

Bundesarbeitsgericht
Zehnter Senat

Urteil vom 19. Dezember 2018
- 10 AZR 233/18 -
ECLI:DE:BAG:2018:191218.U.10AZR233.18.0

I. Arbeitsgericht Wilhelmshaven

Urteil vom 6. April 2016
- 2 Ca 493/15 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 31. Januar 2018
- 2 Sa 945/17 -

Entscheidungsstichwort:

Einrede der Verjährung in der Revisionsinstanz

Leitsatz:

Im arbeitsgerichtlichen Verfahren kann die erstmals in der Revisionsinstanz erhobene Einrede der Verjährung zuzulassen sein, wenn der Rechtsstreit nach § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen ist.

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 233/18

2 Sa 945/17

Landesarbeitsgericht

Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Dezember 2018

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Dezember 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Pulz und Pessinger sowie den ehrenamtlichen Richter Petri und die ehrenamtliche Richterin Rudolph für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten und Widerklägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 31. Januar 2018 - 2 Sa 945/17 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche wegen Wettbewerbs während des bestehenden Arbeitsverhältnisses. 1

Die Beklagte und Widerklägerin (Widerklägerin) betreibt einen Pflegedienst. Die Klägerin und Widerbeklagte (Widerbeklagte) war bei der Widerklägerin vom 13. März 2014 bis zum 16. November 2015 als Pflegedienstleitung beschäftigt. Dem Arbeitsverhältnis lag zuletzt der Arbeitsvertrag vom 1. April 2015 zugrunde. Darin heißt es unter anderem: 2

„§ 4 - Kündigung

Während der Zeit einer Befristung und in der Probezeit kann der Anstellungsvertrag von beiden Seiten mit einer Frist von 14 Tagen ohne Angaben von Gründen gekündigt werden. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Kündigungsfristen.

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis können nur innerhalb von zwei Wochen nach Beendigung geltend gemacht werden, Klageerhebung innerhalb von vier Wochen. Späteres Geltendmachen von Ansprüchen ist hiermit ausgeschlossen.

Kündigungen haben in jedem Falle schriftlich zu erfolgen.

...

§ 11 - Vertragsauflösung

Die Angestellte verpflichtet sich, eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Monatslohn/-gehalt zu zahlen, wenn sie die vereinbarte Beschäftigung nicht aufnimmt oder das Angestelltenverhältnis unberechtigt ohne Einhaltung der Kündigungsfrist löst.

Der Arbeitgeberin bleibt vorbehalten, ggf. weitere Ausfall- und Folgeschäden geltend zu machen.

Ansprüche der Angestellten aus diesem Arbeitsverhältnis sind gem. § 4 Abs. 2 dieses Vertrages geltend zu machen.

§ 12 - Wettbewerbsverbot/Betriebsgeheimnisse

Die Arbeitgeberin und die Angestellte vereinbaren ausdrücklich, dass keinerlei direkte noch indirekte Abwerbung von Kunden der Arbeitgeberin durch die Angestellte geschehen darf.

Dazu zählen insbesondere die Weitergabe von Daten der Kunden, der Betriebsabläufe und der Betriebsgeheimnisse der Arbeitgeberin an Dritte.

Die o. a. Vereinbarung richtet sich auch zur Wahrung von Betriebsgeheimnissen gegen die Verwertung der im Betrieb der Arbeitgeberin gewonnenen Kenntnisse und Fähigkeiten.

Nur mit Genehmigung der Arbeitgeberin (schriftliche Vertragsvereinbarung/Franchising) darf ihr gesetzlich geschütztes Pflegesystem, die Kenntnisse daraus, deren Strukturen, das diesbezügliche Lehrmaterial und sämtliche damit zusammenhängenden Gegebenheiten und Gegenstände vom Angestellten nach Beendigung verwendet werden.

Die Angestellte verpflichtet sich, auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses, über sämtliche im Betrieb der Arbeitgeberin vorkommenden Angelegenheiten Stillschweigen zu bewahren, sofern nicht gesetzliche Gründe entgegenstehen.“

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 kündigte die Widerbeklagte das Arbeitsverhältnis mit der Widerklägerin zum 16. November 2015. 3

Die Arbeitnehmerinnen der Widerklägerin R und E kündigten ihre Arbeitsverhältnisse jeweils mit Schreiben vom 21. Oktober 2015 zum 4

15. November 2015. Das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin W endete im Weg eines Prozessvergleichs zum 30. November 2015.

Mit Schreiben vom 27. Oktober 2015 forderte die Widerklägerin die Widerbeklagte auf, Abwerbeversuche bei Patienten und Arbeitnehmern zu unterlassen. In dem Schreiben heißt es unter anderem:

„Unsere Mandantin hat Kenntnis davon erlangt, dass Sie diverse Patienten und auch Arbeitnehmer unserer Mandantin angesprochen haben, um diese dazu zu bewegen, das Vertragsverhältnis mit unserer Mandantin zu beenden und zu einem neuen Anbieter bzw. Arbeitgeber zu wechseln. Ganz offensichtlich handelt es sich um einen Anbieter bzw. Arbeitgeber, für den Sie nach Ende der Beschäftigung bei unserer Mandantin tätig sein werden.

...

In Folge Ihrer bisherigen Abwerbetätigkeit ist unserer Mandantin ein nicht unerheblicher Schaden entstanden. Für diesen wird unsere Mandantin Sie noch gesondert ersatzpflichtig machen.“

Die Widerbeklagte teilte der Widerklägerin unter dem 4. November 2015 mit, dass sie weder Patienten noch Arbeitnehmer der Widerklägerin abgeworben habe oder dieses auch nur versucht habe.

