
Datum: 08.08.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 23/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:0808.8U23.16.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 7 O 340/14

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 07.01.2016 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 7.649,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.08.2014 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten die Rückzahlung einer an diesen gezahlten Karenzentschädigung für Januar 2012 in Höhe von 7.649,52 €.

Der Beklagte war bei der Klägerin (vor späteren Verschmelzungen: bei der H GmbH P) als Geschäftsführer tätig. Gesellschafter der Klägerin und anderer auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung tätiger Gesellschaften war der Bruder des Beklagten L, der die Klägerin und weitere Gesellschaften im Juli 2007 für insgesamt 27 Mio. €. an eine Rechtsvorgängerin der Klägerin veräußerte. Mit dem Beklagten wurde unter dem 08.10./14.10.2008 ein Dienstvertrag geschlossen (Anl. K 1), in dem unter den Ziffern 9 und 10 ist ein Wettbewerbsverbot für die Vertragsdauer und ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot geregelt sind. Zu letzterem heißt es u.a.:

1

2

3

4

"10.1. Dem Geschäftsführer ist es untersagt, für die Dauer von einem Jahr nach Beendigung dieses Vertrages, gleich aus welchem Grund in selbstständiger, unselbstständiger oder sonstiger Weise für ein Unternehmen tätig zu werden, welches mit der Gesellschaft im direkten oder indirekten Wettbewerb steht oder mit einem Wettbewerbsunternehmen verbunden ist. In gleicher Weise ist dem Geschäftsführer untersagt, für die Dauer von einem Jahr nach Beendigung dieses Vertrages, gleich aus welchem Grund, ein solches Unternehmen zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar zu beteiligen oder vergleichbare Aktivitäten zu entfalten.

(...)

10.4. Der Geschäftsführer verpflichtet sich, für die Dauer des Wettbewerbsverbots weder für sich selbst noch für Dritte, Arbeitnehmer der Gesellschaft abzuwerben, und an entsprechenden Versuchen Dritter nicht teilzunehmen.

10.5. Während der Dauer des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots enthält der Geschäftsführer eine Entschädigung, die für jedes Jahr des Verbots die Hälfte der von dem Geschäftsführer zuletzt bezogenen vertraglichen Vergütung [inkl. variabler Vergütung] beträgt (...)"

Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 27.06.2011 wurde der Beklagte mit sofortiger Wirkung als deren Geschäftsführer abberufen. Durch Schreiben vom 29.06.2011 wurde die Kündigung seines Dienstvertrages zum 31.12.2011 erklärt. Gleichzeitig wurde er mit sofortiger Wirkung von seiner Tätigkeit bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses entbunden.

Nach Abberufung des Beklagten korrespondierten die Parteien u.a. über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot. Die zugrunde liegende Vereinbarung wurde vom Beklagten für unwirksam gehalten. Die Klägerin bestand auf der Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes und leistete für den Monat Januar 2012 eine Karenzentschädigung von 7.649,52 €. Wegen der weiteren monatlichen Entschädigungsbeträge ab Februar 2012 führten die Parteien zwei Rechtsstreitigkeiten vor dem Landgericht Dortmund (Az. 5 O 137/12 und 5 O 332/12). In erster Instanz wurde die Klägerin jeweils für unterschiedliche weitere Monate zur Zahlung monatlicher Entschädigungsbeträge von 7.649,52 € verurteilt. Durch Urteil des Senats vom 14.07.2014 (in dem Berufungsverfahren zu der zuerst genannten Sache = 8 U 131/12) wurde das landgerichtliche Urteil (bezogen auf Entschädigungsbeträge für die Zeit von Februar bis einschließlich September 2012) abgeändert und die Klage abgewiesen. Dort ist ausgeführt, dass dem (hiesigen) Beklagten der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung nicht zustehe, weil die insoweit getroffene Regelung wegen der Nichtigkeit des Wettbewerbsverbots gemäß § 138 BGB unwirksam sei. Ein Anspruch auf Zahlung einer Karenzentschädigung aus 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB wurde verneint, weil sich der Senat nicht die Überzeugung hat bilden können, dass sich der Beklagte in dem entsprechenden Zeitraum im Verhältnis zur Klägerin jedes wettbewerbswidrigen Handelns enthalten habe. Verbleibende Zweifel gingen zu Lasten des Beklagten. Nach Rechtskraft dieses Urteils nahm der Beklagte die Klage wegen der weiteren Karenzentschädigungsbeträge bis Ende 2012 in dem zweiten Rechtsstreit zurück.

