

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 547/09  
10 Sa 645/07  
Landesarbeitsgericht  
München

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
28. Oktober 2010

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Widerbeklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Oktober 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Burr und Avenarius für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des Landesarbeitsgerichts München vom 3. Dezember 2008 - 10 Sa 645/07 - wird zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch über einen mittels 1  
Widerklage geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz wegen von der  
Beklagten gezahlter Detektivkosten.

Die Beklagte betreibt Arbeitnehmerüberlassung. Der Kläger war seit 2  
24. September 2001 bei ihr als Leiter für die Niederlassung München be-  
schäftigt.

Der Kläger beabsichtigte im Dezember 2003 seine Tätigkeit für die Be- 3  
klagte mit Ablauf des Monats Januar 2004 einzustellen und anschließend eine  
Konkurrenztätigkeit auszuüben. In diesem Zusammenhang fand am  
22. Dezember 2003 ein Gespräch zwischen ihm und dem Geschäftsführer der  
Beklagten Schmidt statt, welches die Beendigung des Arbeitsverhältnisses des  
Klägers und dessen anschließende Konkurrenztätigkeit zum Gegenstand hatte.  
Ob eine Einigung über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum  
31. Januar 2004 erzielt wurde, ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger entfernte Anfang Januar 2004 seine privaten Gegenstände 4  
aus seinem Büro bei der Beklagten.

In der zweiten Kalenderwoche 2004 besuchte der Kläger die A GmbH, 5  
eine Kundin der Beklagten in München. Ob der Kläger nach der internen Auf-  
gabenverteilung bei der Beklagten für die Betreuung dieser Kundin zuständig  
war und ob bei dieser Beratungsbedarf bestand, ist streitig.

Am 14. Januar 2004 schloss die Beklagte mit der Detektei H einen Dienstvertrag, der die Überwachung des Klägers hinsichtlich etwaiger Konkurrenzaktivitäten zum Gegenstand hatte. 6

Am 19. Januar 2004 nahm eine Mitarbeiterin der Detektei telefonischen Kontakt zur Ehefrau des Klägers auf und erhielt von dieser die Information, der Kläger habe sich vor etwa einem Jahr in München im Bereich der Personalvermittlung selbstständig gemacht. Die Mitarbeiterin der Detektei teilte der Ehefrau mit, dass ein Unternehmen namens K Group derzeit Personal suche und hinterließ eine Telefonnummer. Bei der K Group handelte es sich um eine von der Detektei errichtete Scheinfirma, die den Kläger einer bereits aufgenommenen Konkurrenzaktivität überführen sollte. 7

Daraufhin nahm der Kläger telefonischen Kontakt zu der K Group auf und erstellte dieser namens einer AI GmbH am 22. Januar 2004 ein Angebot. 8

Mit Schreiben vom 29. Januar 2004 kündigte der Kläger sein mit der Beklagten bestehendes Arbeitsverhältnis zum 29. Februar 2004. 9

Der Kläger war am 2. und 3. Februar 2004 sowie vom 16. Februar bis zum 27. Februar 2004 arbeitsunfähig erkrankt. 10

Am 3. Februar 2004 übernahm der Kläger von seinem Bruder durch notariellen Vertrag Gesellschaftsanteile der AI GmbH, einem im Raum M tätigen Zeitarbeitsunternehmen, das am 9. März 2004 in das Handelsregister eingetragen wurde. Zum Zwecke der Gründung einer Niederlassung in München mietete die AI GmbH im Januar 2004 zum 1. März 2004 Räumlichkeiten an, zu denen der Kläger bereits im Februar 2004 Zutritt hatte und die er vor dem 1. März 2004 einrichten ließ. 11

Die Überwachung des Klägers durch die Detektei H wurde bis einschließlich 27. Februar 2004 durchgeführt. 12

Für ihre Tätigkeit berechnete die Detektei der Beklagten insgesamt 40.301,00 Euro netto zzgl. 16 % Umsatzsteuer. Der Gesamtbetrag setzt sich aus fünf Einzelrechnungen zusammen, nämlich aus Rechnungen für den „Einsatzzeitraum: 14.01.2004 bis 23.01.2004“, den „Einsatzzeitraum: Januar 13

2004“, den „Einsatzzeitraum: Januar 2004 & Februar 2004“, den „Einsatzzeitraum: Februar 2004“ sowie aus einer „Schluss-Rechnung“ vom 8. März 2004 betreffend „Einsatztage: Februar bis März 2004“.