Seit Januar oder Februar 2016 ist die Widerbeklagte alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Pflegedienst P GmbH. Mehrere Patienten kündigten ihre Pflegeverträge mit der Widerklägerin und wechselten noch während der Beschäftigungszeit der Widerbeklagten bei der Widerklägerin zu der Pflegedienst P GmbH. Mit ihr schlossen die ehemaligen Arbeitnehmerinnen der Widerklägerin R, E und W neue Arbeitsverträge.

Die Widerklägerin hat gemeint, die Widerbeklagte habe im bestehenden Arbeitsverhältnis mehrere Arbeitnehmer und Patienten angesprochen und zu einem Wechsel zu ihrem neuen Pflegedienst veranlasst. Am 7. oder 8. Oktober 2015 habe die Widerbeklagte unter anderem die Arbeitnehmerinnen E, W und R zu einem Gespräch in eine Bäckerei eingeladen. Dort habe sie geschildert, dass sie sich selbstständig machen wolle und habe den Kolleginnen Mustertexte für eine Kündigung der bisherigen Arbeitsverhältnisse und Arbeits-

verträge mit ihrem neuen Pflegedienst vorgelegt. Diese seien an Ort und Stelle unterzeichnet worden. Am 22. Oktober 2015 habe die Widerbeklagte den Eheleuten F, die zu diesem Zeitpunkt Patienten der Widerklägerin gewesen seien, eine Visitenkarte ihres neuen Pflegedienstes ausgehändigt. Weitere Patienten seien direkt angesprochen worden, andere seien von der Arbeitnehmerin W betreut worden und mit ihr zum neuen Pflegedienst der Widerbeklagten gewechselt.

Die entstandenen Schäden für die Jahre 2015 und 2016 habe die Widerklägerin bezogen auf die einzelnen Patienten berechnet. Sie habe ihre jeweiligen Vergütungen nach SGB V und SGB XI sowie den Personal- und Sachaufwand je Arbeitsstunde gegenübergestellt und daraus den monatlichen Ertrag ermittelt. Für das Jahr 2016 habe sie einen pauschalen Abschlag von 30 % vorgenommen, um etwaige Differenzen bei den ersparten Kosten und eine mögliche Abwanderung zu berücksichtigen. Die im Jahr 2017 entstandenen Schäden könne sie noch nicht konkret darlegen, weil der Jahresabschluss bisher nicht festgestellt sei. 9

Die §§ 305 ff. BGB seien auf den Arbeitsvertrag der Parteien nicht anzuwenden. Das Landesarbeitsgericht habe ohne vorherigen Hinweis nicht davon ausgehen dürfen, dass die Widerbeklagte auf den Inhalt der in § 4 des Arbeitsvertrags enthaltenen Ausschlussfrist keinen Einfluss iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB gehabt habe. Dadurch habe das Landesarbeitsgericht den Anspruch der Widerklägerin auf rechtliches Gehör verletzt. 10

Mit ihrer am 1. Februar 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen Widerklage hat die Widerklägerin ursprünglich die Feststellung begehrt, dass die Widerbeklagte ihr gegenüber zu Schadensersatz verpflichtet sei. In der Berufungsinstanz hat sie die Widerklage um einen bezifferten Zahlungsantrag für die Jahre 2015 und 2016 erweitert. 11

Die Widerklägerin hat zuletzt beantragt, 12

1. die Widerbeklagte zu verurteilen, an die Widerklägerin 76.632,33 Euro nebst Zinsen auf 11.581,46 Euro und auf 65.049,87 Euro in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jeweils ab Rechtshängigkeit zu zahlen;

2. festzustellen, dass die Widerbeklagte der Widerklägerin darüber hinausgehend zu Schadensersatz verpflichtet ist aufgrund der Tatsache, dass diese während der Dauer ihres Beschäftigungsverhältnisses die Mitarbeiterinnen R, E und W geb. Wa sowie die Patienten F, I, M, C, L, H, S, G und T in der Weise abgeworben hat, dass diese die bestehenden Vertragsverhältnisse mit der Widerklägerin beendet haben und neue Vertragsverhältnisse mit der Pflegedienst B GmbH (jetzt Pflegedienst P GmbH) eingegangen sind.

Die Widerbeklagte hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. Der Arbeitsvertrag sei ihr von der Widerklägerin vorgegeben worden. Sie habe weder Arbeitnehmer noch Patienten der Widerklägerin abgeworben. Ihre Kolleginnen hätten sich eigenständig dazu entschlossen, das Arbeitsverhältnis mit der Widerklägerin zu beenden. Unabhängig davon könne die Widerklägerin einen Schaden kaum beziffern, weil die Patienten ihre Verträge mit dem ambulanten Pflegedienst jederzeit ohne Kündigungsfrist oder Angabe von Gründen kündigen könnten. Die Widerklägerin könne ihrer Schadensberechnung nicht ein nach Dauer und Umfang gesichertes Vertragsvolumen zugrunde legen. Es sei nicht ungewöhnlich, wenn der Wechsel einer Pflegekraft zu einem anderen Pflegedienst einen entsprechenden Wechsel ihrer Patienten zur Folge habe. 13

Das Arbeitsgericht hat die Widerklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Widerklägerin zurückgewiesen, ohne die Revision zuzulassen. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Widerklägerin hat das Bundesarbeitsgericht das Urteil des Landesarbeitsgerichts in Bezug auf die Widerklage aufgehoben und den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Widerklage erneut abgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Widerklägerin ihr Begehren weiter. 14

Die Widerbeklagte hat im Revisionsverfahren die Einrede der Verjährung erhoben. Sie hat die Auffassung vertreten, die Verjährungsfrist von drei Monaten nach § 61 Abs. 2 HGB habe ausweislich des Schreibens der Widerklägerin vom 27. Oktober 2015 in diesem Zeitpunkt zu laufen begonnen. Sie sei 15

verstrichen gewesen, bevor die Widerklage am 1. Februar 2016 erhoben worden sei.

