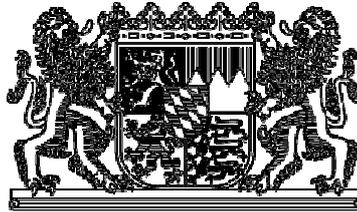


4 Sa 860/09
4 Ca 2794/07
(ArbG Kempten)

Verkündet am: 29.03.2012

Hömberg
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

G.
G-Straße, G-Stadt

- Kläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte H.
H-Straße, H-Stadt

Rechtsanwältin I.
I-Straße, I-Stadt

gegen

Markt A-Stadt

E-Straße, A-Stadt

- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte F.
F-Straße, F-Stadt

A., A-Straße, A-Stadt

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. B.
B-Straße, A-Stadt

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 23. Februar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger und die ehrenamtlichen Richter Herbst und Peter

für Recht erkannt:

I. Die Berufung des Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Kempten vom 05. Mai 2009 – 4 Ca 2794/07 – wird zurückgewiesen.

II. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Kempten vom 05. Mai 2009 – 4 Ca 2794/07 – teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag von 100.000,-- € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 22.12.2008 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

III. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen der Kläger zu 72 % und der Beklagte zu 28 %; die Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger zu 63 % und der Beklagte zu 37 % zu tragen. Die Kosten der Nebenintervention hat der Kläger zu 63 % zu tragen, im Übrigen der Nebenintervenient selbst.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten noch über Schadensersatzansprüche des Klägers gegenüber der beklagten Gemeinde wegen behaupteten Fehlverhaltens deren früheren ersten Bürgermeisters und Nebenintervenienten im vorliegenden Berufungsverfahren.

Der – ausweislich der vorgelegten Unterlagen: am 00.00.1900 geborene – Kläger war nach Tätigkeiten in herausgehobenen Funktionen im Tourismus- bzw. Sportmanagementbereich (u. ä.) insbesondere in der Schweiz, zuletzt als Tourismusdirektor in Luzern, ab 01.08.2006 beim/für den Beklagten tätig. Die Parteien schlossen unter dem 26.07.2006 einen „Vorvertrag zum Anstellungsvertrag“ (Anlage K1, Bl. 9 d. A.), nach dem sich der Kläger und der damalige erste Bürgermeister des Beklagten und nunmehrige Nebenintervenient des Berufungsverfahrens einig waren, dass der Kläger zum 01.08.2006 beim Beklagten als „Tourismus- und Sportdirektor“ im Rahmen einer befristeten Vertragslaufzeit und einem „Jahresbruttogehalt in Höhe von € 135.000,-- incl. einer leistungs- und erfolgsabhängigen Komponente“ angestellt werden sollte. Dort ist weiter festgehalten, dass „nach Einigung über den Vertragsinhalt und Abschluss der laufenden Vertragsverhandlungen ... der Anstellungsvertrag von beiden Seiten schnellst möglich unterzeichnet“ werden sollte. Der dem Kläger übergebene Entwurf/Text eines „Anstellungsvertrages“, nebst zweier Anlagen, (Anlage K2, Bl. 10 – 15 d. A.) – streitig ist, ob dieser Entwurf vom Beklagten bereits gegengezeichnet war – wurde vom Kläger nicht unterschrieben.

Der Kläger erstellte in der Folge selbst eine „Mandatsvereinbarung“ (Anlage B2, Bl. 56/57 d. A.), die allein von ihm unterzeichnet/paraphiert ist und nach der er für den Beklagten als Auftraggeber für den Zeitraum vom 01.08.2006 bis 31.01.2007 mit der Beratung und Führung dessen Sport- und Tourismusamtes tätig werden und „für seine Bemühungen ein Honorar von pauschal EURO 150,-- pro Tag“ („pro Tag erhält er zudem eine Spesenpauschale von EURO 125,--. Zusätzlich wird ihm pro Monat eine Fahrtkostenpauschale von EURO 1'000,-- und eine Telekommunikationspauschale von EURO 600,-- ausbezahlt“) erhalten sollte. Dort ist weiter bestimmt (Ziffer 6), dass „auf die vorliegende Mandatsvereinbarung ... schweizerisches Recht zur Anwendung“ kommt. Ein „internes Memo für 1. Bürgermeister Herrn A.“ ebenfalls vom 07.09.2006, (Anlage K10, Bl. 126 d. A.), erstellt und paraphiert gleichfalls durch den Kläger – vom Beklagten wiederum nicht

gegengezeichnet –, hält zum anderen fest, dass der Kläger bis 31.01.2007 „wie besprochen als freier Berater für die Gemeinde tätig sein“ werde und anschließend mit dem bereits vorbesprochenen Vertrag fest angestellt werden sollte unter der Maßgabe: „Der vorgesehene Lohn ohne Prämie beträgt brutto EURO 90'000,-- pro Jahr, d. h. EURO 7'500,-- pro Monat. Dazu kommt ein Zuschuss von EURO 250,-- für Krankenkassenleistungen, insgesamt macht dies eine Summe von 7'750,-- pro Monat aus.“ Weiter hat der Kläger dort festgehalten:

„Wegen meinem Lohnstreit mit meinem alten Arbeitgeber muss ich versuchen, die Beratungskosten möglichst tief zu halten. Deshalb wird der Beratungsanteil mit EURO 150,-- pro Tag relativ niedrig gehalten. Diese Tage werden pro Monat individuell abgerechnet; die Summe über EURO 46'500,-- wird in diesen 6 Monaten nicht überschritten werden, außer durch den Posten „Spesen laut Spesenbeleg“, in dem auch die gefahrenen Kilometerkosten und effektiv abgerechneten Kommunikationskosten (Telefon) pro Monat für A-Stadt abgerechnet werden.“