Die Beklagte meint, der Kläger sei zum Ersatz der Detektivkosten verpflichtet. Die Detektei sei anlässlich des konkreten Verdachts einer Konkurrenz-  
tätigkeit des Klägers beauftragt worden und der Kläger sei durch die Über-  
wachung einer Konkurrenz-  
tätigkeit tatsächlich überführt worden. Im Zeitpunkt  
der ersten Beauftragung der Detektei habe ein konkreter Verdacht einer un-  
erlaubten Konkurrenz-  
tätigkeit des Klägers bestanden. Dieser habe sich einer-  
seits aus dem Gespräch vom 22. Dezember 2003 ergeben, andererseits  
daraus, dass der Kläger seine Privatgegenstände aus seinem Büro bei der  
Beklagten entfernt und Anfang Januar 2004 die Kundin A GmbH besucht habe.

14

Die Beklagte trägt vor, sie habe nicht einen einzelnen durchgehenden  
Auftrag an die Detektei vergeben, sondern mehrere. Der erste Auftrag habe  
eine zeitlich begrenzte Observation vom 14. bis zum 23. Januar 2004 sowie  
Grundermittlungen zur Wettbewerbstätigkeit zum Gegenstand gehabt. Aufgrund  
der ermittelten Verdachtsmomente sei eine zweite Observierungsphase vom  
26. bis 31. Januar 2004 in Auftrag gegeben worden. Diese Observierung sei  
aufgrund der Ermittlungen dann bis zum 6. Februar 2004 verlängert worden.  
Wegen der Aktivitäten des Beklagten während seiner Arbeitsunfähigkeit sei  
sodann eine dritte Überwachung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses  
sowie eine anschließende weitere Observierung bei der Detektei in Auftrag  
gegeben worden.

15

Die Beklagte hat, soweit der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz ge-  
langt ist, beantragt,

16

den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, an die  
Beklagte und Widerklägerin 37.605,00 Euro nebst  
Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem  
Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Kläger hat die Abweisung der Widerklage beantragt und bestritten,  
sich vertragsuntreu verhalten zu haben.

17

Das Landesarbeitsgericht hat die auf Zahlung von 40.301,00 Euro nebst Zinsen gerichtete Widerklage der Beklagten abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihre Schadensersatzforderung nur noch in Höhe von 37.605,00 Euro nebst Zinsen weiter, nachdem sie ihre Revision um die Kosten für den „1. Teilbetrag“ der Observierungskosten iHv. 2.696,00 Euro (*Zeitraum 14. bis 23. Januar 2004*) beschränkt hat. Der Kläger hat die Zurückweisung der Revision beantragt.

18

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Ihr steht der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Detektivkosten gegen den Kläger nicht zu.

19

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Zurückweisung der auf Erstattung dieser Kosten gerichteten Widerklage damit begründet, dass sich ein diesbezüglicher Schadensersatzanspruch weder aus § 280 Abs. 1 BGB noch aus einer unerlaubten Handlung ergebe. Zwar seien Detektivkosten grundsätzlich erstattungsfähig, wenn der Arbeitgeber anlässlich eines konkreten Tatverdachts gegen den Arbeitnehmer einem Detektiv dessen Überwachung übertrage und der Arbeitnehmer hierdurch einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt werde. Allerdings müsse der konkrete Verdacht im Zeitpunkt der Entstehung der Aufwendungen, also der Beauftragung der Detektei vorgelegen haben. Hieran fehle es vorliegend. Insbesondere könne ein konkreter Verdacht weder aus einem geäußerten Abkehrwillen noch daraus gefolgert werden, dass der Kläger ein Bild in seinem Büro abgehängt habe. Auch der Besuch des Klägers bei einem Kunden der Beklagten, dessen Zweck die Beklagte nur vermute, könne nicht die Annahme begründen, der Kläger habe während des noch laufenden Beschäftigungsverhältnisses eine Wettbewerbstätigkeit aufnehmen wollen.