Entscheidungsgründe

- I. Die Revision der Widerklägerin ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Widerklage nicht abgewiesen werden. Mangels entsprechender Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht kann der Senat in der Sache nicht abschließend entscheiden. Das angegriffene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). 16
1. Der teilweise Übergang vom Feststellungsantrag auf einen bezifferten Leistungsantrag war auch noch in der Berufungsinstanz zulässig. 17
- a) Der Übergang von einer Feststellungsklage auf die Leistungsklage bei gleichbleibendem Klagegrund stellt nach § 264 Nr. 2 ZPO als Erweiterung des bisherigen Klageantrags keine Klageänderung im Sinn des § 263 ZPO dar (*BAG 19. Dezember 2018 - 10 AZR 130/18 - Rn. 12; 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 61*). 18
- b) Danach war es zulässig, dass die Widerklägerin den Feststellungsantrag für die Jahre 2015 und 2016 im Berufungsverfahren auf einen bezifferten Leistungsantrag umgestellt und den Feststellungsantrag im Übrigen aufrechterhalten hat. An dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt hat sich durch die in der Berufungsinstanz erfolgte teilweise Umstellung der Feststellungsklage auf eine Zahlungsklage nichts geändert. 19
2. Die Widerklage ist zulässig. Das gilt auch für den Feststellungsantrag. 20
- a) Der auf Feststellung gerichtete Widerklageantrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Umstände, aus denen die Schadensersatzverpflichtung der Widerbeklagten herrühren soll, sind durch die namentliche 21

Benennung der abgeworbenen Patienten und Arbeitnehmer hinreichend konkret bezeichnet.

b) Das für den Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse besteht. 22

aa) Wird Klage auf Feststellung erhoben, dass die Gegenseite verpflichtet sei, zukünftige Schäden zu ersetzen, liegt ein Feststellungsinteresse vor, wenn der Schadenseintritt möglich ist, auch wenn Art und Umfang sowie Zeitpunkt des Eintritts noch ungewiss sind. Es muss lediglich eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bestehen (*BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 95; vgl. auch BGH 10. Juli 2014 - IX ZR 197/12 - Rn. 11*). Unabhängig vom Grad der Wahrscheinlichkeit kann sich ein Feststellungsinteresse auch aus der drohenden Verjährung eines Anspruchs ergeben (*BGH 10. Juli 2014 - IX ZR 197/12 - aaO; 25. Februar 2010 - VII ZR 187/08 - Rn. 13*). 23

bb) Danach ist hier ein Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO gegeben. Es besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Widerklägerin durch die behaupteten Konkurrenzaktivitäten auch im Zeitraum ab 2017 Gewinne entgangen sein könnten. Im Übrigen droht die Verjährung möglicher Schadensersatzansprüche nach der dreimonatigen Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB. 24

3. Der Senat kann nicht selbst in der Sache entscheiden. Es bedarf weiterer Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht. 25

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, etwaige Schadensersatzansprüche der Widerklägerin seien aufgrund der arbeitsvertraglichen Ausschlussfrist verfallen. Diese Annahme des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Eine rechtsfehlerfreie Auslegung der Ausschlussfrist in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags ergibt, dass die streitigen Schadensersatzansprüche nicht erfasst sind. 26

aa) Die Ausschlussfrist in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags ist nach den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätzen auszulegen. Unab- 27

hängig davon, ob die Klausel für eine Vielzahl von Verträgen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB vorformuliert worden ist, handelt es sich jedenfalls um eine sog. Einmalbedingung iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

(1) Nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB sind § 305c Abs. 2 und §§ 306, 307 bis 309 BGB bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher auch anzuwenden, wenn die Klausel nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist und der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. 28

(2) Arbeitsverträge zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern sind Verbraucherverträge iSv. § 310 Abs. 3 BGB (*st. Rspr., BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - Rn. 30; 26. Oktober 2017 - 6 AZR 158/16 - Rn. 17, BAGE 161, 9*). 29

(3) Die Widerbeklagte konnte aufgrund der Vorformulierung auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen. Davon ist das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei ausgegangen. 30

(a) Dem Verbraucher ist es möglich, auf den Inhalt Einfluss zu nehmen, wenn der Verwender die Klausel im Kerninhalt ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verwendungsgegner Gestaltungsfreiheit einräumt, damit dieser seine Interessen wahren kann. Das setzt zumindest voraus, dass sich der Verwender deutlich und ernsthaft zu gewünschten Änderungen der zu treffenden Vereinbarung bereit erklärt und dem Verwendungsgegner dies bei Abschluss des Vertrags bewusst war. Die Möglichkeit der Einflussnahme muss sich dabei auf die konkrete Klausel beziehen, deren Anwendbarkeit oder Auslegung im Streit steht. Ist streitig, ob eine Einflussnahme möglich war, muss der Verwender nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungslast den Vortrag des Verwendungsgegners, er habe keine Einflussmöglichkeit gehabt, qualifiziert bestreiten. Er hat konkret darzulegen, wie er die Klausel zur Disposition gestellt hat und aus welchen Umständen darauf geschlossen werden kann, der Verwendungsgegner habe die im Streit stehende Klausel freiwillig akzeptiert (*BAG* 31

