen Gründen erfolglos bleibt.

3. Die behaupteten Schadensersatzansprüche der Widerklägerin aus eigenem Recht sind - den Tatsachenvortrag der Widerklägerin als wahr unterstellt - nach § 61 Abs. 2 HGB verjährt. 32

a) Nach § 60 Abs. 1 HGB darf ein Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweig des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Nach § 61 Abs. 1 HGB kann der Prinzipal bei einer Verletzung dieser Verpflichtung Schadensersatz verlangen oder die Herausgabe bzw. die Abtretung der aus Geschäften für fremde Rechnung bezogenen Vergütung. Die Vorschriften der §§ 60, 61 HGB gelten während der gesamten rechtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses in gleicher Weise für andere Arbeitnehmer *(st. Rspr., BAG 17. Oktober 2012 - 10 AZR 809/11 - Rn. 12 ff. mwN, BAGE 143, 203)*; Umfang und Reichweite der vertraglichen Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB werden dadurch ausgestaltet. 33

b) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Widerklägerin werfe dem Widerbeklagten und dem Drittwiderbeklagten Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot des § 60 HGB vor. Diese Würdigung liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Sie ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob das Tatsachengericht von den richtigen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände berücksichtigt und keine Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat *(vgl. zu diesem beschränkten Prüfungsmaßstab zB BAG 30. September 2015 - 10 AZR 251/14 - Rn. 33,* 34

BAGE 153, 32). Einen solchen Rechtsfehler zeigt die Revision nicht auf, er ist auch nicht offensichtlich.

aa) Das Landesarbeitsgericht ist von einem zutreffenden Begriff der Wettbewerbshandlungen iSd. § 60 HGB ausgegangen. 35

(1) Während des rechtlichen Bestehens eines Arbeitsverhältnisses ist einem Arbeitnehmer grundsätzlich jede Konkurrenztätigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt. 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. 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 *(st. Rspr., zB BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 644/13 - Rn. 28 mwN, BAGE 149, 367; 16. Januar 2013 - 10 AZR 560/11 - Rn. 14)*. 36

(2) Entgegen der Auffassung der Revision ist das Wettbewerbsverbot nach § 60 HGB nicht darauf beschränkt, dass sich ein Arbeitnehmer selbständig macht oder ein Unternehmen leitet und Geschäfte abschließt. Vielmehr soll der Arbeitgeber durch das Wettbewerbsverbot auch davor geschützt werden, dass ein Arbeitnehmer seine Kenntnisse und Fähigkeiten sowie etwaige Kundenkontakte zugunsten eines Wettbewerbers einsetzt und diesen dadurch fördert. Bereits hierdurch werden die Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt. Maßgebender Anknüpfungspunkt ist eine Konkurrenzsituation zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten, für den der Arbeitnehmer Dienste oder Leistungen erbringt *(BAG 16. August 1990 - 2 AZR 113/90 - zu III 2 c dd der Gründe)*. Etwas anderes kann gelten, wenn bloße Hilfstätigkeiten ohne Wettbewerbsbezug erbracht werden *(BAG 24. März 2010 - 10 AZR 66/09 - Rn. 17, BAGE 134, 43)*. 37

(3) Ein Arbeitnehmer darf jedoch, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nach § 74 HGB nicht vereinbart ist, schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines 38

eigenen Unternehmens oder den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen vorbereiten. Ihre Grenze finden solche vorbereitenden Maßnahmen dort, wo die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden können. Das ist regelmäßig bei einer nach außen wirkenden, werbenden Tätigkeit der Fall. Deshalb stellt sich auch schon der Versuch einer Abwerbung von Geschäftsverbindungen oder Kunden stets als eine Verletzung des Wettbewerbsverbots gemäß § 60 Abs. 1 HGB dar; dh. alle Tätigkeiten, die geeignet sind, die Geschäftsverbindungen des Arbeitgebers zu Kunden, Lieferanten usw. zu beeinträchtigen, sind dem Handlungsgehilfen untersagt *(BAG 23. Mai 1985 - 2 AZR 268/84 - zu III 1 a der Gründe)*.

bb) Das Landesarbeitsgericht durfte den Tatsachenvortrag der Widerklägerin zu den behaupteten Pflichtverletzungen ihrer ehemaligen Arbeitnehmer auch als den Vorwurf des Verstoßes gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot werten. 39