Seit Anfang Januar 2013 ist der Beklagte Gesellschafter und Geschäftsführer der L Personaldienstleistungen GmbH Z, einer Wettbewerberin der Klägerin.

12

Die Klägerin beansprucht die Rückzahlung der für den Monat Januar 2012 gezahlten Karenzentschädigung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. Sie hat gemeint: Da das Wettbewerbsverbot nichtig sei, sei die Zahlung ohne Rechtsgrund erfolgt. Sie hat behauptet, dass der Beklagte ein wettbewerbswidriges Tätigwerden bereits zu einem Zeitpunkt entfaltet habe, als er noch Mitarbeiter bei ihr gewesen sei. Am 13.10.2011 habe der Beklagte – insoweit unstreitig – sein bei der Y bestehendes Sparguthaben zur Sicherheit für Kreditverbindlichkeiten der L Personaldienstleistungen GmbH in Höhe von zusammen 299.918,70 € verpfändet. Der Beklagte habe nach Erhalt seiner Kündigung die Umschreibung seiner Firmen-Mobiltelefonnummer bei der Klägerin auf sich veranlasst. Der Beklagte sei bereits im November 2011 für die L Personaldienstleistungen GmbH tätig gewesen. Er habe sich bei einem Anruf der Zeugin N für die L Personaldienstleistungen GmbH gemeldet. Wenige Zeit vor dem 16.11.2011 sei der Beklagte bei der Firma A GmbH in B erschienen und habe angefragt, ob diese nicht zu der Firma L Personaldienstleistungen GmbH wechseln wolle. Dabei hat die Klägerin die Auffassung vertreten, der Beklagte sei für die Tatsache des Unterlassens eines Wettbewerbs als Gegenleistung der Karenzentschädigung darlegungs- und beweispflichtig.

Die Klägerin hat beantragt, 13

den Beklagten zu verurteilen, an sie 7.649,52 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.08.2014 zahlen. 14

Der Beklagte hat beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Widerklagend hat der Beklagte beantragt, 17

die Klägerin zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 729,23 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.01.2015 zu zahlen. 18

Die Klägerin hat beantragt, 19

die Widerklage abzuweisen. 20

Der Beklagte hat geltend gemacht, der Klägerin stehe ein Rückzahlungsanspruch nicht zu, weil sie die Zahlung in Kenntnis der fehlenden Verpflichtung hierzu geleistet habe. Die angeblichen Wettbewerbsverstöße seien zuvor schon bekannt gewesen. Der Beklagte hat die behaupteten Wettbewerbsverstöße bestritten. Die Verpfändung seines Sparguthabens sei deswegen erfolgt, weil sein Bruder L diese Verpfändung zur Bekräftigung der Absicht des Beklagten verlangt habe, sich nach Ablauf der Karenzzeit an der Firma L Personaldienstleistungen GmbH zu beteiligen. Die Umschreibung der Telefonnummern sei nur zu privaten Zwecken erfolgt, weil der Beklagte diese Nummer auch für private Zwecke habe nutzen dürfen und er die weitere Nutzung der privaten Kontakte unter dieser Nummer nach der Kündigung des Dienstvertrages habe sicherstellen wollen. Auch das Telefon des Mitarbeiters U sei umgestellt worden, um dem Zeugen U die private Nutzung zu ermöglichen. Ein weiterer Besuch bei der Firma A zu Akquisitionszwecken für die L Personaldienstleistungen GmbH in 2011 habe nicht stattgefunden. 21