Die Lohnsumme über 7'750,-- pro Monat setzt sich demnach pro Monat wie folgt zusammen:

<i>Lohn summe (EURO 150,-- / Tag)</i>	<i>ca. 3'300,--</i>
<i>Übernachtungspauschale (EURO 100,-- / Tag)</i>	<i>ca. 2'200,--</i>
<i>Essenspauschale (EURO 25,-- / pro Tag)</i>	<i>ca. 650,--</i>
<i>Fahrkostenentschädigung pauschal pro Monat</i>	<i>1.000,--</i>
<i>Telekommunikationspauschale pauschal pro Monat</i>	<i>600,--</i>
<i>Total</i>	<i>ca. 7'750,--</i>

Dazu kommt die individuelle Spesenabrechnung nach Belegen und Kilometern.

Die Marktgemeinde A-Stadt spart durch diese Lösung für dieses halbe Jahr EURO 10'000,-- an Lohnsumme, da die Versicherungen und Abgaben vom Arbeitnehmer G. direkt an die Schweizer Kassen abgeführt werden, ebenso wird die verdiente Lohnsumme in der Schweiz versteuert.“

Der Kläger rechnete ab 01.08.2006 jeweils monatlich einen „Spesenvorschuss“ sowie „Beratungsarbeiten“ gegenüber dem Beklagten ab (Abrechnungen u. a. in Anlage B3 f., Bl. 58 f. d. A.).

Das Vertragsverhältnis der Parteien endete aufgrund „Aufhebungsvereinbarung“ vom 26.01.2007 (Anlage K5, Bl. 21 d. A.), in der unter der Vorbemerkung, dass „der Markt A-Stadt ... in seiner Sitzung des Gemeinderates vom 25.01.2007 beschlossen (habe), das Dienstverhältnis mit Herrn G. zum 28.02.2007 zu beenden. Der Bürgermeister wurde hierbei bevollmächtigt einen Aufhebungsvertrag mit Herrn G. abzuschließen“, das seit 01.08.2006 „bestehende Dienstverhältnis“ einvernehmlich aufgehoben und der Kläger mit sofortiger Wirkung von der weiteren Erfüllung seiner Dienstpflichten aus dem Dienstverhältnis „bis zum Vertragsablauf unter Fortzahlung der zwischen den Parteien vereinbarten Grundvergütung freigestellt“ wurden. Weiter ist dort, neben einer abschließenden umfassenden finanziellen Abgeltungsklausel (Ziffer 4), bestimmt:

„3.

Die Parteien vereinbaren wechselseitig, über den Inhalt dieser Vereinbarung sowie etwaige Gründe, die zum Abschluss dieser Aufhebungsvereinbarung geführt haben, stillschweigen zu wahren.“

Nach einem Pressebericht des „Allgäuer Anzeigensblattes“ (Lokal-/Regionalausgabe der „Augsburger Allgemeinen“) vom 02.04.2007 (Anlage K9, Bl. 32 d. A.) über einen Informationsabend des örtlichen Hotel- und Gaststättenverbandes (BHG) habe dort der „Bürgermeister A. ... sein Schweigen zur Trennung von Tourismus- und Sportdirektor G. gebrochen“ und diesem „in einer kämpferischen Rede administrative Fehler vor“-gehalten. Weiter ist in diesem Zeitungsartikel festgehalten, dass „A., der sich im Aufhebungsvertrag mit G. zum Stillschweigen über die Trennungsgründe verpflichtet sah, ... vor den Gastronomen nicht um den heißen Brei herumreden“ habe wollen und hinsichtlich des Klägers gesagt habe, dass dieser „administrativ und organisatorisch nichts auf die Reihe gebracht“ und das gewachsene Team der Kurverwaltung „schwindlig gespielt“ habe, weshalb der Bürgermeister „letztendlich die Reißleine ziehen“ habe müssen. Darüber hinaus wird dieser dort herausgehoben mit der Bemerkung zitiert: „G. ist als Ankündigungsweltmeister gestartet und letztendlich als Umsetzungszwerg gelandet“.

Nach vorgerichtlicher Anfechtung des Aufhebungsvertrages am 26.01.2007 hat der Kläger im vorliegenden Verfahren erstinstanzlich zunächst im Wege der Feststellungsklage den Fortbestand des Dienstverhältnisses mit dem Beklagten über den 28.02.2007 hinaus wegen Rechtsunwirksamkeit des Aufhebungsvertrages, nebst Verurteilung des Beklagten auf Abgabe eines Angebotes auf Abschluss eines auf vier Jahre