26. Oktober 2017 - 6 AZR 158/16 - Rn. 23, BAGE 161, 9; 24. Februar 2016 - 5 AZR 258/14 - Rn. 23, BAGE 154, 178).

(b) Hier ist davon auszugehen, dass die Widerbeklagte auf den Inhalt der Ausschlussfrist keinen Einfluss hatte. Sie hat behauptet, der Arbeitsvertrag sei ihr von der Widerklägerin vorgegeben worden. Es hätte daraufhin der Widerklägerin obliegen, dies qualifiziert zu bestreiten und konkret vorzutragen, wie sie die Klausel zur Disposition gestellt hat. Dem ist die Widerklägerin nicht nachgekommen. Sie hat nicht behauptet, dass die Ausschlussklausel in dem Gespräch über die Bedingungen des Arbeitsvertrags zur Sprache gekommen sei. Erst recht hat sie nicht dargelegt, dass und in welcher Weise sie die von ihr in den Arbeitsvertrag eingeführte Klausel zur Disposition der Widerbeklagten gestellt habe. 32

(c) Die von der Widerklägerin hiergegen erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht als durchgreifend erachtet (*vgl. § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 564 Satz 1 ZPO*). 33

bb) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Ansatzpunkt für die nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist dieser nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist (*st. Rspr., zB BAG 20. Juni 2018 - 7 AZR 690/16 - Rn. 20; 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 19, BAGE 135, 239; BGH 24. Oktober 2017 - VI ZR 504/16 - Rn. 22*). 34

cc) Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch das Berufungsgericht unterliegt der vollen revisionsrechtlichen Überprüfung durch den 35

Senat (*BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 26, BAGE 160, 296; 7. Juni 2011 - 1 AZR 807/09 - Rn. 23 mwN*).

dd) § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags ist dahin auszulegen, dass Schadensersatzansprüche wegen Wettbewerbs während des bestehenden Arbeitsverhältnisses von der Ausschlussklausel nicht erfasst werden. Die Ausschlussfrist erfasst lediglich Ansprüche, die mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Zusammenhang stehen. 36

(1) Eine einschränkende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen kann sich sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Gesamtzusammenhang der Regelungen ergeben (*vgl. BGH 19. April 2018 - III ZR 255/17 - Rn. 21 ff.*). 37

(2) Der Anwendungsbereich der Ausschlussfrist in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags ergibt sich nicht eindeutig aus ihrem Wortlaut. Der Wortlaut legt eine einschränkende Auslegung jedoch nahe. 38

(a) Die hier verwendete Formulierung, dass „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ verfallen, enthält keine ausdrückliche Einschränkung. Sie kann daher umfassend für alle Arten von Ansprüchen aus einem Arbeitsverhältnis zu verstehen sein (*vgl. BAG 26. September 2013 - 8 AZR 1013/12 - Rn. 29 ff.*). Die auszulegende Klausel bestimmt jedoch auch nicht ausdrücklich, dass „alle“ Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfasst sein sollen und ist deshalb nach ihrem Wortlaut für eine einschränkende Auslegung offen. 39

(b) Ansprüche können nach § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags nur innerhalb von zwei Wochen „nach Beendigung“ geltend gemacht werden. Die Formulierung „nach Beendigung“ bezieht sich offensichtlich auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Ausschlussfrist beginnt danach erst zu laufen, wenn das Arbeitsverhältnis endet. Aus diesem Umstand ergibt sich nicht zwingend, dass ausschließlich Ansprüche, die mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Zusammenhang stehen, erfasst sein sollen. Auch eine Ausschlussfrist, die mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu laufen beginnt, kann alle Arten von Ansprüchen erfassen. Für Berufsausbildungsverhältnisse kann damit gewährleistet werden, dass die Ausbildung nicht durch die Geltendmachung von Ansprü- 40

chen belastet werden muss und Streitigkeiten auf einen Zeitpunkt nach der Beendigung der Berufsausbildung verlagert werden können (*BAG 23. Januar 2018 - 9 AZR 854/16 - Rn. 23*). In einem auf unbestimmte Dauer angelegten Arbeitsverhältnis hätte eine alle Ansprüche umfassende Ausschlussfrist, die an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses anknüpft, dagegen möglicherweise über viele Jahre keine Bedeutung. Die Verknüpfung der Ausschlussfrist mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses legt daher nahe, dass die Ausschlussfrist nur solche Ansprüche erfassen soll, die mit der Beendigung in Zusammenhang stehen. Für solche Ansprüche hätte die Ausschlussfrist unmittelbar Bedeutung. Hätten auch Ansprüche im bestehenden Arbeitsverhältnis ohne Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung erfasst werden sollen, hätte es nahegelegen, einen Beginn der Ausschlussfrist auch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen. Das wäre beispielsweise durch eine Ausschlussfrist möglich, deren Beginn allein oder alternativ an die Fälligkeit der Ansprüche anknüpft.