Die Widerklageforderung hat der Beklagte darauf gestützt, dass die Einschaltung seines Prozessbevollmächtigten zur Abwehr unberechtigter Ansprüche erforderlich gewesen sei. 22

Das Landgericht hat die Klage und die Widerklage nach Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen M, K und U abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Nach dem rechtskräftigen Urteil des Oberlandesgerichts Hamm stehe zwischen den Parteien fest, dass die vereinbarte Wettbewerbsregelung unwirksam sei und dass dem Beklagten für den Fall der Einhaltung dieser Wettbewerbsregeln und der Unterlassung wettbewerbswidrigen Verhaltens nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung die hier streitige Entschädigungszahlung zugestanden habe. Daraus folge für den Fall der Rückforderung der bereits gezahlten Entschädigung, dass die Klägerin für den Umstand des wettbewerbswidrigen Verhaltens des Beklagten beweibelastet sei. Diese müsse nach den allgemeinen Beweislastregeln beweisen, dass sie ohne Rechtsgrund geleistet habe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne aber nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass sich der Beklagte in dem hier entscheidenden Zeitraum, für den die Karenzentschädigung gezahlt worden sei, wettbewerbswidrig verhalten habe. Die Klägerin habe nicht bewiesen, dass ein rechtlicher Grund für das Behaltendürfen der Karenzentschädigung durch den Beklagten nicht gegeben sei. Allein die Unterstützung der Firma L Personaldienstleistungen GmbH durch die Verpfändung eines Bankkontos im Jahre 2011 reiche nicht aus, um ein wettbewerbswidriges Handeln mit ausreichendem Gewicht anzunehmen, das eine Rückforderung des für Januar 2012 bezahlten Karenzentschädigungsbetrages rechtfertige. Alsdann habe nicht festgestellt werden können, dass der Beklagte noch am 14.10.2011 bei der Firma A GmbH vorstellig geworden sei, um Akquisitionsgespräche für die Firma L zu führen. Weitere maßgebliche wettbewerbswidrige Handlungen des Beklagten seien von der Klägerin nicht substantiiert dargelegt und unter Beweis gestellt worden. Aus keiner der vorgelegten Zeugenvernehmungen oder Vermerke ergebe sich, dass der Beklagte an Mitarbeiter der Klägerin herangetreten sei, um diese zu einem Wechsel zur L Personaldienstleistungen GmbH zu bewegen.

23

Die Klägerin wehrt sich hiergegen mit ihrer Berufung, mit der sie ihren Klageantrag weiter verfolgt. Sie macht geltend, sie habe, weil die Wettbewerbsabrede nach § 138 BGB nichtig sei, rechtsgrundlos an den Beklagten geleistet. Die Rechtsauffassung des Landgerichts, dass sie nunmehr darüber hinaus darlegen und beweisen müsse, dass der Beklagte bis einschließlich Januar 2012 Wettbewerb unterlassen habe, sei fehlerhaft. Es sei vielmehr Sache des Beklagten darzulegen und unter Beweis zu stellen, dass er trotz des nicht bestehenden Wettbewerbsverbots in Ansehung der Wirksamkeit der Abrede Wettbewerb unterlassen habe. Der Beklagte habe auch in diesem Verfahren nicht nachgewiesen, dass er Wettbewerb unterlassen habe. Bei der Gestellung einer Sicherheit habe es sich um eine unmittelbare Unterstützung des Wettbewerbers gehandelt, die dazu gedient habe, sein eigenes Tätigwerden in diesem Betrieb zu manifestieren, zumal der Beklagte nach Ablauf der vermeintlichen Karenzzeit offiziell in das Wettbewerbsunternehmen eingetreten sei. Nach Vernehmung des Zeugen M sei überdies davon auszugehen, dass der Beklagte am 14.11.2011 bei der Fa. A GmbH vorstellig gewesen sei, um Akquisitionsgespräche für die L Personaldienstleistungen GmbH zu führen. Demgegenüber habe der Zeuge U nicht bestätigt, dass der Beklagte nicht das Gespräch mit dem Zeugen M geführt habe.

