

|                            |    |
|----------------------------|----|
| Für das Nachschlagewerk!   | Ja |
| Für die Fachpresse!        | Ja |
| Für die Amtliche Sammlung! | Ja |

-----  
Gesetz: BGB § 628 Abs. 2; HGB §§ 60, 74 ff.; ZPO §§ 139, 287

- Leitsätze: 1. Wird einem Handlungsgehilfen wegen einer Vertragspflichtverletzung fristlos gekündigt, so besteht der Auflösungsschaden i. S. des § 628 Abs. 2 BGB nicht nur darin, daß die Arbeitskraft des Handlungsgehilfen ausfällt. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber durch die vorzeitige Vertragsbeendigung den Konkurrenzschutz des § 60 HGB verliert. Auch für die dadurch verursachten Vermögenseinbußen des Arbeitgebers muß der vertragsbrüchige Arbeitnehmer aufkommen.
2. Ob das auch für solche Konkurrenztätigkeiten gilt, die einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot nicht unterworfen werden könnten (§§ 74 ff. HGB), bleibt unentschieden.

Aktenzeichen: 3 AZR 352/74

Urteil des BAG vom 9. Mai 1975 LAG Berlin



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 AZR 352/74

4 Sa 59/73 Berlin

Verkündet am

9. Mai 1975

gez. Sürig,  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Mai 1975 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Stumpf, die Richter Dr. Thomas und Dr. Dieterich sowie die ehrenamtlichen Richter Engel und Kunze für Recht erkannt:

- 2 -



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 14. Mai 1974 - 4 Sa 59/73 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n        R e c h t s        w e g e n        !

Tatbestand:

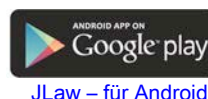
Die Beklagte ist eine Tochtergesellschaft der B -  
-Firmengruppe. Sie betreibt einen Versandbuchhandel. Ihre Kunden wirbt sie durch Hausbesuche ihrer Vertreter. Der Kläger war bei ihr seit 1. Oktober 1961 beschäftigt, und zwar zuletzt als Vertriebsleiter der Niederlassung in Berlin. Er hatte Einzelprokura und erzielte ein durchschnittliches Monatseinkommen von mehr als 12.000,-- DM brutto. Am 13. November 1968 kündigte er sein Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 30. Juni 1969. Die Beklagte kündigte ihrerseits fristlos mit Schreiben vom 18. November 1968, weil der Kläger zusammen mit den Vertretern S                      und G                      unter Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten ein Konkurrenzunternehmen vorbereitet und für dieses insbesondere zahlreiche Mitarbeiter der Beklagten abgeworben habe.

Tatsächlich hatte sich der Kläger mit seinen Kollegen S                      und G                      geeinigt, unter der Firma "D                      "(D                      ) eine GmbH zu gründen, die ebenso wie die Beklagte Bücher im Wege des Versandhandels vertreiben sollte. Der notarielle Gesellschaftsvertrag wurde am 8. November 1968 geschlossen, wobei sich der Kläger noch nicht selbst beteiligte; sein Gesellschaftsanteil wurde von einem Treuhänder gehalten, der ihn später

- 3 -



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

auf den Kläger übertragen sollte. Die Vertreter S und G kündigten daraufhin ihre Verträge mit der Beklagten am 10. November 1968. Weitere Mitarbeiter der Beklagten folgten. Wie viele dies waren, inwieweit dies auf Veranlassung des Klägers bzw. der Herren S und G geschah und welche der ehemaligen Vertreter der Beklagten für das neue Unternehmen D tätig wurden, ist streitig. Der Kläger hat sich jedenfalls entgegen seiner ursprünglichen Absicht nicht an diesem Unternehmen beteiligt. Er hat erst wesentlich später unter seinem eigenen Namen ein Buchversandunternehmen gegründet.