20

- Für die Frage des Vorliegens eines konkreten Tatverdachts sei ausschließlich auf den Zeitpunkt der ersten Beauftragung des Detektivbüros am 14. Januar 2004 abzustellen. 21
- II. Das landesarbeitsgerichtliche Urteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand. 22
- Die Widerklage auf Zahlung der verauslagten Detektivkosten ist nicht begründet. 23
1. Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass ein Arbeitgeber, der eine Detektivkostenerstattung wegen einer Konkurrenzfähigkeit des Arbeitnehmers durchsetzen will, konkrete Anhaltspunkte dafür haben muss, dass der Arbeitnehmer eine Wettbewerbstätigkeit tatsächlich ausübt und dadurch die wettbewerblichen Interessen des Arbeitgebers gefährdet sind. Nach der Rechtsprechung des Senats (*vgl. 28. Mai 2009 - 8 AZR 226/08 - AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 133 = EzA ZPO 2002 § 91 Nr. 4; 17. September 1998 - 8 AZR 5/97 - BAGE 90, 1 = AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 113 = EzA BGB § 249 Nr. 23*) hat der Arbeitnehmer wegen der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (§ 280 Abs. 1 BGB) dem Arbeitgeber die durch das Tätigwerden eines Detektivs entstandenen notwendigen Kosten zu ersetzen, wenn der Arbeitgeber aufgrund eines konkreten Tatverdachts gegen den Arbeitnehmer einem Detektiv die Überwachung des Arbeitnehmers überträgt und der Arbeitnehmer einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird. Insofern handelt es sich um keine Vorsorgekosten, die unabhängig von konkreten schadensstiftenden Ereignissen als ständige Betriebsausgabe vom Arbeitgeber zu tragen sind. Nach § 249 BGB erstreckt sich die Schadensersatzpflicht auf alle Aufwendungen des Geschädigten, soweit diese nach den Umständen des Falles als notwendig anzusehen sind. Dazu gehört auch die Abwehr drohender Nachteile, wenn sich insofern konkrete Verdachtsmomente ergeben. § 254 BGB verlangt von einem Geschädigten allerdings die Rücksichtnahme auf das Interesse des Schädigers an der Geringhaltung des Schadens. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber nur für die Maßnahmen Er-

stattungsansprüche hat, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Arbeitgeber nach den Umständen des Einzelfalles zur Beseitigung der Störung bzw. zur Schadensverhütung nicht nur als zweckmäßig, sondern auch als erforderlich ergriffen haben würde (*Senat 28. Mai 2009 - 8 AZR 226/08 - aaO; 17. September 1998 - 8 AZR 5/97 - aaO*).

2. Ob dem Landesarbeitsgericht darin zu folgen ist, dass für einen Anspruch der Beklagten die konkreten Anhaltspunkte für die Konkurrenzfähigkeit des Klägers bereits bei der Erstbeauftragung der Detektei hätten vorliegen müssen, kann für den Streitfall dahinstehen. 25

Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht zunächst davon aus, dass vor dem 14. Januar 2004 keine konkreten Verdachtsmomente für eine Konkurrenzfähigkeit des Klägers gegeben waren, sich insbesondere ein konkreter Verdacht weder aus dem geäußerten Abkehrwillen noch aus der Entfernung privater Gegenstände aus dem Büro oder dem durchgeführten Kundenbesuch ergibt. Die Beklagte hat unbestritten vorgetragen, dass sie zunächst nur einen Auftrag für eine zeitlich begrenzte Observation für die Zeit vom 14. Januar 2004 bis zum 23. Januar 2004 sowie Grundermittlungen zur Wettbewerbstätigkeit des Klägers erteilt hat. 26

3. Während dieses ersten Überwachungszeitraumes, für den die Beklagte in der Revision keine Kostenerstattung mehr verlangt, hatte sich der Verdacht einer Wettbewerbstätigkeit des Klägers aufgrund des Telefonats einer Mitarbeiterin der Detektei mit der Ehefrau des Klägers und durch die Abgabe des Angebots vom 22. Januar 2004 durch den Kläger an die K Group namens der AI GmbH bestätigt. 27

Die Beklagte erteilte daraufhin am 23. Januar 2004 der Detektei den Folgeauftrag zur Überwachung des Klägers vom 26. Januar bis zum 1. Februar 2004, um ihn einer Konkurrenzfähigkeit während des laufenden Arbeitsverhältnisses zu überführen. Zum Zeitpunkt dieser Beauftragung stand als Ermittlungsergebnis der Erstbeschattung vom 14. Januar bis 23. Januar 2004 die entfaltete Tätigkeit des Klägers gegenüber der Scheinfirma K Group jedoch 28

bereits fest. Insbesondere wusste die Beklagte von dem Angebot des Klägers namens der AI GmbH vom 22. Januar 2004 an die Scheinfirma.