24

Die Klägerin beantragt,

25

unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie 7.649,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.08.2014 zu zahlen.

26

Der Beklagte beantragt,

27

die Berufung zurückzuweisen.

28

Er verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen: Rechtsgrund für das Behalten der Karenzzahlung Januar 2012 sei das Unterlassen von Wettbewerb. Die Klägerin habe keine einzige Wettbewerbshandlung bezogen auf Januar 2012 vorgetragen geschweige denn beweisen können. Die Sicherheitenbestellung in 2011 reiche hierfür nicht aus. Die von der Klägerin vorgetragene Kundenabwerbungsversuche hätten nicht stattgefunden und seien nicht tragend, weil diese wiederum schon im Jahr 2011 erfolgt seien. Die Beweiswürdigung des Landgerichts sei nicht zu beanstanden. Ein Wettbewerbshandeln des Beklagten im Januar 2012 sei nicht bewiesen. 29

B. 30

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Sie kann von dem Beklagten aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB die Rückzahlung der für den Monat Januar 2012 gezahlten Karenzentschädigung in Höhe von 7.649,52 € verlangen. 31

I. Der Beklagte hat die Zahlung als bewusste und gewollte Vermögensmehrung, also durch Leistung, zum Ausgleich der beanspruchten Karenzzeit erlangt. 32

II. Diese Zahlung ist ohne Rechtsgrund erfolgt. 33

1. Eine Rechtspflicht zur Zahlung bestand nicht aufgrund der Vergütungspflicht während eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nach Ziff. 10.5 des Gesellschaftsvertrags, denn die gesellschaftsvertragliche Regelung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nach Ziff. 10.1 ist einschließlich der Regelung über die Karenzentschädigung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Ein Anspruch des Beklagten auf diese Zahlung bestand, wie der Senat hierzu in seinem Urteil vom 14.07.2014 ausgeführt hat, an dem in der Sache auch festgehalten wird, nicht. 34

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 04.03.2002 – II ZR 77/00, NJW 2002, 1875 (1876)) hält das nachvertragliche Wettbewerbsverbot der vorzunehmenden Wirksamkeitskontrolle nur stand, wenn dieses in zeitlicher, örtlicher und gegenständlicher Hinsicht auf das notwendige Maß beschränkt bleibt. Wettbewerbsverbote sind nur gerechtfertigt, soweit und solange sie erforderlich sind, um die Partner des aus einer Gesellschaft Ausgeschiedenen vor einer illoyalen Verwertung der Erfolge der gemeinsamen Arbeit oder vor einem Missbrauch der Ausübung der Berufsfreiheit zu schützen (BGH, Urteil vom 29.09.2003 – II ZR 59/02, WM 2003, 2334 - juris Rn. 7). Soweit dieses Interesse nicht betroffen ist, beschränken derartige Abreden die Freiheit der Berufsausübung unangemessen und sind sittenwidrig (BGH, Urteil vom 14.07.1997 – II ZR 238/96, NJW 1997, 3089 – juris Rn. 5 m.w.N.). 35

b) Das vorliegend in Ziffer 10.1 des Anstellungsvertrages vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot wird dem nicht gerecht. Jedenfalls in gegenständlicher Hinsicht geht die Umgrenzung dessen, was dem Kläger während der Karenzzeit verboten ist, deutlich über die berechtigten Interessen der Beklagten hinaus, sich davor zu bewahren, dass der Geschäftsführer die in dem Unternehmen erlangten Kenntnisse und Verbindungen zu ihrem Schaden ausnutzt (vgl. BGH, Urteil vom 04.03.2002 – II ZR 77/00, NJW 2002, 1875 (1876)). 36

Nach Ziffer 10.1 S. 1 des Anstellungsvertrages durfte der Beklagte in keiner Weise für ein Wettbewerbsunternehmen tätig werden, da ihm ein Tätigwerden „gleich aus welchem Grund, in selbständiger, unselbständiger oder sonstiger Weise“ untersagt ist. Das ist zu weitgehend, da kein schutzwürdiges Interesse der Klägerin daran bestand, dass der Beklagte nicht für ein Wettbewerbsunternehmen in einer Weise tätig wird, das keinen Bezug zu dem 37