Im vorliegenden Rechtsstreit begehrte der Kläger in erster Linie Feststellung der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung der Beklagten. Außerdem verlangte er 71.610,09 DM an Gehalt, Urlaubsabgeltung sowie Umsatz- und Gewinnbonus. Der Feststellungsklage wurde durch Teilurteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 24. November 1969 und Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 21. Juli 1970 stattgegeben. Nachdem das Bundesarbeitsgericht durch Urteil vom 6. Mai 1971 (2 AZR 280/70) das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen hatte, wurde die Klage durch Versäumnisurteil des Landesarbeitsgerichts vom 11. Januar 1972 rechtskräftig abgewiesen.

Hierauf hat die Beklagte die vorliegend zu beurteilende Widerklage erhoben, mit der sie Schadenersatzansprüche aus der beanstandeten Konkurrenztätigkeit des Klägers hergeleitet hat. Zur Begründung hat sie vorgetragen, der Kläger habe sich schon vor Ausspruch seiner Kündigung zur Vorbereitung des geplanten Konkurrenz-Unternehmens bemüht, ihr planmäßig Mitarbeiter abzuwerben. Er habe zunächst die Vertreter S und G auf seine Seite gezogen und dann mit diesen gemeinsam zahlreiche weitere Mitarbeiter angesprochen. Vor allem Herr G habe die Aufgabe übernommen, die Vertreter entsprechend zu "bearbeiten". Der Kläger habe sich aber auch selbst eingeschaltet. So habe er sich bemüht, die Vertreter K, R, Sc und H zur Kündigung

- 4 -



- 4 -

zu veranlassen. Den Vertretern W , H und Sch habe er zugesagt, die Kosten zu übernehmen, die sich aus Schwierigkeiten mit der Beklagten ergeben könnten; im Falle H sei dies auch tatsächlich geschehen. So sei es ihm gelungen, eine Massenkündigung auszulösen. Nachdem am 10. und 13. November 1968 der Kläger und seine beiden Mitgesellschafter selbst gekündigt hatten, seien bis Ende November 1968 weitere fünfzehn von 53 Mitarbeitern ausgeschieden. Im Dezember 1968 hätten nochmals 18 von vierzig Mitarbeitern gekündigt und auch noch im Januar 1969 seien zwei Mitarbeiter zu der neu gegründeten D übergewechselt. Dafür habe der Kläger als "Kopf" und "Tatherr" der ganzen Abwerbungsaktion einzustehen.

In den Monaten November 1968 bis Juni 1969 habe die Beklagte verglichen mit dem gleichen Zeitraum des Vorjahres einen Umsatzrückgang von 1.887.116,88 DM hinnehmen müssen. Daraus ergebe sich ein Schaden, der sich aus den ungedeckten Fixkosten und dem entgangenen Gewinn zusammensetze. Er belaufe sich auf 618.974,-- DM. Hiervon seien diejenigen Beträge abzusetzen, mit denen die Beklagte gegenüber weiteren Ansprüchen des Klägers bereits aufgerechnet habe oder die sie in Prozessen mit anderen Vertretern erstreiten konnte. Es verblieben danach ca. 600.000,-- DM, von denen im Wege der Teilklage ein Sechstel geltend gemacht werde.

Die Beklagte hat beantragt,  
den Kläger zur Zahlung von 100.000,-- DM  
nebst 4 % Zinsen seit dem 11. September  
1972 zu verurteilen.

Der Kläger hat Abweisung der Widerklage beantragt und vorgetragen, vor Ausspruch der fristlosen Kündigung durch die Beklagte habe er lediglich zulässige Vorbereitungsarbeiten für das geplante Konkurrenzunternehmen geleistet. So habe er sich an der Suche nach Geschäftsräumen beteiligt und durch einen Treuhänder am Abschluß des Gesellschafts-

- 5 -



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 5 -

vertrages mitgewirkt. Jedoch habe er keine Mitarbeiter der Beklagten abgeworben. Allenfalls habe er auf die Äußerung von Kündigungsabsichten mit dem Hinweis auf seine beruflichen Pläne geantwortet. Die Erstattung von Kosten habe er nie versprochen. Es seien auch nicht alle Vertreter zum D