(3) Aus Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise ist die Ausschlussfrist einschränkend dahin zu verstehen, dass nur Ansprüche erfasst werden, die mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Zusammenhang stehen. Dies ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der arbeitsvertraglichen Regelungen, der das ausgehend vom Wortlaut der Ausschlussfrist naheliegende Verständnis bestätigt. 41

(a) Die Ausschlussfrist ist in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags geregelt, der die Überschrift „Kündigung“ trägt. Sie ist dort eingebettet zwischen Regelungen der Kündigungsfrist im vorstehenden Absatz und eine Bestimmung über das Schriftformerfordernis von Kündigungen im unmittelbar nachfolgenden Absatz. Der Regelungszusammenhang mit Vorschriften über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bestätigt, dass Ansprüche im Zusammenhang mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses, insbesondere einer Kündigung, erfasst werden sollen. 42

(b) Für eine solche einschränkende Auslegung der Ausschlussfrist spricht weiter die Bezugnahme auf die Ausschlussfrist in § 11 des Arbeitsvertrags, der mit „Vertragsauflösung“ überschrieben ist. § 11 Abs. 1 des Arbeitsvertrags re- 43

gelt, dass der Arbeitnehmer eine Vertragsstrafe zu zahlen hat, wenn er die vereinbarte Beschäftigung nicht aufnimmt oder er das Angestelltenverhältnis ohne Einhaltung der Kündigungsfrist löst. In § 11 Abs. 2 des Arbeitsvertrags behält sich die Widerklägerin vor, weitere Ausfall- und Folgeschäden geltend zu machen. In diesem speziellen Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verweist § 11 Abs. 3 des Arbeitsvertrags auf die Ausschlussfrist in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags.

(c) Der Arbeitsvertrag verweist dagegen an keiner Stelle ohne einen Regelungszusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsvertrags auf die Ausschlussfrist. Insbesondere enthalten die Regelungen über Wettbewerbsverbote in § 12 des Arbeitsvertrags keinen Verweis auf die Ausschlussfrist in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags. Daraus ergibt sich, dass die Ausschlussfrist auf Ansprüche aufgrund von Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot nicht anzuwenden ist. Da der vorangehende § 11 des Arbeitsvertrags einen Verweis auf die Ausschlussfrist enthält, kann nicht angenommen werden, auch Ansprüche wegen der in unmittelbarem Anschluss daran in § 12 des Arbeitsvertrags geregelten Wettbewerbsverstöße seien ohne entsprechende Bezugnahme ebenfalls von der Ausschlussfrist umfasst. 44

(d) Der Arbeitsvertrag regelt nur punktuell und ausschließlich im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Verfall von Ansprüchen. Es kann daher nicht angenommen werden, dass Ansprüche aufgrund von Wettbewerbsverboten im bestehenden Arbeitsverhältnis, die unabhängig von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen, ohne konkrete Bezugnahme von der Ausschlussfrist des § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags erfasst sein sollen. 45

(4) Es kommt nicht darauf an, ob eine an Sinn und Zweck orientierte einschränkende Auslegung der Ausschlussfrist auch deswegen geboten ist, weil die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nach § 202 Abs. 1 BGB nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden kann. 46

(a) § 202 Abs. 1 BGB ergänzt den allgemeinen Grundsatz des § 276 Abs. 3 BGB, nach dem die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden kann. § 276 Abs. 3 BGB entfaltet erst durch § 202 Abs. 1 BGB volle Wirksamkeit. § 202 Abs. 1 BGB erfasst nicht nur Vereinbarungen über die Verjährung, sondern auch über Ausschlussfristen. Es handelt sich um eine Verbotsnorm iSv. § 134 BGB (*BAG 20. Juni 2013 - 8 AZR 280/12 - Rn. 20; 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 116, 66; 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - zu III 1 der Gründe, BAGE 115, 19*).

(b) Ausgehend hiervon ist für selten auftretende und von den Parteien nicht für regelungsbedürftig gehaltene Sonderfälle angenommen worden, dass die Vertragspartner keine Fälle anders als das Gesetz und unter Verstoß gegen die gesetzliche Verbotsnorm des § 134 BGB regeln wollten (*BAG 20. Juni 2013 - 8 AZR 280/12 - Rn. 21; vgl. auch 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 116, 66; 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - zu III 2 der Gründe, BAGE 115, 19*). Dagegen ist eine einschränkende Auslegung für den Entgeltanspruch als dem Hauptanwendungsbereich von Ausschlussfristen abgelehnt worden (*BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - Rn. 40; 24. August 2016 - 5 AZR 703/15 - Rn. 21, BAGE 156, 150*).

(c) Hier ergibt sich aufgrund der besonderen vertraglichen Gestaltung bereits aus Wortlaut und Gesamtzusammenhang ein eindeutiges Auslegungsergebnis. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob aus dem gesetzlichen Verbot des § 202 Abs. 1 BGB für Schadensersatzansprüche aufgrund von Wettbewerbsverstößen ebenfalls eine einschränkende Auslegung der Ausschlussfrist geboten ist. Zugleich kann dahinstehen, ob sich die Arbeitgeberin als Verwenderin auf eine Unwirksamkeit nach § 202 Abs. 1 iVm. § 134 BGB berufen könnte (*offengelassen von BAG 28. Juni 2018 - 8 AZR 141/16 - Rn. 36*).

b) Für die Entscheidung kommt es auch nicht darauf an, dass die Ausschlussfrist in § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags unabhängig von ihrer im Weg der Auslegung zu bestimmenden Reichweite einer AGB-Kontrolle nicht standhält, insbesondere weil sie unangemessen kurz ist (*vgl. BAG 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - zu II 5 e der Gründe, BAGE 116, 66*). Der Arbeitgeber kann sich

als Verwender nicht auf die Unwirksamkeit der Ausschlussfrist berufen (*BAG 7. Juni 2018 - 8 AZR 96/17 - Rn. 20; 27. Oktober 2005 - 8 AZR 3/05 - Rn. 16*).

c) Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Der Senat kann aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht entscheiden, ob die Widerklage begründet ist. Das Berufungsurteil muss deshalb aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts steht nicht fest, ob ein Schadensersatzanspruch der Widerklägerin wegen Wettbewerbs im bestehenden Arbeitsverhältnis dem Grunde nach entstanden ist, wie hoch er gegebenenfalls ist und ob er bei Erhebung der Widerklage bereits verjährt war. 51

aa) Ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 61 Abs. 1 Halbs. 1 HGB oder anderen vertraglichen oder deliktischen Anspruchsgrundlagen setzt dem Grunde nach voraus, dass die Widerbeklagte im bestehenden Arbeitsverhältnis eine verbotene Wettbewerbshandlung begangen hat. 52