Tätigkeitsbereich des Beklagten bei der Klägerin, seiner dort relevanten Fachkompetenz oder zu ihren Kunden aufweist. Ebenso war es dem Beklagten nach der vertraglichen Regelung untersagt, für ein Unternehmen tätig zu werden, das „mit einem Wettbewerbsunternehmen“ verbunden ist. Auch diese Beschränkung war unangemessen. Denn die Klägerin ist nicht von einer illegitimen Ausnutzung der Kenntnisse, die der Beklagte bei ihr erworben hat, bedroht, wenn er bei einem nicht im Wettbewerb zu ihr stehenden Unternehmen tätig wird, das einem Konzern angehört, zu dem auch ein im Wettbewerb mit der Klägerin stehendes Zeitarbeits-Unternehmen gehört. Ferner war es zu weitgehend, wenn dem Beklagten nach Ziffer 10 S. 2 des Anstellungsvertrages untersagt wurde, ein im Wettbewerb zur Klägerin stehendes Unternehmen „zu errichten, zu erwerben oder sich hieran unmittelbar oder mittelbar zu beteiligen“. Denn damit wurde selbst eine rein kapitalistische Beteiligung an einem Wettbewerbsunternehmen erfasst, die ohne die Möglichkeit und Absicht einer unternehmerischen Einflussnahme eingegangen werden soll.

Eine geltungserhaltende Reduktion eines in gegenständlicher Hinsicht über das notwendige Maß hinausgehenden Wettbewerbsverbotes kam wegen der Notwendigkeit der Sanktionierung der übermäßigen Beschränkung anders als bei einem lediglich in zeitlicher Hinsicht überschießenden Verbot nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 08.05.2000 – II ZR 308/98, NZG 2000, 831 – juris Rn. 13 m.w.N.). Der Nichtigkeit stand auch nicht entgegen, dass als Gegenleistung für die Beachtung des Wettbewerbsverbotes eine Karenzentschädigung versprochen worden ist, da sich damit das Fehlen eines berechtigten Gesellschaftsinteresses nicht kompensieren ließ (vgl. Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Auflage 2012, § 6 Rdn. 87 m.w.N.).

III. Die hieraus resultierende Herausgabepflicht des Beklagten ist nicht aus dem Grunde ausgeschlossen, dass die Klägerin bereits eine Kompensation erlangt hat durch die tatsächliche Einhaltung des Wettbewerbsverbots durch den Beklagten.

1. Hätte der Beklagte tatsächlich Wettbewerb unterlassen und hierdurch Vermögensnachteile erlitten, hätte umgekehrt die Klägerin etwas, nämlich einen vermögenswerten Vorteil erlangt, der ihr wirtschaftliches Vermögen vermehrt hätte. Bei der Einhaltung eines Wettbewerbsverbots ist regelmäßig ein Vermögenszuwachs durch die Erzielung höherer Umsätze und Preise anzunehmen. So ist eine vertraglich auferlegte Unterlassungspflicht, wenn tatsächlich ein Unterlassen von Wettbewerb erfolgt, eine Leistung i.S.v. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB (vgl. Köhler AcP 190 (1990), 496, 532), die im Falle ihrer Unwirksamkeit als Kondiktionsgegenstand anzusehen ist. Dazu gehört auch ein vertraglich vereinbartes, aber nichtiges Wettbewerbsverbot (Senat Urt. v. 18.09.2012, 8 U 131/12, S. 16; Staudinger/Lorenz, BGB, 2007, § 812 Rn. 65). Das Unterlassen, also der Wettbewerbsverzicht, wird bei vertraglich vereinbartem, aber nichtigem Wettbewerbsverbot, seinerseits als Leistung, d.h. als zweckgerichtete und bewusste Vermögensmehrung verstanden. Der Wert der Gegenleistung in Form der Befolgung des Wettbewerbsverbots wäre mit dem Wert der Klageforderung zu saldieren. Die Berücksichtigung der Gegenleistung stellt sich als eine Folge des Synallagmas der beiderseitigen Leistungen dar (sog. Saldotheorie; BGH NJW 2001, 1863; Palandt-Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, § 818 Rn. 28, 47).