befristeten Arbeitsvertrages als Tourismus- und Sportdirektor (...) ab 01.08.2006, sowie hilfsweise die Zahlung von Schadensersatz in Höhe von € 270.000,- und Feststellung einer weitergehenden Schadensersatzpflicht des Beklagten dem Grunde nach geltend gemacht. Nach, aufgrund Rüge der Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Gerichten für Arbeitssachen durch den Beklagten, erfolgter Vorabentscheidung des Arbeitsgerichts Kempten über die gegebene Zuständigkeit der Arbeitsgerichte mit Beschluss vom 19.12.2007 – bestätigt durch Beschluss der Berufungskammer am 01.07.2008 – hat das Arbeitsgerichts nach Beweisaufnahme zum Hergang der Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages vom 26.01.2007 durch den Kläger mit Endurteil vom 05.05.2009, das den Prozessbevollmächtigten des Beklagten am 01.10.2009 und den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 05.10.2009 zugestellt wurde und auf das wegen des unstrittigen Sachverhalts im Übrigen und des streitigen Vorbringens sowie der Anträge der Parteien im ersten Rechtszug Bezug genommen wird, den Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von € 82.500,-, unter Abweisung der Klage im Übrigen, mit der Begründung verurteilt, dass der Aufhebungsvertrag vom 26.01.2007 weder aufgrund wirksamer Anfechtung – eine widerrechtliche Drohung habe nach den übereinstimmenden Aussagen der vernommenen Zeugen nicht vorgelegen – noch wegen Verstoßes des damaligen ersten Bürgermeisters des Beklagten gegen die Stillschweigensvereinbarung nichtig oder sonst unwirksam sei. Das Vertragsverhältnis der Parteien habe ein Arbeitsverhältnis im rechtlichen Sinne dargestellt. Der Beklagte sei nicht zur Unterbreitung eines Vertragsangebotes für eine vierjährige befristete Beschäftigung des Klägers verpflichtet, da dieser nicht beweisen habe können, dass ein solcher Vertrag ursprünglich beabsichtigt gewesen sei. Der Beklagte sei jedoch zum Schadensersatz verpflichtet, da es durch den deutlichen Verstoß und die in der Presse über A-Stadt hinaus bekannt gewordenen Vorwürfe des Beklagten gegen den Kläger als Grund für die Beendigung der Zusammenarbeit der Parteien diesem nicht gelungen sei, in den zwei folgenden Jahren bis 01.05.2009 eine adäquate andere Stelle zu finden („Nach der reichen Lebenserfahrung des Gerichts, dessen Tätigkeit durch ständigen Umgang mit Gastronomie und Tourismus geprägt ist, erscheint es sehr wohl nachvollziehbar, dass der Kläger keine andere Beschäftigungsmöglichkeit in einem Spitzenferienort in Mitteleuropa finden konnte“). Der deshalb zu zahlende Schadensersatz bemesse sich nach dem entgangenen Einkommen des Klägers in der Zwischenzeit, wobei davon auszugehen sei, dass die zwischen den Parteien gelebte Entlohnung von € 7.750,-/Monat eine durchaus angemessene und dem Durchschnitt entspre-

chende Vergütung für einen Tourismusmanager in einem entsprechenden Spitzenferienort darstelle. Nachdem sich die Parteien, wenn auch mit schwer nachvollziehbaren Argumenten, gemeinsam darauf verständigt gehabt hätten, nur einen Teilbetrag als Gehalt zu deklarieren und den Rest als „Spesen“ auszuweisen, halte es das Gericht für angemessen, den Schadensersatzbetrag auf € 3.300,- monatlich wie ausgewiesen zu begrenzen, was für 25 Monate die zugesprochene Summe ergebe – einen weitergehenden Ersatzanspruch vermöge das Gericht nicht zu erkennen.

Hiergegen richten sich die Berufung des Klägers mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 02.11.2009, am selben Tag zunächst per Telefax beim Landesarbeitsgericht eingegangen, sowie die Berufung des Beklagten mit am 05.10.2009 beim Landesarbeitsgericht München eingegangenem Schriftsatz vom 02.10.2009. Dieser hat seine Berufung mit, am 29.10.2009 beim Landesarbeitsgericht München eingegangenem, Schriftsatz vom 27.10.2009 begründet, der Kläger seine Berufung mit, am selben Tag zunächst wiederum per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangenem, Schriftsatz vom 01.12.2009. Der ehemalige erste Bürgermeister des Beklagten, Herr A., ist, wie bereits am Ende des erstinstanzlichen Verfahrens nach Verkündung des Ersturteils, dem Rechtsstreit auch im Berufungsverfahren auf Seiten des Beklagten beigetreten.

Der Kläger hat zur Begründung seiner Berufung vorgetragen, dass der ihm erstinstanzlich zugesprochene Schadensersatzbetrag in Höhe von € 82.500,- weitaus zu niedrig angesetzt gewesen sei und nicht seinem tatsächlichen Verdiensteingang entspreche. Auch mangels substantiierten Bestreitens des Beklagten stehe fest, dass dessen damaliger erster Bürgermeister A. gegen die Stillschweigensvereinbarung im Aufhebungsvertrag vom 26.01.2007 verstoßen habe. Das Arbeitsgericht sei zwar zu Recht von der Vorschrift des § 287 ZPO hinsichtlich der Frage der Kausalität zwischen dem konkreten Haftungsgrund und der hier eingetretenen Schadensfolge ausgegangen, weshalb es keiner Beweisaufnahme hierzu bedurft habe. Unabhängig hiervon habe der Kläger substantiiert dargelegt und unter Beweis gestellt, dass gerade die Vorwürfe des damaligen ersten Bürgermeisters, wie sie in der Allgäuer Zeitung wiedergegeben worden seien, verantwortlich dafür gewesen seien, dass der Kläger keinerlei Anschlussarbeitsverhältnis mehr gefunden habe und immer wieder aus der engeren Bewerberauswahl ausgeschieden sei. Dies habe das Arbeitsgericht Kempten aufgrund seiner „reichen Lebenserfahrung“ feststellen kön-

nen. Jedoch habe dieses die Schadenshöhe rechtsirrig angenommen und zwar einerseits selbst ausgeführt, dass die zwischen den Parteien gelebte Vergütung von € 7.750,-- im Monat eine durchaus angemessene und dem Durchschnitt entsprechende Vergütung für einen Tourismusmanager in einem entsprechenden Spitzenferienort darstelle. Jedoch sei das Arbeitsgericht andererseits nicht konsequent dem Ansatz gefolgt, dass bei der Bemessung des Schadensersatzanspruches wenigstens von der vereinbarten Vergütung in Höhe von € 7.750,--/Monat, nicht lediglich einem Betrag in Höhe von € 3.300,-- ausgegangen werden müsse, was das Arbeitsgericht jedenfalls im Rahmen einer Schätzung feststellen hätte müssen.