übergewechselt. Damals seien mehrere neue Konkurrenzunternehmen aufgetreten. Das habe sich auch auf die Umsätze der Beklagten ausgewirkt. Starke Schwankungen der Marktanteile und eine überdurchschnittliche Fluktuation der Mitarbeiter seien branchentypisch. Die Schadensberechnung sei deshalb unrealistisch. Außerdem habe die Beklagte eine titulierte Schadensforderung in Höhe von 100.000,- DM gegen den Vertreter S nicht berücksichtigt.

Das Arbeitsgericht hat die Widerklage durch Teilurteil abgewiesen. Auch in der Berufungsinstanz blieb die Beklagte ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt sie ihren Schadenersatzanspruch weiter, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

Die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erlauben noch keine abschließende Beurteilung der Frage, ob und in welcher Höhe der Beklagten ein Schadenersatzanspruch gegen den Kläger zusteht.

I. Soweit sich das Landesarbeitsgericht mit dem Verhalten des Klägers vor Ausspruch der fristlosen Kündigung am 18. November 1968 befaßt hat, hält das angefochtene Urteil der Revision stand. Die Beklagte konnte nicht darlegen und beweisen, daß der Kläger schon während des Arbeitsverhältnisses Vertragspflichtverletzungen begangen hat, die auch ohne die vorzeitige Vertragsbeendigung zu einem Umsatzrückgang und damit zu dem behaupteten Schaden geführt hätten.

- 6 -



- 6 -

1. Die Beklagte wirft dem Kläger in erster Linie vor, daß er zusammen mit den Vertretern S und G ein Versandbuchhandelsunternehmen vorbereitet und damit seine Vertragspflichten verletzt habe. Schon der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit den Vertretern S und G und das Anmieten von Geschäftsräumen seien nach § 60 Abs. 1 HGB verbotene Geschäfte im Handelszweige der Beklagten. Darüber hinaus müsse aber davon ausgegangen werden, daß der Kläger eine Reihe weiterer unzulässiger Vorbereitungshandlungen begangen habe, denn das geplante Konkurrenzunternehmen sei offenbar schon bei Ausspruch der ordentlichen Kündigungen durch den Kläger und die Vertreter S und G bereit gewesen, seine Geschäftstätigkeit sofort aufzunehmen. Diesen Vortrag hält das Landesarbeitsgericht mit Recht für unzureichend.

a) Es trifft nicht einmal zu, daß die behaupteten Vorbereitungshandlungen als Vertragspflichtverletzungen zu werten sind. Das Landesarbeitsgericht erkennt richtig, daß es hierbei unerheblich ist, wie das Verhalten des Klägers im Kündigungsschutzprozeß beurteilt wurde.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darf ein Handlungsgehilfe, der sich selbständig machen will, sein künftiges eigenes Handelsgewerbe schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorbereiten. § 60 verbietet lediglich die Aufnahme derwerbenden Tätigkeit, insbesondere also das Vorbereiten der Vermittlung und des Abschlusses von Konkurrenzgeschäften (BAG 14, 72 [75 ff.] = AP Nr. 3 zu § 60 HGB [zu I b der Gründe]; AP Nr. 5 zu § 60 HGB [zu I 1 der Gründe]; AP Nr. 6 zu § 60 HGB [zu A I 2 b der Gründe]).

Nach dieser Rechtsprechung ist es nicht zu beanstanden, daß der Kläger das geplante Handelsunternehmen durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, das Anmieten von Geschäftsräumen und möglicherweise durch eine weitere Reihe organisatorischer Maßnahmen vorbereitet hat. Solche Handlungen sind noch nicht Teil derwerbenden Tätigkeit und deshalb erlaubt.