Hinsichtlich der Frage, ob die Klägerin etwas, nämlich das Unterlassen von Wettbewerb, erlangt hat, trägt der Beklagte die Darlegungs- und Beweislast (Senat, Urt. v. 14.07.2014, S. 16). Hieran wird festgehalten. Der Bereicherungsschuldner hat auch unter dem Aspekt einer Saldierung den Wegfall oder die Minderung der Bereicherung zu beweisen (BGH NJW 1995, 2627; 1999, 1181; Palandt-Sprau, a.a.O., § 818 Rn. 55). Der Ausgangspunkt des Landgerichts, dass für den Umstand des wettbewerbswidrigen Verhaltens die Klägerin

beweisbelastet sei, ist danach unzutreffend.

2. a) Ein Unterlassen von Wettbewerb ist vorliegend schon deshalb zu verneinen, weil der Beklagte – insoweit unstreitig - im Jahre 2011 eine Sicherheit für die L Personaldienstleistungen GmbH durch die Verpfändung seines Bankkontos gestellt hat. Am 13.10.2009 hat er gemäß Urkunde Anl. K 9 sein bei der Y bestehendes Sparguthaben verpfändet zur Sicherheit für Kreditverbindlichkeiten der L Personaldienstleistungen GmbH aus einem Kreditvertrag über 286.400,- € und einem Mietaval über weitere 13.518,70 €. Auch soweit der Beklagte behauptet, Motivation hierfür sei lediglich gewesen, dass er hiermit, wie vom Zeugen L verlangt, die Seriosität seiner Erwerbsabsicht auch mit einem finanziellen Risiko habe im Hinblick auf den beabsichtigten Erwerb von 37 % der dortigen Gesellschaftsanteile nach Ablauf seines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots dokumentieren wollen, hat er die Wettbewerberin der Klägerin objektiv im Hinblick auf den beabsichtigten Anteilserwerb bereits unterstützt, und zwar unabhängig auch davon, ob für die L Personaldienstleistungen GmbH hierfür, wie der Beklagte behauptet, keine finanzielle Notwendigkeit bestanden haben mag. Die Unterstützung der Mitbewerberin in erheblicher Größenordnung ist tatsächlich nach unstreitigem Sachverhalt erfolgt und hat dieser bei der betreffenden Kreditierung durch die Y geholfen. Zudem ist unstreitig, dass die Besicherung der Kreditschuld über die Jahreswende 2011/12 hinaus andauerte. Eine Zäsur ab Ende des Jahres 2012 aus dem Grunde, dass sich der Beklagte nach anwaltlicher Beratung nunmehr an das von der Klägerin verfochtene Wettbewerbsverbot gehalten hat, wie sein Prozessbevollmächtigter im Termin zur mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, kann nicht angenommen werden. Die Bestellung dieser dauerhaft auch bis in das Jahr 2012 fortbestehenden Sicherheit zugunsten der im Wettbewerb zur Beklagten stehenden L Personaldienstleistungen GmbH zur Erlangung von Kreditmitteln begünstigte diese objektiv in ihren Möglichkeiten unternehmerischen Handelns und stellte damit ein wettbewerbswidriges Verhalten des Beklagten dar, das die Beachtung des Wettbewerbsverbots im Januar 2012 ausschließt. Ein Unterlassen von Wettbewerb in dem Sinne, dass die Bereicherung des Beklagten entfallen und die hierdurch gewonnenen Vorteile der Klägerin zu saldieren sind, ist bereits aus diesem Grunde zu verneinen.

b) Ein schädliches wettbewerbsliches Handeln stellt zudem die als solche unstreitige Rufnummernmitnahme und Übertragung der zuvor geschäftlich genutzten Mobilfunkrufnummern des Beklagten und des ebenfalls ausgeschiedenen Mitarbeiters U (vgl. dazu Anl. K 41 f.) dar.