Der Beklagte trägt zur Begründung seiner Berufung vor, dass das Arbeitsgericht mit der Bejahung eines Schadensersatzanspruches dem Grunde nach die Beweislastregel und die Form des Strengbeweises des § 286 ZPO verkannt habe, da den Schadensersatzgläubiger neben der Beweislast für die Pflichtverletzung auch diejenige für den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden treffe, weshalb es – nachdem der damalige erste Bürgermeister des Beklagten in der öffentlichen Sitzung des örtlichen Hotel- und Gaststättenverbandes Äußerungen wie die im Bericht der Allgäuer Zeitung vom 02.04.2007 wiedergegebenen getätigt habe – Aufgabe des Arbeitsgerichtes gewesen wäre, unter Berücksichtigung des hierbei zu führenden Strengbeweises zu prüfen, ob nach Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien ein potenzieller Auftrag- bzw. Arbeitgeber gerade durch diesen Pressebericht von einer Einstellung des Klägers Abstand genommen habe, wie nicht geschehen. Das Vorbringen des Klägers sei unsubstantiiert, da dieser nicht in der Lage sei, konkrete Namen von potenziellen Auftrag- bzw. Arbeitgebern zu nennen, die ausschließlich aufgrund des Presseberichtes der Allgäuer Zeitung vom 02.04.2007 von einer Vertragsbeziehung mit dem Kläger Abstand genommen hätten. Damit fehle es an einem Kausalitätsnachweis. Das Arbeitsgericht sei rechtsirrig von einer Beweislastumkehr bzw. zumindest Beweiserleichterungen zu Gunsten des Klägers ausgegangen. Hilfsweise werde gerügt, dass das Arbeitsgericht die Schadenshöhe unrichtig angenommen habe. Bei der Vertragsbeziehung zwischen den Parteien habe es sich um ein freies Mitarbeiterverhältnis, kein Arbeitsverhältnis gehandelt. Der Kläger sei seit 2006 selbständiger Gesellschafter und Geschäftsführer einer Beratungsgesellschaft. Das Ersturteil hätte den vom Kläger angenommenen Betrag von € 3.300,-- als Bruttolohn annehmen müssen mit der Folge, dass die Beklagte zur Zahlung

eines Betrages von € 82.500,-- brutto zu verurteilen gewesen wäre, bzw. hätte das Ersturteil alternativ von dem von ihm angenommenen Betrag von € 3.300,--/Monat die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung sowie die Lohnsteuer und den Solidaritätszuschlag abziehen müssen.

Der Kläger beantragt:

- 1. Unter Abänderung des am 05.05.2009 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Kempten, AZ: 4 Ca 2794/09 wird die Beklagte zur Bezahlung weiterer 187.500,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit 22.12.2008 verurteilt.***
- 2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kempten vom 05.05.2009, AZ: 4 Ca 2794/07 wird zurückgewiesen.***

Der Beklagte beantragt:

- I. Das Endurteil des Arbeitsgerichts Kempten (Allgäu) vom 05.05.2009, AZ: 4 Ca 2794/07 wird dahingehend abgeändert, dass die Klage abgewiesen wird.***
- II. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Kempten vom 05.05.2009, AZ: 4 Ca 2794/07 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.***

Der Nebenintervenient – Streithelfer des Beklagten – beantragt:

- 1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Kempten vom 05.05.2009 wird aufgehoben.***
- 2. Die Klage wird abgewiesen.***
- 3. Die Berufung des Klägers vom 02.11.2009 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.***

Zur Berufung des Klägers trägt der Beklagte vor, dass entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichtes bei der Berechnung des Schadensersatzes nicht von einer Vergütung in Höhe von € 7.750,--/Monat auszugehen sei. Erstinstanzlich habe der Kläger selbst angenommen, dass es sich aufgrund der Mandatsvereinbarung vom 07.09.2006 beim Vertragsverhältnis um einen freien Mitarbeitervertrag gehandelt habe. Dies sei auch der Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe, eine Kausalität unterstellt, dem Kläger ein Schadensersatzanspruch zustehe, zugrunde zu legen. Dem Kläger sei tatsächlich kein Gewinn entgangen. Zur Höhe eines Schadensersatzanspruches liege nach wie vor kein, geschweige denn schlüssiger, Sachvortrag des Klägers vor. Ein solcher bestehe nicht hinsichtlich von Spesen. Selbst wenn man mit dem Kläger zu einer Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO kommen sollte, liege auch hierzu kein substantiiertes Sachvortrag vor, da es hiernach seine Aufgabe gewesen wäre, substantiiert vorzutragen dahin, ob tatsächlich Bewerbungen unter Vorlage der entsprechenden Bewerbungsunterlagen erfolgt seien und es sich nicht etwa lediglich um „Blindbewerbungen“ gehandelt habe bzw., ob diesen tatsächlich offene Stellen zugrunde gelegen hätten. Auch habe der Kläger sich nach seiner eigenen, inhaltlich bestrittenen, Liste selbst auf Stellen einer (niedrigeren) „Salärklasse F“ beworben. Damit habe er jedenfalls dokumentiert, dass ihm solche Stellen zumutbar gewesen wären. Weiter wendet der Beklagte vorsorglich und hilfsweise einen Verstoß des Klägers gegen seine etwaige Schadensminderungspflicht ein, da dieser den Auftrag erhalten gehabt habe, ab 01.11.2008 das ehemalige Freizeitbad in J bei I-Stadt zu vermarkten – weshalb er vortragen hätte müssen, warum und aus welchen Gründen es nicht zu einem Vertragsschluss mit diesem Unternehmen gekommen sei.