- 7 -



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

b) Im übrigen äußert das Landesarbeitsgericht berechnete Zweifel daran, daß schon die erwähnten Vorbereitungshandlungen den sehr erheblichen Umsatzrückgang verursacht haben können, der in der Zeit vom November 1968 bis zum Juni 1969 eingetreten sein soll. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Kläger unstreitig nie aktiv in dem neu gegründeten Unternehmen, der "D GmbH" mitgearbeitet hat (S. 14 des angefochtenen Urteils).

2. Nicht mehr als zulässige Vorbereitungshandlung wäre es anzusehen, wenn der Kläger als Verkaufsleiter die ihm unterstellten Außendienstmitarbeiter zum Ausscheiden bei der Beklagten und anschließenden Eintritt in sein eigenes Unternehmen ermuntert oder gar aufgefordert hätte. Ein solches Abwerben von Arbeitnehmern bedeutete vielmehr eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten. Das Landesarbeitsgericht hält aber den entsprechenden Vortrag der Beklagten teils für zu unsubstantiiert, teils für unbewiesen.

a) Die Beklagte geht davon aus, daß die große Zahl der Kündigung von Vertretern gar nicht anders zu erklären sei als durch eine vom Kläger veranlaßte Abwerbungskampagne. Der Kläger habe zwar die Abwerbungsgespräche weitgehend anderen überlassen, um möglichst wenig Angriffsflächen im Hinblick auf einen späteren Schadenersatzprozeß zu bieten, er müsse aber als "geistiger Urheber" gelten und sich die Abwerbungen zurechnen lassen.

Dieser Betrachtungsweise hat sich das Landesarbeitsgericht mit Recht nicht angeschlossen. Unstreitig war die Fluktuation im Kreise der Außendienstmitarbeiter der Beklagten außerordentlich hoch. Es handelt sich vielfach um wenig beständige Arbeitnehmer mit kurzen Betriebszugehörigkeitszeiten, die oft nur an einem "schnellen Verdienst" interessiert sind. Bei dieser Sachlage kann aus der großen Zahl von Kündigungen in der Zeit vom November 1968 bis Januar 1969 noch nicht auf eine langfristig geplante und vom Kläger eingeleitete "Abwerbungskampagne" geschlossen werden. Vielmehr hätte die Beklagte die angeblichen Abwerbungsmaßnahmen des Klägers nach Zeit und Inhalt näher kennzeichnen müssen, um eine Stellungnahme des Klägers und eine Beweisaufnahme zu ermöglichen.



- 8 -

Die Revision macht demgegenüber geltend, die Beklagte habe in einem Schriftsatz vom 18. April 1974 und im Streit um die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung erheblich mehr vorgetragen, als das Landesarbeitsgericht seiner Würdigung des Parteivorbringens zugrunde lege. Diese Rüge kann jedoch keinen Erfolg haben. Der Schriftsatz vom 18. April 1974 enthält nicht mehr als die vom Landesarbeitsgericht mit Recht zurückgewiesenen allgemeingehaltenen Vermutungen. Auch der Vortrag der Beklagten zur fristlosen Kündigung ist insoweit nicht aufschlußreicher.

b) Zwei Abwerbungsgespräche hat die Beklagte näher bezeichnet. Sie sollen mit den Vertretern K und R geführt worden sein. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist aber das Gespräch mit dem Vertreter R nicht zu beweisen, weil dieser als Zeuge ausgesagt hat, er habe vom Kläger niemals ein Angebot erhalten, die Beklagte zu verlassen und für ein Unternehmen des Klägers tätig zu werden. Der Zeuge K hat zwar bestätigt, vom Kläger zu einem Arbeitsplatzwechsel aufgefordert worden zu sein, er hat der Versuchung jedoch widerstanden, so daß durch dieses Gespräch kein Schaden entstand.

Die Revision hat die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts nicht angegriffen. Es ist deshalb davon auszugehen, daß bis zum Ausspruch der fristlosen Kündigung keine Abwerbungsgespräche geführt wurden, die der Beklagten geschadet haben.