Da es sich um Rufnummern handelte, die geschäftlich genutzt wurden, ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Nutzung nunmehr weiterhin geschäftlich erfolgte. Soweit der Beklagte behauptet, die Nummern hätten nur privat eingesetzt werden sollen, ist dies jedenfalls in Bezug auf ihn selbst nicht belegt. Bereits die Mitnahme der Nummern, die den Kontakt im Geschäftsverkehr auch für die Mitbewerberin der Klägerin ermöglichte, begründet Zweifel an der Richtigkeit dieser seiner Behauptung. Der nicht abgesprochenen und vertragswidrigen Mitnahme für private Zwecke bedurfte es zur Aufrechterhaltung rein privater Kontakte nicht. Es war ein Einfaches, selbst einen privaten Anschluss herzustellen, ohne die als solche wertvolle Kommunikationsfähigkeit und Kontaktpflege mit den Geschäftspartnern und Mitarbeitern beizubehalten. Die Mitnahme machte aus objektiver Sicht vor allem Sinn vor dem Hintergrund, dass gerade auch dieser Nutzen fortgeschrieben werden kann. Dies gilt auch, soweit dem Beklagten, wie er behauptet, die SIM-Karte bereits im Jahre 1997 übereignet worden sein soll. Der Beklagte erbringt bezogen auf seinen Anschluss keinen Nachweis dafür, dass er keinen geschäftlichen Kontakt mehr mit diesem Anschluss pflegte. Soweit der Zeuge U dafür benannt ist, dass die Nutzung bei dem Zeugen und dessen

Anschluss nur privat gewesen sei, kann hieraus nicht rückgeschlossen werden, dass der Beklagte seinerseits, der als Gesellschafter bei der L Personaldienstleistungen GmbH einsteigen wollte und hierfür auch Vorleistungen erbrachte (mit der bezeichneten Sicherheitengestellung), den umfassenden Mobilfunkanschluss nunmehr insgesamt getrennt und nicht auch geschäftlich für die Wettbewerberin genutzt hat, zumal erfahrungsgemäß noch mit weiteren geschäftlichen Anrufen zu rechnen war. Wie der Beklagte mit letzteren umgegangen sein will, trägt er nicht vor. Der Nachweis einer allein privaten späteren Nutzung des von ihm mitgenommenen Anschlusses ist vor diesem Hintergrund nicht erbracht. Angesichts dessen ist es auch nicht als ausgeräumt anzusehen, dass die betreffenden geschäftlichen Kontakte auch über das Ende des Jahres 2011 hinaus für die Wettbewerberin der Klägerin durch den Beklagten aufrechterhalten worden sind.

c) Hinzu kommt ein von dem Beklagten nicht ausgeräumter Akquisitionsversuch für die Wettbewerberin der Klägerin bei der Fa. A GmbH in B, der Zweifel an der Behauptung des Beklagten begründet, im Januar 2012 keine Wettbewerbstätigkeit zugunsten der L Personaldienstleistungen GmbH entfaltet zu haben. Dies gilt auch dann, wenn der Beklagte den anwaltlichen Rat erhalten haben sollte, zur Verhinderung erheblicher Risiken das als unwirksam angesehene Wettbewerbsverbot zu befolgen. Der Senat kann nicht ausschließen, dass der Beklagte weitere Leistungen für die maßgeblich von Verwandten betriebene L Personaldienstleistungen GmbH ohne Außenwirkung erbracht hat. 45

Hinsichtlich der Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe sich mit dem Zeugen M der Fa. A GmbH in Verbindung gesetzt und dort angefragt, ob diese nicht zu der Fa. L Personaldienstleistungen GmbH wechseln wolle, ist nach dem oben Gesagten wiederum von einer Beweislast des Beklagten auszugehen dahin, dass er auch insoweit Wettbewerb unterlassen und dieses Akquisitionsgespräch aus Oktober 2011 nicht geführt hat. Insoweit ist das Landgericht von einer fehlerhaften Beweislastverteilung ausgegangen. Seine diesbezüglichen Feststellungen sind für den Senat daher nicht i.S.v. § 529 Abs. 1 ZPO bindend. 46