(1) Die ICS und die Widerklägerin stehen in einem Wettbewerbsverhältnis. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts gehörte es zum Geschäftsbereich der Widerklägerin, IT-Serviceleistungen für K zu erbringen, die sie nach ihrem Vortrag mit der G-BV abrechnete. Damit hatte sie ein unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse an der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zwischen K und der G-BV, unabhängig davon, dass sie nicht unmittelbar Auftragnehmerin war. Durch die den Widerbeklagten vorgeworfenen Handlungen konnte eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen der Widerklägerin eintreten *(vgl. dazu BAG 24. März 2010 - 10 AZR 66/09 - Rn. 17, BAGE 134, 43)*. Die Beeinträchtigung hat sich verwirklicht. Die IT-Serviceleistungen, die früher die Widerklägerin erbrachte, werden nunmehr von der ICS erbracht. 40

(2) Alle von der Widerklägerin erhobenen Vorwürfe gegen ihre ehemaligen Arbeitnehmer betreffen die Unterstützung eines Konkurrenzunternehmens während des laufenden Arbeitsverhältnisses. Sie sollen der ICS die Übernahme und Fortführung des Auftrags des Kunden K ermöglicht und diesen Wechsel des Auftragnehmers aktiv unterstützt haben. Durch die Weitergabe von Interna soll 41

die ICS erst in die Lage versetzt worden sein, K ein konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten. Weiterhin sollen der Widerbeklagte und der Drittwiderbeklagte die Verhandlungsführer der G-Gruppe zu falschem Handeln verleitet haben. Schließlich sollen sie es unterlassen haben, die Widerklägerin über die Verhandlungen der ICS zu informieren. Dem Widerbeklagten wird außerdem vorgeworfen, den Drittwiderbeklagten für sein Vorhaben rekrutiert zu haben und K bei der Kündigung des Rahmenvertrags unterstützt zu haben. Nach der Darstellung der Widerklägerin waren die Tatbeiträge wesentlich für den Wechsel des Kunden. Für die behaupteten Pflichtverletzungen seien dem Widerbeklagten und dem Drittwiderbeklagten nach dem Vortrag der Widerklägerin als Gegenleistung von der ICS lukrative Stellen in Aussicht gestellt worden; beide sind tatsächlich im Anschluss an ihre Arbeitsverhältnisse bei der Widerklägerin zur ICS gewechselt. Dass das Landesarbeitsgericht bei einer Gesamtwürdigung dieser Umstände annimmt, den Widerbeklagten würden von der Widerklägerin Wettbewerbsverstöße iSd. § 60 HGB vorgeworfen, liegt nahe und ist ohne Rechtsfehler. Weder hat sich der Beitrag der Widerbeklagten nach dem Vortrag der Widerklägerin auf eine bloße Vorbereitung des Wechsels des Arbeitgebers noch auf eine untergeordnete Tätigkeit für die ICS beschränkt. Ebenso wenig ging es nur darum, die Widerklägerin zu schädigen *(vgl. zu einer solchen Konstellation BAG 11. August 1987 - 8 AZR 609/84 - zu II 3 c der Gründe)*. Vielmehr begründen die vorgeworfenen Pflichtverletzungen - unabhängig von weiteren Anspruchsgrundlagen - bei unterstellter Kausalität Schadensersatzansprüche aus § 61 Abs. 1 HGB.

(3) Dass der Widerbeklagte und der Drittwiderbeklagte durch die behauptete Weitergabe von Kalkulationen und Kalkulationsgrundlagen sowie von Prozessinformationen gegebenenfalls gleichzeitig gegen § 17 Abs. 1 UWG verstoßen haben, ändert an dieser Wertung nichts. Vielmehr gehört die Verhinderung der Weitergabe solcher wesentlicher und vertraulicher Informationen zum Kerngehalt des Wettbewerbsverbots *(vgl. HWK/Diller 8. Aufl. § 60 HGB Rn. 21)*. Auch der Vorwurf der gezielten Desinformation der Widerklägerin, um sie zur Abgabe eines zu hohen Angebots zu verleiten, kann nicht losgelöst von den behaupteten wettbewerblichen Zielen gesehen werden. Ebenso wenig kann der 42

Vorwurf, die Widerklägerin nicht über die Verhandlungen zwischen K und dem Konkurrenzunternehmen informiert zu haben, isoliert bewertet werden, sondern ist Teil eines einheitlichen Geschehens. Auch dieses Verhalten der Widerbeklagten diente nach dem Vortrag der Widerklägerin letztlich dem Zweck, die Verhandlungsposition der Mitbewerberin ICS zu verbessern.