3. Soweit das Landesarbeitsgericht darüber hinaus auch noch eine unerlaubte Nebentätigkeit in seine Betrachtung einbezieht, die der Kläger in einem Unternehmen seiner Frau während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ausgeübt haben soll, geht es über den Vortrag der Beklagten hinaus. Diese hat mit Schriftsatz vom 8. Februar 1974 (Bd. III Bl. 128 f. VA) ausdrücklich klargestellt, daß sie von der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund einer verbotenen Nebentätigkeit des Klägers im vorliegenden Rechtsstreit absieht.

- 9 -



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



II. Jedoch hat das Landesarbeitsgericht einen entscheidungserheblichen Teil des Sachverhalts offengelassen, die Frage nämlich, ob und inwieweit der Kläger in der Zeit zwischen der fristlosen Kündigung vom 18. November 1968 und dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 30. Juni 1969 Arbeitnehmer der Beklagten abgeworben und dadurch einen Schaden verursacht hat.

1. Die Beklagte hat hierzu geltend gemacht, der weitaus größte Teil ihrer Vertreter habe erst gekündigt, als das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bereits geendet hatte. In dieser Zeit sei der Kläger zwar keinem vertraglichen Konkurrenzverbot unterworfen gewesen. Es könne sich aber nicht zu seinen Gunsten auswirken, daß sie am 18. November 1968 zu einer fristlosen Kündigung gezwungen worden sei.

Das Landesarbeitsgericht geht mit Recht davon aus, daß das Wettbewerbsverbot des § 60 HGB in der Zeit zwischen dem 18. November 1968 und dem 30. Juni 1969 nicht unmittelbar galt, weil ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht mehr bestand. Es erkennt auch zutreffend, daß allenfalls ein Schadenersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB in Betracht kommt, weil die fristlose Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des Klägers veranlaßt wurde. In einem solchen Fall ist der fristlos gekündigte Arbeitnehmer zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der durch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstanden ist. Das Landesarbeitsgericht meint jedoch, als Auflösungsschaden im Sinne des § 628 Abs. 2 BGB könne nur derjenige Verlust in Betracht kommen, der der Beklagten durch das Fehlen der Arbeitskraft des Klägers entstanden ist. Deshalb hätte die Beklagte nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts darlegen müssen, wie lange die Position des Klägers unbesetzt geblieben war und welche Umsätze der Kläger in dieser Zeit erzielt hätte. Nur der insoweit entgangene Gewinn sei als Auflösungsschaden anzuerkennen.

2.a) Die Begrenzung des Auflösungsschadens durch das Landesarbeitsgericht wird weder dem Wortlaut noch dem Sinn des § 628 Abs. 2 BGB voll gerecht. Die Vorschrift soll verhin-

dern, daß der wegen eines Vertragsbruchs zur fristlosen Kündigung veranlaßte Vertragsteil die Ausübung seines Kündigungsrechts mit Vermögenseinbußen bezahlen muß, die darauf beruhen, daß infolge der Kündigung das Arbeitsverhältnis endet. Das gilt besonders dann, wenn den Vermögensnachteilen des Kündigenden Vermögensvorteile des Vertragsbrüchigen gegenüberstehen. § 628 Abs. 2 BGB gewährleistet, daß der Kündigende so gestellt wird, als wäre das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß durch eine fristgerechte Kündigung beendet worden.