Der Zeuge M hatte gestützt auf die Eintragungen in seinem Kalender einen solchen Besuch am 14.10.2011 bestätigt. Er gab an, dass der Beklagte, der zusammen mit dem Zeugen U in der Firma erschienen sei, versucht habe, an die alten Geschäftsbeziehungen anzuknüpfen und eine neue Geschäftsbeziehung, nicht mehr für E, aufzubauen. Im Großteil des Gesprächs sei es um diese Akquise gegangen. Demgegenüber bekundete der Zeuge U, dass ein solches Gespräch mit dem Beklagten bei der Fa. A nicht mehr stattgefunden habe. 47

Da die Zeugen nach den Ausführungen des Landgerichts in gleicher Weise glaubwürdig waren und keiner Zeugenaussage der Vorzug zu geben war, ist danach das Unterlassen entsprechenden Wettbewerbs nicht bewiesen. Einer erneuten Beweiserhebung bedarf es insoweit nicht, da der Senat keinen Anlass hat, eine andere Beweiswürdigung als das Landgericht vorzunehmen oder die Frage der Glaubwürdigkeit der Zeugen anders zu bewerten. Im Übrigen käme es schlussendlich auf dieses Handeln angesichts der weiteren nicht ausgeräumten Wettbewerbshandlungen des Beklagten nicht mehr an. 48

d) Auch auf die weiteren von der Klägerin behaupteten Wettbewerbshandlungen, so u.a. ein gezieltes Abwerben von Mitarbeitern, kommt es nicht mehr an. 49

IV. Der Klageanspruch ist nicht nach § 814 BGB wegen Kenntnis der Klägerin von ihrer Nichtschuld ausgeschlossen. 50

Das Geleistete kann nach § 814 BGB nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Erforderlich ist die positive Kenntnis davon, dass er auf eine Nichtschuld leistet. Er muss also wissen, dass er im Zeitpunkt der Leistung nichts schuldet (BGH NJW 1997, 2381; 2015, 1672; Palandt-Sprau, a.a.O., § 814 Rn. 4). Dass der Leistende die Schuld freiwillig in Kenntnis der Nichtleistung erbracht hat, ist vom Leistungsempfänger zu beweisen (BGH NJW 2002, 3772; Palandt-Sprau, a.a.O., § 814 Rn. 11).

Eine solche positive Kenntnis kann im Streitfall nicht festgestellt werden. Zwar hat der Beklagte mit Schreiben vom 05.08.2011 (Anl. B 1) seine Rechtsauffassung geäußert, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot unwirksam sei. Auch mag es bereits Hinweise darauf gegeben haben, dass der Beklagte Wettbewerbsverstöße begangen haben könnte, so wie hinsichtlich der Umschreibung der Mobilfunknummern, so dass die Klägerin im Verfügungsverfahren (7 O 277/11 LG Dortmund) in 2011 die Unterlassung der Nutzung und die Herausgabe der SIM-Karte begehrt hat. Indes hat die Klägerin das nachvertragliche Wettbewerbsverbot nach wie vor für wirksam gehalten und dies gerade auch in den folgenden Prozessen verfochten. Entsprechend hat sie die Einhaltung des Wettbewerbsverbots eingefordert. Ebenso wenig kann dabei festgestellt werden, dass bereits Kenntnis von maßgeblichen Wettbewerbshandlungen bestand, die eine Rückzahlungspflicht ausschließen könnten. Eine umfassende Kenntnis hiervon bereits im Januar 2012 ist nicht festzustellen. 52

V. Der Zinsanspruch folgt aus Verzug, §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB. 53

VI. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 und 713 ZPO. 54

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, § 543 Abs. 1 ZPO. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage anerkannter Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache besitzt weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 55