c) Das Landesarbeitsgericht ist auch ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die kurze Verjährung des § 61 Abs. 2 HGB auf die Schadensersatzansprüche der Widerklägerin aus eigenem Recht umfassend Anwendung findet. 43

aa) Das Bundesarbeitsgericht geht in langjähriger Rechtsprechung - anknüpfend an Rechtsprechung des Reichsgerichts - davon aus, dass die dreimonatige Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB nicht nur auf sämtliche Ansprüche aus § 60 iVm. § 61 Abs. 1 HGB Anwendung findet *(BAG 25. Mai 1970 - 3 AZR 384/69 - zu II 2 der Gründe, BAGE 22, 344)*, sondern auch aus Wettbewerbsverstößen resultierende konkurrierende vertragliche oder deliktische Ansprüche des Arbeitgebers erfasst *(BAG 12. Mai 1972 - 3 AZR 401/71 - zu A II 2 b der Gründe [deliktische Ansprüche wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb]; 28. Januar 1986 - 3 AZR 449/84 - zu B I der Gründe [positive Forderungsverletzung oder unerlaubte Handlung]; 11. Dezember 1990 - 3 AZR 407/89 - zu II 3 a, b der Gründe [offengelassen für § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 266 StGB]; 11. April 2000 - 9 AZR 131/99 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 94, 199 [§ 826 BGB unter ausdrücklicher Aufgabe von BAG 16. Januar 1975 - 3 AZR 72/74 -])*. Ausgenommen sind hingegen Ansprüche, deren Entstehung nicht auf dem Wettbewerbsverstoß beruht, wie beispielsweise pflichtwidrige Vermögensverfügungen oder andere Handlungen zu Lasten des Arbeitgebers ohne Wettbewerbsbezug *(BAG 11. August 1987 - 8 AZR 609/84 - zu II 3 c der Gründe)*. Der Anwendungsbereich der Norm erstreckt sich - ebenso wie der des § 60 HGB - auf die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeitnehmer, nicht nur auf Handlungsgehilfen *(BAG 26. September 2007 - 10 AZR 511/06 - Rn. 17, BAGE 124, 133)*. 44

Diese Erstreckung auf konkurrierende Ansprüche wurde vor allem damit begründet, dass § 61 Abs. 2 HGB eine schnelle Klärung und Bereinigung 45

der sich aus der Wettbewerbstätigkeit ergebenden Rechtsfolgen erreichen soll. Der Berechtigte soll zur baldigen Entscheidung veranlasst werden, ob er Ansprüche aus der Vertragsverletzung ableiten will. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn nach dem Ablauf der kurzen Verjährungsfrist für den vertraglichen Anspruch der Verpflichtete weiter der Gefahr ausgesetzt bliebe, aus dem gleichen Sachverhalt - wenn auch mit einer anderen rechtlichen Begründung - in Anspruch genommen zu werden *(BAG 11. April 2000 - 9 AZR 131/99 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 94, 199 unter Hinweis auf RG 6. April 1937 - II 257/36 -)*. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB oder solche aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. einem Schutzgesetz, wie zB § 17 UWG, handelt *(vgl. dazu die Fallgestaltung in BAG 11. Dezember 1990 - 3 AZR 407/89 -)*. Ebenso ist unerheblich, welche Handlungen der Arbeitnehmer die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes begründen.

bb) Diese Rechtsprechung hat im Schrifttum weit überwiegend Zustimmung 46
erfahren *(vgl. zB Baumbach/Hopt/Roth HGB 38. Aufl. § 61 Rn. 4; Buchner Wettbewerbsverbote während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses 2. Aufl. Rn. B129; ErfK/Oetker 18. Aufl. § 61 HGB Rn. 7; HWK/Diller 8. Aufl. § 61 HGB Rn. 23 f.; MüKoHGB/von Hoyningen-Huene 4. Aufl. § 61 Rn. 28 f.; NK-GA/Reinhard § 61 HGB Rn. 10; Oetker/Kotzian-Marggraf HGB 5. Aufl. § 61 Rn. 12; Wagner in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas HGB 4. Aufl. § 61 Rn. 30; Weber in Staub HGB 5. Aufl. § 61 Rn. 25 ff.; Vesper Indirekte nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen Diss. 2014 S. 47; Wagner Die Besonderheiten beim Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen Diss. 1992 S. 82; aA Beer Die Grundlagen des vertragsbegleitenden Wettbewerbsverbotes im deutschen Arbeitsrecht Diss. 2016 S. 270 ff.)*. Auch der Gesetzgeber hat im Zuge der Anpassung der Verjährungsvorschriften des HGB nach der Schuldrechtsmodernisierung *(Art. 9 Nr. 1 Gesetz vom 9. Dezember 2004 BGBl. I S. 3214)* lediglich § 61 Abs. 2 HGB um eine objektiv beginnende Maximalfrist von fünf Jahren ergänzt und im Übrigen keinen Anlass gesehen, den Anwendungsbereich der Norm zu beschränken oder die bewusst kurze Verjährungsfrist zu verlängern *(vgl. BT-Drs. 15/3653 S. 12 f., 18)*.