Kündigt ein Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen eines Vertragsbruchs des Arbeitnehmers, so verliert er vor allem den Anspruch auf die Arbeitsleistung. Der dadurch entstehende Schaden ist so zu berechnen und auszugleichen, wie es das Landesarbeitsgericht beschrieben hat. Es muß festgestellt werden, welche Gewinne der Arbeitgeber erzielt und welche Unkosten er erspart hätte, wenn ihm die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zur Verfügung gestanden hätte. Aber nicht nur die Hauptpflichten, auch die Nebenpflichten müssen bei dem erforderlichen Vermögensvergleich berücksichtigt werden. Im Geltungsbereich des Handelsgesetzbuches verliert der Arbeitgeber durch die fristlose Kündigung den Schutz des § 60 HGB. Wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nicht vereinbart wurde, so kann sich das sehr einschneidend auswirken. Der fristlos gekündigte Arbeitnehmer sieht sich unversehens in die Lage versetzt, seinem bisherigen Arbeitgeber weitaus früher Konkurrenz machen zu dürfen, als vertraglich vorgesehen war. Dieser Wegfall der Pflicht zur Konkurrenzunterlassung muß nach § 628 Abs. 2 BGB ebenso im Wege des Schadenersatzes ausgeglichen werden wie der Verlust der Arbeitskraft.

Die gegenteilige Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist mit Wortlaut und Sinn des Gesetzes nicht zu vereinbaren und würde zu kaum tragbaren Ergebnissen führen. Ein Arbeitnehmer, der eine Konkurrenztätigkeit plant, könnte durch einen Vertragsbruch mit relativ geringen Folgen eine fristlose Kündigung provozieren, um auf diese Weise vorzeitig von seiner Unterlassungspflicht befreit zu werden.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



Demgegenüber könnte sich ein Arbeitgeber in dieser Lage gehindert sehen, von seinem Recht zur außerordentlichen Kündigung Gebrauch zu machen, weil er die Konkurrenztätigkeit des vertragsbrüchigen Arbeitnehmers mehr fürchten muß als weitere Pflichtverletzungen. Das kann nicht rech- tens sein.

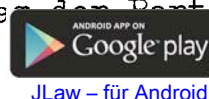
b) Der Senat verkennt nicht, daß der Arbeitgeber auf dem Umwege über den Auflösungsschadenersatz des § 628 Abs. 2 BGB mittelbar ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot erhält, für das er keine Karenzentschädigung zahlen muß. Der drohende Schadenersatzanspruch wird den betroffenen Arbeitnehmer häufig daran hindern, seine Arbeitskraft für die Dauer der ursprünglich vorgesehenen Kündigungsfrist voll zu nutzen. Er sieht sich damit unter Umständen sogar in einer ungünstigeren Lage, als sie nach § 75 Abs. 3 HGB bestehen würde, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart worden wäre. Zwar erhielte er auch dann für seine Wettbewerbsunterlassung keine Karenzentschädigung (vgl. allerdings die verfassungsrechtlichen Bedenken des Senats im Urteil vom 26. Oktober 1973 - 3 AZR 118/73 - [demnächst] AP Nr. 5 zu § 75 HGB [zu IV der Gründe] mit Anm. von Beitzke [zu 3], auch zum Abdruck in Band 25 der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt), aber der Inhalt des Wettbewerbsverbots wäre wenigstens schriftlich fixiert, der sachliche, räumliche und zeitliche Geltungsbereich klar begrenzt und die Wirksamkeit des Verbots nach § 74 a HGB an strenge Voraussetzungen gebunden.

Es liegt nahe, den Anwendungsbereich des § 628 Abs. 2 BGB der gesetzlichen Regelung bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten anzugleichen und nach einem Auflösungsver schulden des Arbeitnehmers dessen Konkurrenztätigkeiten insoweit außer Betracht zu lassen, als sie einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot nicht unterworfen werden könnten. Das wäre z.B. anzunehmen, soweit eine unbillige Erschwerung des Fortkommens einträte oder Unterlassungspflichten ohne berechnigte geschäftliche Interessen durchgesetzt werden könnten. Im vorliegenden Fall muß diese Frage jedoch nicht geklärt werden, weil eine derartige Mög-

lichkeit nach dem Vortrag der Parteien ausgeschlossen.