Der Nebenintervenient und frühere erste Bürgermeister des Beklagten hat sich dessen Ausführungen im Wesentlichen angeschlossen und auch ausgeführt, dass sich aus vorliegenden Zeitungsberichten aus der Zeit lange vor dem streitgegenständlichen Bericht der Allgäuer Zeitung ergebe, dass der Kläger recht kompliziert und schwierig sei, und diese Berichte, wie vorausgegangene Berichte der Süddeutschen Zeitung, sehr viel früher und intensiver eine negative Wirkung auf die Bereitschaft der in Betracht kommenden „Dienstherren“ zur Einstellung des Klägers gehabt hätten. Die Äußerungen des Nebenintervenienten und erstinstanzlich als Zeugen vernommenen ehemaligen ersten Bürgermeisters des Beklagten bei der Sitzung des Hotel- und Gaststättenverbandes seien quasi ein Akt der Notwehr und eine adäquate Reaktion auf den Wirbel und die Beschuldigungen gegen den Beklagten gewesen, die dieser selbst in Gang gesetzt gehabt habe.

Der Kläger trägt zur Berufung des Beklagten und den Ausführungen des Nebenintervenienten vor, dass – anders als von diesen angenommen – nicht er selbst, sondern einzelne Gemeinderäte sich gegenüber der Süddeutschen Zeitung geäußert hätten. Dass der Nebenintervenient sich bei seiner Äußerung in einer „Art Notwehr“ gehandelt hätte, sei absurd, dieser habe sich vielmehr im Wahlkampf befunden, wo er nicht vom Kläger, sondern von den übrigen Parteien im Ort angegriffen worden sei. Im Gegensatz zum Nebenintervenienten habe der Kläger die Stillschweigensvereinbarung immer eingehalten und in keiner Weise irgendwelche Interna an die Presse kolportiert. Bereits erstinstanzlich sei ausreichend substantiiert dargelegt und unter Beweis gestellt worden, dass die Aussagen des Nebenintervenienten im heutigen Zeitalter des Internets kausal dafür gewesen seien, dass der Kläger kein adäquates Anschlussarbeitsverhältnis gefunden habe. Die Vielzahl der im Einzelnen substantiiert dargelegten Bewerbungen durch den Kläger – über 120 – und die jedes Mal erfolgten Absagen sprächen eine deutliche Sprache. Die Tourismushochburg Markt A-Stadt hätte sich nicht für den Kläger entschieden, wenn dieser nicht ein ausgewiesener Experte in der Tourismusbranche gewesen wäre.

Wegen des Vorbringens der Parteien im zweiten Rechtszug im Übrigen wird Bezug genommen auf die Schriftsätze der Parteien und des Nebenintervenienten vom 27.10.2009 (Bl. 350 f. d. A.), vom 02.11.2009 (Bl. 368 f. d. A.), vom 01.12.2009 (Bl. 400 f. d. A.), ebenfalls vom 01.12.2009 (Bl. 407 f. d. A.), vom 07.12.2009 (Bl. 414 f. d. A.), vom 16.12.2009 (Bl. 418 f. d. A.), vom 04.01.2010 (Bl. 427 f. d. A.), vom 12.01.2010 (Bl. 433 d. A.), vom 02.02.2010 (Bl. 434 f. d. A.), ebenfalls vom 02.02.2010 (Bl. 442 f. d. A.), vom 03.02.2010 (Bl. 449 d. A.), vom 19.02.2010 (Bl. 453 f. d. A.), vom 22.03.2010 (Bl. 475 f. d. A.), vom 09.04.2010 (Bl. 487 d. A.), vom 19.05.2010 (Bl. 496 f. d. A.), vom 21.05.2010 (Bl. 504 f. d. A.), vom 18.06.2010 (Bl. 526 f. d. A.), vom 25.06.2010 (Bl. 588 f. d. A.), vom 25.06.2010 (Bl. 604 f. d. A.), vom 15.09.2010 (Bl. 631 f. d. A.), vom 28.12.2010 (Bl. 637 d. A.), vom 18.05.2011 (Bl. 650 d. A.), vom 27.05.2011 (Bl. 651 f. d. A.), vom 09.06.2011 (Bl. 654 f. d. A.), vom 25.01.2012 (Bl. 687 f. d. A.), vom 07.02.2012 (Bl. 689 f. d. A.), vom 15.02.2012 (Bl. 723 f. A.) und vom 16.02.2012 (Bl. 735 f. d. A.), nebst jeweils vorgelegten Anlagen/Unterlagen, weiter auf die ergänzenden Einlassungen der Parteien und des Nebenintervenienten in den mündlichen Verhandlungen im Berufungsverfahren im Rahmen ihrer Parteianhörung gemäß der entsprechenden Feststellungen in den Sitzungsniederschriften vom 27.05.2010 (Bl. 507 f. d. A.) und vom 23.02.2012 (Bl. 742 f. d. A.).

Das Gericht hat Beweis erhoben zunächst gemäß Beweisbeschluss vom 04.03.2010 durch uneidliche Einvernahme der Zeugin C. und sodann gemäß weiterem Beweisbeschluss vom 08.07.2010 durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu Fragen des schweizerischen zivilrechtlichen Schadensersatzrechtes. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 27.05.2010 – Einvernahme der Zeugin C. – und auf das Gutachten des bestellten Sachverständigen Prof. Dr. D. vom 09./17.11.2011 (Bl. 663–675 d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache teilweise Erfolg, anders als die ebenfalls zulässige Berufung des Beklagten.

I.