(1) 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. Die Vorschriften der §§ 60, 61 HGB gelten während der gesamten rechtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses in gleicher Weise für andere Arbeitnehmer (*st. Rspr., BAG 30. Mai 2018 - 10 AZR 780/16 - Rn. 33; 17. Oktober 2012 - 10 AZR 809/11 - Rn. 13, BAGE 143, 203*). Der Arbeitnehmer darf im Marktbereich seines Arbeitgebers ohne dessen Einwilligung Dienste und Leistungen nicht Dritten anbieten. Dem Arbeitgeber soll dieser Bereich uneingeschränkt und ohne die Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung durch den Arbeitnehmer offenstehen (*BAG 16. Januar 2013 - 10 AZR 560/11 - Rn. 15 mwN*). Allerdings darf der Arbeitnehmer, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nach § 74 HGB nicht vereinbart ist, schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines eigenen Unternehmens oder den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen vorbereiten. Verboten ist aber die 53

Aufnahme einer werbenden Tätigkeit, zB durch Vermittlung von Konkurrenzgeschäften oder aktives Abwerben von Kunden oder Arbeitnehmern. Bloße Vorbereitungshandlungen, die in die Interessen des Arbeitgebers nicht unmittelbar eingreifen, erfüllen diese Voraussetzungen nicht (vgl. BAG 16. Januar 2013 - 10 AZR 560/11 - Rn. 17; 26. Juni 2008 - 2 AZR 190/07 - Rn. 15 mwN).

(2) Das Landesarbeitsgericht wird diese Grundsätze zugrunde zu legen und zu prüfen haben, ob die Widerbeklagte während des bestehenden Arbeitsverhältnisses Wettbewerbsverstöße begangen hat. Dies erscheint aufgrund der bisherigen Feststellungen jedenfalls nicht ausgeschlossen. 54

(a) Das gilt unter anderem für den Vortrag der Widerklägerin, die Widerbeklagte habe am 7. oder 8. Oktober 2015 die Arbeitnehmerinnen E, W und R zu einem Gespräch in eine Bäckerei eingeladen. 55

(aa) Im bestehenden Arbeitsverhältnis ist es unzulässig, die Geschäftsinteressen des Arbeitgebers unmittelbar zu gefährden, indem Arbeitnehmer abgeworben werden (vgl. BAG 20. April 2016 - 10 AZR 111/15 - Rn. 32 ff., BAGE 155, 44; 11. November 1980 - 6 AZR 292/78 - zu A II der Gründe). Die Abgrenzung zwischen verbotenem Abwerben von Arbeitnehmern im bestehenden Arbeitsverhältnis und erlaubten Gesprächen unter Arbeitskollegen über einen beabsichtigten Stellenwechsel kann im Einzelfall schwierig sein (vgl. BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 190/07 - Rn. 16). Eine unzulässige Abwerbung setzt voraus, dass ein Arbeitnehmer ernsthaft und beharrlich auf Kollegen einwirkt, um sie zu veranlassen, für den Abwerbenden oder einen anderen Arbeitgeber tätig zu werden (vgl. LAG Baden-Württemberg 21. Februar 2002 - 6 Sa 83/01 -; Grobys/Panzer-Heemeier/Middendorf Stichwortkommentar Arbeitsrecht 3. Aufl. Abwerbung Rn. 4; Busch/Dendorfer BB 2002, 301, 304; Schmiedl BB 2003, 1120, 1121 ff.; Greßlin/Römermann BB 2016, 1461, 1462 f.; KR/Fischermeier 12. Aufl. § 626 BGB Rn. 422; HWK/Thüsing 8. Aufl. § 611a BGB Rn. 541). 56

(bb) Die Widerbeklagte soll Kollegen in eine Bäckerei eingeladen und dort am 7. oder 8. Oktober 2015 auf ihre zukünftige selbstständige Tätigkeit hingewiesen und Mustertexte für eine Kündigung der bisherigen Arbeitsverhältnisse 57

sowie Arbeitsverträge mit ihrem neuen Pflegedienst vorgelegt haben. Diese seien an Ort und Stelle unterzeichnet worden. Abhängig von dem insoweit festzustellenden Sachverhalt könnte damit die Grenze zu einer verbotenen Abwerbung überschritten sein. Sollte sich der Vortrag der Widerklägerin als zutreffend erweisen, hätte die Widerbeklagte in einer Weise ernsthaft und beharrlich auf einen Arbeitgeberwechsel hingewirkt, dass ein Wettbewerbsverstoß anzunehmen wäre.

- (b) Ein Wettbewerbsverstoß kommt unter anderem auch in Betracht, soweit die Widerklägerin behauptet, die Widerbeklagte habe am 22. Oktober 2015 den Eheleuten F eine Visitenkarte ihres neuen Pflegedienstes ausgehändigt. Bereits das „Vorfühlen“ bei potenziellen Kunden kann eine unzulässige Wettbewerbsbehandlung sein, selbst wenn noch keine Geschäfte abgeschlossen werden (*vgl. BAG 26. Januar 1995 - 2 AZR 355/94 - zu II 2 a der Gründe; 24. April 1970 - 3 AZR 324/69 - zu I 1 c und d der Gründe; ErfK/Oetker 19. Aufl. § 60 HGB Rn. 8; zu der Eignung als Kündigungsgrund KR/Fischermeier 12. Aufl. § 626 BGB Rn. 479 mwN*). 58
- bb) Ein Schadensersatzanspruch setzt weiter voraus, dass aufgrund von Wettbewerbsverstößen nach § 61 Abs. 1 HGB ein kausaler Schaden entstanden ist. 59
- (1) Für die Ermittlung des Schadens aufgrund von Wettbewerbsverstößen ist von folgenden Grundsätzen auszugehen: 60
- (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 (sog. Naturalrestitution). Ist die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend, 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 61

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 (vgl. für das Wettbewerbsrecht BAG 30. Mai 2018 - 10 AZR 780/16 - Rn. 26; 16. Januar 2013 - 10 AZR 560/11 - Rn. 24).