Unter vernünftigen wirtschaftlichen Gesichtspunkten war unter Zugrundelegung dieser Kenntnisse weder am 23. Januar 2004 noch zu einem späteren Zeitpunkt die Erteilung eines Folgeauftrags an die Detektei zur Überwachung des Klägers notwendig. Eine solche Überwachung konnte zu diesem Zeitpunkt keinen Beitrag zur Beseitigung einer Vertragsstörung oder zur Schadensverhütung mehr leisten.

29

Der Beklagten ging es bei der Beauftragung der Detektei darum, den Nachweis einer Konkurrenzfähigkeit des Klägers zu erhalten. Dieser Nachweis war mit der Vorlage des vom Kläger an die Scheinfirma abgegebenen Angebots erbracht. Die Beklagte wusste aufgrund dieses Angebots, dass der Kläger bereits zu diesem Zeitpunkt auf dem Markt der Arbeitnehmerüberlassung selbstständig tätig war und seine Dienste anpries, obwohl er noch in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stand. Aufgrund dieser Kenntnis hätte die Beklagte verschiedene Möglichkeiten gehabt, die Arbeitsvertragsverletzung durch den Kläger zu beseitigen. So hätte sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos beenden können oder dem Kläger durch eine einstweilige Verfügung die Ausübung des Wettbewerbs untersagen lassen können. Stattdessen hat sie den Kläger mit der Vertragsverletzung fortfahren lassen und nicht versucht, aufgrund der erlangten Informationen, weitere Schäden zu verhüten.

30

4. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von den bislang vom Bundesarbeitsgericht zur Frage der Erstattungsfähigkeit von Detektivkosten entschiedenen Fallgestaltungen. Diesen lag nämlich entweder zugrunde, dass der Arbeitgeber den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern wollte, um in der Folge das Arbeitsverhältnis beenden zu können (*Senat 28. Mai 2009 - 8 AZR 226/08 - AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 133 = EzA ZPO 2002 § 91 Nr. 4*) oder neben der Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch keine Entgeltfortzahlung während der Kündigungsfrist leisten zu müssen (*Senat 17. September 1998 - 8 AZR 5/97 - BAGE 90, 1 = AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 113 = EzA BGB § 249 Nr. 23*). In

31



einem weiteren Verfahren ging es um den Nachweis von Unterschlagungen und die Wirksamkeit eines in diesem Zusammenhang geschlossenen Aufhebungsvertrages (*BAG 3. Dezember 1985 - 3 AZR 277/84 - BB 1987, 689*). Diesen Sachverhalten ist gemeinsam, dass der Arbeitgeber jeweils versucht hat, aufgrund durch die Observation gewonnener Erkenntnisse die Vertragsverletzung des Arbeitnehmers durch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu beseitigen. Ein derartiges Ziel verfolgte die Beklagte nicht. Ihr ging es erkennbar nicht darum, eine Vertragsstörung zu beseitigen oder weitere Schäden zu verhüten.

Welche konkreten Ziele die Beklagte mit dem Nachweisen einer Konkurrenzfähigkeit des Klägers verfolgt hat, hat sie nicht ausdrücklich vorgetragen. Aus ihrem Vorbringen: „Damit wurde der Kläger einzig und allein bis zum Ende der arbeitsvertraglichen Laufzeit observiert. Dies war auch erforderlich, weil im Rahmen der Ermittlungsarbeit auch die Problematik ‚Abwerben von Mitarbeitern‘, ‚Akquirieren von Kunden der Beklagten‘, ‚Akquirieren potentieller Neukunden‘ sowie Überprüfung von Büroräumen, von denen heraus Wettbewerbstätigkeit entfaltet wurde, erforderlich war“, lässt sich schließen, dass es der Beklagten um die Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs gegangen sein könnte. Diesbezüglich war aber die Erteilung der Folgeaufträge ab dem 23. Januar 2004 nicht als notwendig anzusehen, da der Beklagten zu diesem Zeitpunkt die Konkurrenzfähigkeit des Klägers bereits bekannt war. Ihr stand ab diesem Zeitpunkt ein Auskunftsanspruch gegen den Kläger zu, der ihr weiterreichende Sicherheit geboten hätte als der Einsatz eines Detektivs, der zwar feststellen kann, wo sich der Kläger aufhält und mit wem er spricht, regelmäßig aber nicht den Inhalt vertraglicher Vereinbarungen des Klägers mit Konkurrenten der Beklagten ermitteln kann.

32

III. Wegen des Erfordernisses einer einheitlichen Kostenentscheidung war diese - auch über die Kosten der Revision - dem Schlussurteil vorzubehalten. 33

Hauck

Böck

Breinlinger

Burr

F. Avenarius