Die gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG statthaften Berufungen der Parteien sind form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Nebenintervention des früheren ersten Bürgermeisters des Beklagten, Herrn A., sein Beitritt zum Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten, war, auch in der Berufungsinstanz, zulässig (§§ 66 Abs. 1 und Abs. 2, 70 ZPO).

Der Nebenintervenient war zum Zeitpunkt seines Beitritts nicht mehr Bürgermeister und damit gesetzlicher Vertreter des Beklagten – was mangels Stellung als diejenige eines „Dritten“ (im Sinne des § 72 Abs. 1 ZPO) andernfalls seinem Streitbeitritt entgegenstanden hätte (vgl. etwa Zöller-Vollkommer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 66 Rz. 7 und § 72 Rz. 1). Er hat ein rechtliches Interesse im Sinne des § 66 Abs. 1 ZPO, da der vorliegende

Rechtsstreit für einen etwaigen Regressanspruch des Beklagten gegen den Nebenintervenienten von Bedeutung sein kann (s. § 68 ZPO).

III.

Die Berufung des Klägers ist insoweit begründet, als er gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch in Höhe von € 100.000,-- hat - im Übrigen sind die Berufung des Klägers, ebenso damit die Berufung des Beklagten insgesamt, unbegründet. Dies folgt daraus, dass der damalige erste Bürgermeister des Beklagten und Nebenintervenient, dessen Handeln der Beklagte sich auch nach dem hier Anwendung findenden Schweizer Recht zurechnen lassen muss, gegen die Stillschweigensklausel in der „Aufhebungsvereinbarung“ der Parteien vom 26.01.2007 schuldhaft verstoßen und dadurch kausal einen Vermögensschaden des Klägers verursacht hat, den die Berufungskammer auf einen Betrag von € 100.000,-- schätzt (Art. 98 Abs. 2, 99 Abs. 1, 95 Abs. 3, 42 Abs. 1 und Abs. 2 Obligationenrecht (OR) der Schweiz, § 287 Abs. 1 ZPO).

1. Auf das Vertragsverhältnis der Parteien fand – ungeachtet dessen, ob dieses (im Sinne des deutschen Zivilrechts!) als Arbeitsvertrag im eigentlichen Sinne, als Dienstvertrag einer arbeitnehmerähnlichen Person oder ähnliches zu qualifizieren gewesen wäre – Schweizer (Zivil-)Recht Anwendung:

a) Der „Vorvertrag zum Anstellungsvertrag“ vom 26.07.2006 (Anl. K1, Bl. 9 d. A., bzw. Anl. B1, Bl. 55 d. A.) nahm lediglich, in drei Stichpunkten, auf einen, unter den dort grob skizzierten Maßgaben (Jahresbruttogehalt 135.000 € inkl. einer leistungs-/erfolgsabhängigen Komponente, Befristung - als solche, ohne Festlegung einer bestimmten Befristungsdauer - und Vertragsbeginn 01.08.2006), künftig erst zu abzuschließenden Anstellungsvertrag Bezug – welcher, hiernach wohl als Arbeitsvertrag im eigentlichen Sinn, in der Folge tatsächlich weder mündlich noch schriftlich geschlossen wurde. Der Kläger nahm ein etwaiges schriftliches Vertragsangebot des Beklagten gemäß Anlage K2 (Bl. 10–14 d. A.) unstreitig nicht an – ungeachtet dessen bereits erfolgt gewesener Gegenzeichnung durch den Nebenintervenienten für den Beklagten oder als reiner Entwurf/Vorschlag, was streitig geblieben ist –.

b) Allerdings waren sich die Parteien während des Rechtsstreits, ebenso noch im anfänglichen Stadium des Berufungsverfahrens, in der Sache im Ergebnis einig, dass die vom Kläger selbst erstellte und paraphierte „Mandatsvereinbarung“, datiert vom 07.09.2006 (u. a. Anl. B2, Bl. 56/57 d. A.), – nebst dem ebenfalls vom 07.09.2006 datierenden und wiederum vom Kläger selbst formulierten und paraphierten „Internen Memo für 1. Bürgermeister Herrn A.“ (u. a. Anl. K10, Bl. 126 d. A.) – inhaltlich Grundlagen der Vertragsbeziehungen der Parteien während der faktisch ca. halbjährigen Vertragsdauer waren. Darauf hat auch das Arbeitsgericht in den Entscheidungsgründen des berufungsgegenständlichen Endurteils vom 05.05.2009 (dort S. 9) – von den Parteien insoweit nicht angegriffen – ausdrücklich abgestellt und ausgeführt, dass die Parteien ihr Dienstverhältnis „entsprechend der Mandatsvereinbarung ... so gelebt“ hätten. Auf diese Mandatsvereinbarung vom 07.09.2006, deren Inhalt, nimmt auch der Kläger noch in der Begründung seiner Berufung ausdrücklich Bezug.

Der Kläger hat auf der Basis dieser „Mandatsvereinbarung“ und des „Internen Memo ...“ jeweils vom 07.09.2006 gegenüber dem Beklagten jeweils abgerechnet, ab 01.08.2006 als dort – und im Vorvertrag vom 26.07.2006 – aufgeführten Vertragsbeginns, er hatte die dort festgehaltene Funktion/Stellung des Sport- und Tourismusdirektors („Beauftragter mit der Beratung und Führung ... (des) Sport- und Tourismusamtes“, Werkleiter nach Kommunalrecht) inne.

c) Damit kam nach Ziffer 6 der „Mandatsvereinbarung“ vom 07.09.2006 auf die Vertragsbeziehung der Parteien „schweizerisches Recht“ zur Anwendung (Art. 27 Abs. 1 EGBGB – da dieser Vertrag vor dem 17.12.2009 geschlossen wurde, fand noch nicht die VO (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht – sog. ROM I-VO- – Anwendung: Art./Nr. 28 ROM I-VO).