(b) Aufgrund von § 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 heranzuführen. Der Tatrichter muss nach pflichtgemäßem Ermessen auch beurteilen, ob § 287 Abs. 1 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens ermöglicht. Eine Schätzung darf nur dann unterbleiben, wenn sie mangels konkreter Anhaltspunkte vollkommen „in der Luft hänge“ und daher willkürlich wäre. Eine völlig abstrakte Berechnung des Schadens, auch in Form der Schätzung eines Mindestschadens, lässt § 287 ZPO grundsätzlich nicht zu (BAG 30. Mai 2018 - 10 AZR 780/16 - Rn. 27; 16. Januar 2013 - 10 AZR 560/11 - Rn. 25).

62

(c) 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 des § 287 ZPO auch die Darlegungslast des Geschädigten mindert, der Ersatz entgangenen Gewinns verlangt, dürfen 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 30. Mai 2018 - 10 AZR 780/16 - Rn. 28; 16. Januar 2013 - 10 AZR 560/11 - Rn. 26).

63

- (2) Ausgehend von diesen Grundsätzen wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Widerklägerin ein Schaden entstanden ist. 64
- (a) Für die Frage, ob der Widerklägerin ein Schaden entstanden ist, wird insbesondere zu prüfen sein, ob Wettbewerbshandlungen für den Wechsel bestimmter Patienten kausal waren. Dabei wird zu berücksichtigen sein, ob Patienten während des bestehenden Arbeitsverhältnisses aktiv abgeworben worden sind oder sie sich wegen des Wechsels ihrer Pflegekraft zur Kündigung entschieden haben. 65
- (b) Für die Bestimmung der Schadenshöhe wird zu berücksichtigen sein, dass die Widerklägerin nicht sicher sein konnte, ob die Patienten den Pflegevertrag ohne Wettbewerbsverstoß dauerhaft fortsetzen würden. Die Patienten waren in ihrer Entscheidung frei (*vgl. BAG 16. Januar 2013 - 10 AZR 560/11 - Rn. 30; BGH 9. Juni 2011 - III ZR 203/10 - Rn. 21, BGHZ 190, 80*). Es kommt in Betracht, dass Patienten auch ohne wettbewerbswidriges Verhalten zum Pflegedienst der Widerbeklagten gewechselt wären. In die Bemessung eines möglichen Schadens ist auch einzustellen, dass die bestehenden Pflegeverträge jedenfalls nicht endlos fortgesetzt worden wären. 66
- (c) Weiter wird zu prüfen sein, ob die Schadenshöhe aufgrund der von der Widerklägerin in die Berechnung eingestellten Parameter - insbesondere der jeweiligen Vergütungen nach SGB V und SGB XI sowie des Personal- und Sachaufwands je Arbeitsstunde - nach § 287 Abs. 1 ZPO geschätzt werden kann. Es wird zu würdigen sein, ob die Widerklägerin hinreichend konkrete Anhaltspunkte für eine Schätzung vorgetragen hat. 67
- cc) Die Widerklage könnte schließlich unbegründet sein, wenn mögliche Schadensersatzansprüche nach § 61 Abs. 2 HGB verjährt sein sollten. 68
- (1) Die Einrede der Verjährung konnte hier noch wirksam in der Revisionsinstanz erhoben werden. 69

(a) Nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Hieraus folgt, dass die nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz erhobene Einrede der Verjährung im Revisionsverfahren regelmäßig nicht berücksichtigt werden kann (*BGH 23. Oktober 2003 - IX ZR 324/01 - zu IV 1 b aa der Gründe; 1. März 1951 - III ZR 205/50 - zu IV der Gründe, BGHZ 1, 234; MüKoBGB/Grothe 8. Aufl. § 214 Rn. 4; Staudinger/Peters/Jacoby [2014] § 214 BGB Rn. 11*). 70

(b) § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist jedoch aus Gründen der Prozessökonomie einschränkend dahin auszulegen, dass auch Umstände, die sich erst während der Revisionsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (*st. Rspr., BAG 2. August 2017 - 7 ABR 51/15 - Rn. 16; 16. Mai 1990 - 4 AZR 145/90 - zu I der Gründe, BAGE 65, 147; BGH 13. März 2018 - II ZR 243/16 - Rn. 59; 8. November 2016 - II ZR 304/15 - Rn. 18, BGHZ 212, 342*). So können Klageerweiterungen, die nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO grundsätzlich in der Revisionsinstanz ausgeschlossen sind, ausnahmsweise zugelassen werden, wenn sich der neue Antrag auf einen vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt oder unstreitigen Parteivortrag stützt (*BAG 24. Oktober 2018 - 10 AZR 285/16 - Rn. 34; 14. Juli 2015 - 3 AZR 252/14 - Rn. 38*). Auch eine erst in der Revisionsinstanz eingetretene Verjährung kann aus Gründen der Prozessökonomie ausnahmsweise berücksichtigt werden (*vgl. BGH 29. Juni 2004 - IX ZR 201/98 - zu II 5 der Gründe; 10. Mai 1990 - IX ZR 246/89 - zu II 2 b der Gründe; Wernecke JA 2004, 331, 335*). 71