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

3. a) Die Beklagte hat geltend gemacht, der Kläger habe noch nach der fristlosen Kündigung vom 18. November 1968 mehrere Vertreter angesprochen, um sie zum Ausscheiden bei der Beklagten zu bewegen. Den Vertretern W, H und Sch habe er zugesagt, die Kosten zu übernehmen, die sich aus Schwierigkeiten mit der Beklagten ergeben. Darin könnte sogar die Aufforderung zum Vertragsbruch enthalten sein, weil bei einer ordentlichen Kündigung kostenverursachende Schwierigkeiten nicht eintreten. Zum mindesten bedeutet eine derartige Abwerbung eine Konkurrenztaetigkeit, die dem Kläger bei fristgerechter Vertragsbeendigung verboten gewesen wäre.

Das Landesarbeitsgericht muß dem entsprechenden Vortrag der Beklagten noch nachgehen. Sollte sich herausstellen, daß der Kläger in der behaupteten Weise für das geplante Konkurrenzunternehmen tätig geworden ist und die Beklagte dadurch geschädigt hat, so wäre der Kläger grundsätzlich zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens verpflichtet. Daß das Arbeitsverhältnis bereits geendet hatte und ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nicht vereinbart war, ist unerheblich, weil es hier um den Auflösungsschaden i.S. des § 628 Abs. 2 BGB geht.

b) Inwieweit eine Schätzung des Auflösungsschadens nach § 287 ZPO möglich ist, vermag der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht zu beurteilen. Sollten sich nur Abwerbungen in wenigen Einzelfällen feststellen lassen, so könnte die globale Schadensberechnung der Beklagten kaum Erfolg haben. Es wäre dann unmöglich, den ganzen Umsatzrückgang in den acht Monaten nach dem Ausscheiden des Klägers auf dessen Verhalten zurückzuführen.

Was die Revision demgegenüber aus der sogenannten Adäquanzlehre herleiten will, ist rechtsirrig. Die Lehre von der adäquaten Verursachung zielt auf eine Haftungsbegrenzung, nicht aber auf eine Beweiserleichterung. Sie besagt, daß bei der Schadenszurechnung diejenigen Bedingungen



außer Betracht bleiben, die bei vernünftiger Beurteilung der Dinge nicht mehr als haftungsbegründende Umstände betrachtet werden können, weil sie zur Zeit der Verhandlung objektiv nicht geeignet erschienen, den später eingetretenen Schadenserfolg herbeizuführen (vgl. die Übersicht bei Reimer Schmidt in Soergel-Siebert, BGB, 10. Aufl., § 249 - 253 Anm. 17 ff.).

c) Damit ist jedoch noch nicht jede andere Möglichkeit der Schadensschätzung ausgeschlossen. Sieht ein Gericht die Entstehung eines Schadens als erwiesen an, so darf es nicht von der Zubilligung jeglichen Ersatzes mit der Begründung absehen, es fehle an ausreichenden Anhaltspunkten für die Schätzung des vollen Schadens; vielmehr bleibt dann zu prüfen, ob und inwieweit wenigstens eine ausreichende Grundlage für die Schätzung eines Mindestschadens vorhanden ist (BGH LM Nr. 33 zu § 287 ZPO [zu IV 4 der Gründe]).

Im vorliegenden Fall liegt es nahe, von den Einkünften oder Umsätzen der abgeworbenen Vertreter auszugehen und aus ihnen auf die Höhe des Abwerbungsschadens zu schließen. Die Beklagte hat zwar die entsprechenden Zahlen noch nicht in dem Prozeß eingeführt, das wäre aber möglicherweise geschehen, wenn die Bedeutung und Berechnung des Auflösungsschadens richtig gesehen worden und ein sachdienlicher Hinweis des Tatrichters gem. § 139 ZPO gegeben worden wäre. Die Beklagte muß deshalb Gelegenheit erhalten, ihren Vortrag entsprechend zu ergänzen.

gez. Dr. Stumpf

Engel

Dr. Thomas

Eberhard Kunze

Dr. Dieterich