cc) Der Senat hält an dieser Rechtsprechung trotz der Angriffe der Revision fest. Entgegen der von ihr geäußerten Meinung bestünde bei einer Herausnahme von Ansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 17 UWG aus dem Anwendungsbereich des § 61 Abs. 2 HGB wegen der nicht seltenen Anspruchskonkurrenz die Gefahr, dass der Zweck der Norm, eine schnelle Klärung herbeizuführen, vereitelt würde. Im Übrigen hat der Gesetzgeber ungeachtet der langjährigen Rechtsprechung der Arbeitsgerichte an der sehr kurzen Frist des § 61 Abs. 2 HGB ausdrücklich festgehalten und diese sogar noch um eine kenntnisunabhängige Höchstfrist ergänzt. Soweit die Revision die Auffassung vertritt, dass eine Anwendung des § 61 Abs. 2 HGB mangels Wettbewerbshandlung ausscheide, ist dies vom Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei anders gewertet worden. 47

dd) Ob bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 266 StGB (Untreue) die kurze Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB ebenfalls Anwendung findet oder in einem solchen Fall auf die allgemeinen Verjährungsvorschriften zurückzugreifen ist, bedarf auch hier keiner Entscheidung *(offengelassen von BAG 11. Dezember 1990 - 3 AZR 407/89 - zu II 3 b der Gründe)*. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler erkannt, dass die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 266 StGB nicht vorliegen, weil eine Vermögensbetreuungspflicht der Widerbeklagten *(vgl. dazu BAG 23. Februar 2010 - 9 AZR 44/09 - Rn. 37, BAGE 133, 213)* nach dem Vortrag der Widerklägerin nicht angenommen werden kann. Hiergegen wendet sich die Revision - abgesehen von der Verwendung der Bezeichnung „untreueähnliches Verhalten“ - nicht. 48

d) Bei Anwendung dieser Grundsätze sind - nachdem die Widerbeklagten die Einrede der Verjährung erhoben haben - mögliche Schadensersatzansprüche der Widerklägerin aus eigenem Recht nach § 61 Abs. 2 HGB verjährt. Hiervon geht das Landesarbeitsgericht zu Recht aus. 49

aa) Nach § 61 Abs. 2 HGB verjähren die Ansprüche in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Arbeitgeber Kenntnis von dem Abschluss des Geschäfts erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. 50

bb) Das Landesarbeitsgericht hat ausgehend von seinen Feststellungen angenommen, die Widerklägerin habe mit der Kündigung von K, der Untersuchung des Computers des Widerbeklagten und der Freistellung ihrer beiden ehemaligen Arbeitnehmer Ende März 2014 über ausreichende Kenntnisse verfügt, um einen Schadensersatzanspruch gegen den Widerbeklagten und den Drittwiderbeklagten geltend zu machen. Deshalb habe die seit Februar 2015 anhängige und seit März 2015 rechtshängige Widerklage die Verjährung nicht mehr unterbrechen können. Gegen diese tatsächlichen Feststellungen und Wertungen des Landesarbeitsgerichts wendet sich die Revision nicht; sie sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Auch mit dem Hinweis auf die noch nicht abgeschlossenen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft wendet die Widerklägerin nicht ein, dass ihr eine frühzeitige Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht möglich gewesen wäre. 51

III. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass auch keine Schadensersatzansprüche der Widerklägerin gegen den Widerbeklagten und den Drittwiderbeklagten aus abgetretenem Recht der G-BV bestehen, erweist sich jedenfalls im Ergebnis als zutreffend *(§ 561 ZPO)*. 52

1. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, auch mögliche Schadensersatzansprüche der G-BV nach § 61 Abs. 2 HGB seien verjährt, ist dagegen zweifelhaft. Sowohl das Wettbewerbsverbot nach § 60 HGB als auch die kurze Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB sind grundsätzlich an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geknüpft. Weder Widerbeklagter noch Drittwiderbeklagter waren Arbeitnehmer der G-BV. Das dem Arbeitsverhältnis immanente Wettbewerbsverbot erstreckt sich auch nicht ohne Weiteres auf andere, mit dem Arbeitgeber auf irgendeine Art und Weise verbundene (Konzern-)Unternehmen *(vgl. zu dem Problemkreis Schaub ArbR-HdB/Vogelsang 17. Aufl. § 54 Rn. 13)*. Ausdrückliche vertragliche Vereinbarungen der Parteien zur Reichweite des Wettbewerbsverbots während der laufenden Arbeitsverhältnisse fehlen. Die Arbeitsverträge enthalten lediglich eine - hinsichtlich des Kreises der geschützten Unternehmen wohl intransparente *(§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB)* - Bestimmung über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Letztlich kann die Beantwortung der 53

Fragen, auf welcher Rechtsgrundlage und unter welchen Voraussetzungen in einer solchen Situation Schadensersatzansprüche verbundener (Konzern-)Unternehmen bestehen können und ob und in welchen Fällen § 61 Abs. 2 HGB auf solche Ansprüche erstreckt werden kann, dahinstehen. Der Widerklägerin stehen solche Ansprüche bereits aus anderem Grund nicht zu.

2. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die aufgrund der Bezugnahme auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze und auf die Sitzungsprotokolle auch deren Inhalt umfassen, fehlt es bereits an einer hinreichenden Darlegung der Aktivlegitimation der Widerklägerin für Ansprüche der G-BV gegen den Widerbeklagten und den Drittwiderbeklagten. 54

a) Nach § 398 Satz 1 BGB kann eine Forderung vom Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Das Verfügungsgeschäft der Abtretung ist grundsätzlich formfrei *(Palandt/Grüneberg 77. Aufl. § 398 BGB Rn. 6)*. Wer den Erwerb einer Forderung auf eine Zession stützt, muss den Abschluss eines Abtretungsvertrags darlegen und bei Bestreiten des Gegners beweisen *(vgl. BGH 13. Januar 1983 - III ZR 88/81 - zu II 2 a der Gründe)*. 55

b) Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Widerklägerin nicht. 56

aa) Bereits das Arbeitsgericht hatte angenommen, dass die Widerklägerin ihre Darlegungslast hinsichtlich ihrer Aktivlegitimation nicht erfüllt habe. Vielmehr hätte vortragen werden müssen, „wann mit welcher Erklärung welche Forderung wessen Unternehmens abgetreten worden sein soll“. 57

bb) In ihrer Berufungsbegründung vom 16. Oktober 2015 hat die Widerklägerin dazu (nur) vorgetragen, die G-BV habe ihre Ansprüche aus dem eingeklagten Sachverhalt gegen den Widerbeklagten, den Drittwiderbeklagten und den Nebenintervenienten vor Klageerhebung an die Widerklägerin zum Zweck der Anspruchsverfolgung abgetreten. Dies wurde von den Widerbeklagten und dem Nebenintervenienten im Folgenden bestritten. 58

cc) Das Landesarbeitsgericht hat in der Verhandlung vom 17. März 2016 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Inhalt der Abtretungserklärung nicht vorgetragen worden und deshalb unklar sei, was bzw. welche konkrete Forderung mit welchem Inhalt abgetreten worden sei. Dieser Hinweis wurde nach § 139 Abs. 4 ZPO protokolliert. Daraufhin hat die Widerklägerin mit Schriftsatz vom 20. Mai 2016 zum einen behauptet, vorprozessual sei ein Betrag von 100.000,00 Euro aus dem entgangenen Gewinn der Widerklägerin an die ICT abgetreten worden. Dabei handle es sich aber nicht um den Schaden, der der Widerklägerin ab dem 1. Juli 2014, sondern erst im zweiten Jahr nach der Kündigung ab dem 1. Juli 2015 durch den Ausfall des Auftrags entstanden sei. Dazu hat die Widerklägerin eine Bescheinigung vorgelegt, wonach „im Januar 2014 … Schadensersatzansprüche der [Widerklägerin] gegen [den Nebenintervenienten] an die ICT abgetreten wurden“. Zum anderen wurde vorgetragen, die G-BV habe mündlich im Rahmen der Vorbereitung der Widerklage in erster Instanz im Januar 2014 ihre infolge des Verhaltens des Klägers und Widerbeklagten, des Drittwiderbeklagten und des Nebenintervenienten entstandenen gesamten Schadensersatzansprüche vorprozessual an die Widerklägerin abgetreten. Die Widerklägerin habe die Abtretung angenommen. Dies könnten „die damals für die beteiligten Gesellschaften nun Vertretungsberechtigten, Herr Bu [für die G-BV] und Herr M [für die Widerklägerin], bestätigen“. Herr Bu habe „den Klageentwurf, der die Abtretung enthält und deswegen auch die Abtretung der Ansprüche seinerzeit im Rahmen des monatlichen Review-Gesprächs, welches zwischen der Geschäftsführung der Muttergesellschaft und derjenigen der Beklagten [Widerklägerin] monatlich stattfindet, zum angegebenen Zeitpunkt abgesprochen und vereinbart“. Auch hierüber wurde eine Bescheinigung von der Widerklägerin vorgelegt, zum Beweis hat sie sich auf das Zeugnis des Herrn Bu berufen. 59