Eine solche vertragliche Rechtswahl war, wie die Berufungskammer bereits im Hinweisbeschluss vom 08.07.2010 ausgeführt hat (dort unter Ziffer 1 lit. b) und was in der Folge von den Parteien auch nicht – nicht einmal vorsorglich – in Zweifel gezogen wurde, ohne weiteres zulässig (Art. 27 Abs. 1 S. 1 bis S. 3, Abs. 4, Art. 29 Abs. 3, Art. 11 EGBGB).

Dass diese Rechtswahl zum Entzug zwingender Bestimmungen des deutschen Arbeitsrechts geführt hätte (Art. 30 Abs. 1 und Abs. 2 EGBGB), ist nicht erkennbar (vgl. auch die Ausführungen unter Ziffer I.2. des Sachverständigengutachtens vom 09./17.11.2011, dort S. 3 / 4 – dazu nachfolgend -).

Damit richten sich die Auslegung, die Erfüllung und Schadensersatzfolgen sowie die Verjährung von Schadensersatzansprüchen aus diesem Vertrag – einschließlich der Folgen der Verletzung des Aufhebungsvertrages vom 26.01.2007 – nach schweizerischem Recht (§ 32 Abs. 1 EGBGB).

Zwar gilt im Rahmen des streitgegenständlichen Schadensersatzanspruches, damit auch für die Beweislast, schweizerisches materielles Zivilrecht als lex fori (§ 32 Abs. 3 EGBGB) – nicht jedoch hinsichtlich des Beweismaßes, das nach, zutreffender, herrschender Ansicht zur Tatsachenermittlung und zum Verfahrensrecht gehört, weshalb auch hier die §§ 286 und 287 der deutschen ZPO gelten (vgl. die überzeugenden Ausführungen unter Ziffer I.3. d – S. 5 f - des Sachverständigengutachtens vom 09./17.11.2011 – siehe auch Art. 32 Abs. 1 Nr. 3 letzter Halbsatz EGBGB).

d) Die Ausführungen des Sachverständigengutachtens vom 09./17.11.2011 zum Inhalt des einschlägigen Schweizer Schadensersatzrechtes im dortigen Obligationenrecht sind nach Auffassung der Berufungskammer inhaltlich und nach ihrer wissenschaftlichen Begründung ausführlich und überzeugend und deshalb hier zugrunde zu legen.

e) Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die deshalb maßgeblichen Vorschriften des materiellen Schadensersatzrechtes – Obligationenrechtes – der Schweiz, einschließlich der Beweislastregelung gemäß Schweizer Recht, offensichtlich keine entscheidungserheblichen inhaltlichen Unterschiede zum deutschen Zivilrecht – hier: §§ 280 Abs. 1, 276 Abs. 1, 249 f BGB – aufweisen, weshalb auch bei Anwendung deutschen Zivilrechts offenbar im wesentlichen die gleiche rechtliche Beurteilung durch das Gericht wie nachfolgend nach Maßgabe des schweizerischen Zivilrechtes – Obligationenrechtes – geboten gewesen wäre.

2. a) Die Haftung des Beklagten dem Grunde nach folgt daraus, dass dessen früherer erster Bürgermeister und jetziger Streithelfer (Nebenintervenient) bei einem Informationsabend des Hotel- und Gaststättenverbandes (BHG) A-Stadt, öffentlich und in

Anwesenheit von Pressevertretern, sich hinsichtlich der Person des Klägers dahin geäußert hat, dass – so der weder vom Beklagten noch dem Nebenintervenienten A. wenigstens in Details dementierte, damit unstrittige, Inhalt des ausführlichen Presseberichtes des „Allgäuer Anzeigblattes“ vom 02.04.2007 (Anl. K9, Bl. 32 d. A. – das „Allgäuer Anzeigblatt“ ist nach den ergänzenden Ausführungen der Parteien im Berufungsverfahren die dort weit verbreitete Lokal-/Regionalausgabe der „Augsburger Allgemeinen“ als, gerichtsbekannt, großer und auflagenstarker Regionalzeitung, der genaue Zeitpunkt des betreffenden Informationsabends des Hotel- und Gaststättenverbandes ist weder von den Parteien vorgetragen noch aus dem Presseartikel unmittelbar zu entnehmen, dürfte jedoch auf Ende März 2007 zu datieren sein, nachdem dieser Pressebericht unbestritten am (Montag, den) 02.04.2007 erschienen ist) – der Kläger „administrativ und organisatorisch nichts auf die Reihe gebracht“, das gewachsene Team der Kurverwaltung „schwindlig gespielt“ habe, und der damalige erste Bürgermeister und Nebenintervenient des vorliegenden Verfahrens deshalb „letztendlich die Reissleine ziehen“ habe müssen: „G. ist als Ankündigungs-Weltmeister gestartet und letztendlich als Umsetzungszwerg gelandet“ - letzteres dort als plakativ herausgehobenes Zitat in einem gesonderten Bild festgehalten.

aa) Dadurch haben der damalige erste Bürgermeister des Beklagten und dessen hiesiger Streithelfer gegen die Schweigepflichtsvereinbarung im Aufhebungsvertrag vom 26.01.2007 verstoßen. Dort war ausdrücklich und unmissverständlich („wechselseitig“) vereinbart, über den Inhalt dieser Vereinbarung und, insbesondere, „etwaige Gründe, die zum Abschluss dieser Aufhebungsvereinbarung geführt haben, stillschweigen zu wahren“.