(c) Für den Zivilprozess bei den ordentlichen Gerichten hat der Große Senat des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen entschieden, dass die erstmals im Berufungsrechtszug erhobene Verjährungseinrede unabhängig von den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 ZPO zuzulassen ist, wenn die Erhebung der Einrede und die den Verjährungseintritt begründenden tatsächlichen Umstände zwischen den Prozessparteien unstreitig sind. Nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungs- 72

mittel im Berufungsverfahren nur ausnahmsweise zulässig. Unstreitige Tatsachen, die erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen werden, können jedoch unabhängig von den Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 ZPO berücksichtigt werden. Danach ist unstreitiger Tatsachenvortrag zu würdigen, der der erstmals in der Berufung erhobenen Einrede der Verjährung zugrunde liegt. Für die unstreitige Einrede selbst gilt nichts anderes (vgl. *BGH GSZ 23. Juni 2008 - GSZ 1/08 - Rn. 11, BGHZ 177, 212; Zöller/Heßler ZPO 32. Aufl. § 531 Rn. 20; vgl. zum rechtlichen Charakter der Verjährungseinrede auch BGH 27. Januar 2010 - VIII ZR 58/09 - Rn. 26 ff., BGHZ 184, 128*).

(d) Im arbeitsgerichtlichen Verfahren kann die erstmals in der Revisionsinstanz erhobene Einrede der Verjährung zuzulassen sein, wenn die Erhebung der Einrede unstreitig und der Rechtsstreit aus anderen Gründen ohnehin nach § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen ist. Das kann auch dann der Fall sein, wenn der der Verjährung zugrunde liegende Sachverhalt noch nicht festgestellt oder unstreitig ist. 73

(aa) Abweichend von den im Zivilprozess geltenden Regelungen des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 ZPO ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach § 67 ArbGG neuer Vortrag in der Berufungsinstanz grundsätzlich möglich. § 67 ArbGG geht § 531 ZPO als Spezialregelung vor (*BAG 15. Februar 2005 - 9 AZN 892/04 - zu II 2 b cc (3) der Gründe, BAGE 113, 315*). Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel können insbesondere nach den Regelungen des § 67 Abs. 2 bis Abs. 4 ArbGG bereits dann zulässig sein, wenn durch sie die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert wird. Auch die Einrede der Verjährung ist danach im arbeitsgerichtlichen Verfahren in der Berufungsinstanz unter erleichterten Voraussetzungen zuzulassen. 74

Nach einer Zurückverweisung iSv. § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz vorgebracht werden. Bei der Frage, ob die Erledigung des Rechtsstreits durch die Erhebung der Verjährungseinrede verzögert wird, ist auch zu berücksichtigen, dass die Parteien nach Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht ohnehin erneut 75

Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten müssen (vgl. BGH 6. Oktober 2005 - IX ZB 417/02 - zu II der Gründe; MüKoZPO/Krüger 5. Aufl. § 563 Rn. 6).

(bb) § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist daher im arbeitsgerichtlichen Verfahren aus Gründen der Prozessökonomie einschränkend auszulegen, wenn die Erhebung der Einrede der Verjährung unstreitig ist und der Rechtsstreit bereits aus anderen Gründen zurückzuverweisen ist (BeckOK BGB/Henrich Stand 1. November 2018 § 214 BGB Rn. 2). Für den Fall der Zurückverweisung stehen einer Zulassung der Einrede der Verjährung keine schützenswerten Belange des Prozessgegners entgegen, wenn die Einrede auch nach Zurückverweisung in der Berufungsinstanz noch erhoben werden könnte und dort vom Prozessgegner zu dem Fristbeginn oder möglichen Hemmungs- oder Unterbrechungstatbeständen vorgetragen werden kann (vgl. dazu BGH 29. Juni 2004 - IX ZR 201/98 - zu II 5 der Gründe). Damit werden die schützenswerten Belange des Einredegegners gewahrt.

76

(2) Das Landesarbeitsgericht wird zu prüfen haben, ob die Einrede der Verjährung sowie möglicher Vortrag der Widerklägerin hierzu nach den Regelungen des § 67 ArbGG zuzulassen ist. Es wird gegebenenfalls aufzuklären und zu würdigen haben, ob die Widerklägerin im Zeitpunkt des Schreibens vom 27. Oktober 2015 über ausreichende Kenntnisse iSv. § 61 Abs. 2 HGB verfügte, um einen Schadensersatzanspruch gegen die Widerbeklagte geltend zu machen (vgl. BAG 30. Mai 2018 - 10 AZR 780/16 - Rn. 51). Es wird der Widerklägerin Gelegenheit geben müssen, ihrerseits zu einer möglichen Verjährung, insbesondere zu der Frage des Verjährungsbeginns, Stellung zu nehmen. Das Landesarbeitsgericht wird dabei zugrunde zu legen haben, dass die dreimonatige Verjährungsfrist des § 61 Abs. 2 HGB auf sämtliche Ansprüche aus § 60 iVm. § 61 Abs. 1 HGB Anwendung findet. Darüber hinaus erfasst sie auch aus Wettbewerbsverstößen folgende konkurrierende vertragliche oder deliktische Ansprüche des Arbeitgebers (BAG 30. Mai 2018 - 10 AZR 780/16 - Rn. 44 ff.).

77

II. Das Berufungsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 78

Gallner

Pessinger

Pulz

Petri

Rudolph