dd) Von den Widerbeklagten wurde daraufhin die Aktivlegitimation der Widerklägerin erneut und insbesondere mit dem Hinweis bestritten, im Januar 2014 sei der Vertrag mit K noch nicht gekündigt gewesen, die Widerklage sei erst im Februar 2015 anhängig geworden und Herr M damals noch nicht Geschäftsführer gewesen. Im Übrigen sei es völlig unglaubwürdig, dass eine Ab- 60

tretung in einer solchen Situation und Größenordnung nicht schriftlich festgehalten werde. Daraufhin hat die Widerklägerin mit Schriftsatz vom 6. Juli 2016 behauptet, in den Bestätigungserklärungen der Abtretungen sei jeweils ein Schreibfehler enthalten, gemeint sei „natürlich der Januar 2015“. Die Abtretung sei vor der Widerklage vom 24. Februar 2015 erfolgt. In dieser Zeit sei der Widerklageentwurf zwischen den Verantwortlichen der G zur Abstimmung ausgetauscht worden und es sei die Abtretung erfolgt. Zudem sei offensichtlich, dass es sich bei der Bestätigung nicht um eine Abtretungserklärung handle, sondern um eine „aktuelle Bestätigung der Abtretung“. Diese Bestätigung sei von Herrn M als aktuellem Geschäftsführer der Widerklägerin unterzeichnet worden, der von Herrn Bu und der vorherigen Geschäftsführung über die Abtretung informiert worden sei. Im Übrigen seien „sämtliche Forderungen, die die GT-Holding in dem Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Pflichtverletzungen gegen die [Widerbeklagten] innehat, an die [Widerklägerin] abgetreten“.

ee) Dieser (wechselnde) Vortrag genügt unter Berücksichtigung des substantiierten Bestreitens der Widerbeklagten und des Nebenintervenienten nicht, um von einer schlüssigen Darlegung der Abtretung möglicher Schadensersatzansprüche durch die G-BV an die Widerklägerin ausgehen zu können. Es ist trotz des präzisen Hinweises des Landesarbeitsgerichts weiterhin nicht nachvollziehbar, welche handelnden Personen auf welche Weise zu welchem genauen Zeitpunkt welche konkrete Forderung an die Widerklägerin abgetreten haben sollen. Der Vortrag der Widerklägerin ist deshalb auch einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. Hinzu kommt, dass die Widerklägerin in der Berufungsbegründung selbst vorgetragen hat, der Schadensersatzanspruch werde „unter anderem aus wirtschaftlichen Gründen begrenzt; ein Teil des Schadens wird anderweitig geltend gemacht“. Ob der Hinweis im zweiten Halbsatz zum Ausdruck bringen soll, dass hier nur Ansprüche gegen einzelne Gesamtschuldner abgetreten worden sind *(vgl. dazu Palandt/Grüneberg 77. Aufl. § 425 BGB Rn. 9: Zustimmung des Schuldners erforderlich)*, bleibt unklar. Soweit im Schriftsatz der Widerklägerin vom 6. Juli 2016 Forderungen der GT-Holding erwähnt werden, handelt es sich jedenfalls nach dem von der Widerklägerin als Anlage BK 1 zum Schriftsatz vom 16. Oktober 2015 vorgelegten Organigramm 61

um ein weiteres Unternehmen der G-Gruppe, das nicht mit der G-BV identisch ist.

IV. Die von der Widerklägerin erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet *(§ 564 ZPO)*. 62

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 63

Gallner Schlünder W. Reinfelder

R. Bicknase Schürmann

ECLI:DE:BAG:2018:300518.U.10AZR780.16.0