Der ehemalige erste Bürgermeister des Beklagten und Nebenintervenient hat durch diese öffentlichen Äußerungen am Informationsabend des Hotel- und Gaststättenverbandes A-Stadt Ende März 2007 diese Schweigepflichtsbestimmung in der Aufhebungsvereinbarung vom 26.01.2007 verletzt, weil er sich hier in eindeutiger und inhaltlich unmissverständlicher Form über den Nebenintervenienten des vorliegenden Verfahrens und vor allem über die Gründe dessen Ausscheidens beim Beklagten, die in der Stillschweigensklausel der Aufhebungsvereinbarung ausdrücklich restringiert waren, geäußert hat.

Dass der Nebenintervenient hierüber nicht in Zweifel sein konnte, ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut der vertraglichen Stillschweigensregelung und auch daraus, dass der vorgelegte Zeitungsbericht vom 02.04.2007 sowohl im, dort fettgedruckten, Einleitungsabsatz auf den Bruch des Schweigens des damaligen Bürgermeisters des Beklagten und hiesigen Nebenintervenienten als auch im folgenden Text danach selbst darauf abhebt, dass der Bürgermeister, „sich im Aufhebungsvertrag mit G. zum Stillschweigen über die Trennungsründe verpflichtet“ gesehen habe - was letzteres indiziert, dass der, ggf. der einschlägige, Inhalt des Aufhebungsvertrages vom 26.01.2007 dem Verfasser dieses Presseartikels – uU sogar allgemein - bekannt gewesen sein musste, oder der Nebenintervenient selbst – ggf. dort - hierauf eigens verwiesen haben mag (auch die weiteren vorgelegten Presseartikel vom 27.01.2007 (Anl. SH 7, Bl. 38 d. A. - wiederum offensichtlich des „Allgäuer Anzeigeblasses“ -), also in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss der Aufhebungsvereinbarung vom 26.01.2007, stellen zum Teil heraus, dass laut Aussage des Bürgermeisters des Beklagten mit dem Kläger Stillschweigen über – die Umstände - dessen Ausscheiden(s) vereinbart worden sei).

bb) Für diese, gegen die Stillschweigensregelung gerade hinsichtlich der dort restringierten Gründe für das Ausscheiden des Klägers offensichtlich verstoßenden, Äußerungen des Nebenintervenienten hinsichtlich des Klägers während des Informationsabends des Hotel- und Gaststättenverbandes A-Stadt bestanden keine Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe, wie dieser annehmen will:

Auch wenn, wie er schriftsätzlich ausführen hat lassen, im Gemeinderat und auch in der (Presse-)Öffentlichkeit bereits im Februar 2007 Berichte über das Ausscheiden des Klägers, als solches, vorhanden gewesen seien (Presseartikel in den Anlagen SH 1 bis SH 7, Bl. 374 bis Bl. 380 d. A.), waren damit offensichtlich keine konkreten Vorwürfe zumal über/gegen den Kläger präsent, solche sind auch den vorgelegten Zeitungsartikeln nicht zu entnehmen.

Dass der erste Bürgermeister des Beklagten sein Schweigen „in einer Art Notwehr“ gebrochen habe, weil er, und der Beklagte, in der Presse „heftigst angegriffen“ worden sei, seine Äußerungen dort deshalb „eine absolut adäquate Reaktion auf die vom Kläger entfesselte Pressekampagne“ gewesen seien, wie er ausführen lässt, ist nachgerade

abwegig - weder ist den hierzu vorgelegten Presseartikeln aus (ca.) Februar 2007 überhaupt eine „Kampagne“, gegen ihn und/oder den Beklagten, zu entnehmen noch bestünden selbst dann Anhaltspunkte dafür, dies hätte der Kläger selbst initiiert – inszeniert -. Die vorgelegten Zeitungsartikel enthalten lediglich allgemeine Berichte über das Ausscheiden des Klägers, zum Teil im Zusammenhang mit offenbar spezifischen Lokalverhältnissen in A-Stadt - auch vor dem Hintergrund offensichtlich ebenfalls nur kurzer Vertragsverhältnisse von Vorgängern des Klägers in der Position des Tourismus- und Sportdirektors -. Dies hatte ersichtlich weder in irgendeiner Weise einen „Kampagnen“-Charakter noch könnte vor dem Hintergrund der Stillschweigensklausel im Aufhebungsvertrag vom 26.01.2007 selbst solches - ebenso wenig der wohl in diesem Zeitraum herausziehende Wahlkampf um das Bürgermeisteramt, auf den ebenfalls Bezug genommen ist – zumal vor dem Hintergrund der aufhebungsvertraglichen Stillschweigensklausel derartige Äußerungen des ersten Bürgermeisters und Streithelfers hier, solche öffentlichen Invektiven und unsachlichen Sottisen hinsichtlich der Person des Klägers und der Umstände seines Ausscheidens beim Beklagten wie diejenigen beim Informationsabend des Hotel- und Gaststättenverbandes in irgendeiner Weise rechtfertigen oder entschuldigen.

b) Diese Äußerungen muss der Beklagte sich auch nach schweizerischem Obligationenrecht zurechnen lassen.

Das Sachverständigengutachten vom 09./17.11.2011 hat nach Auffassung der Berufungskammer überzeugend ausgeführt (dort unter II.1., S. 8, Bl. 670 d. A.), dass es im schweizerischen Obligationenrecht keine mit § 31 BGB vergleichbare Zurechnungsnorm gebe, weshalb für die vertragliche Zurechnung von Organ(wohl)verhalten die Regeln über den Vertragsschuldner selbst gelten.

c) Das Verschulden des ehemaligen ersten Bürgermeisters des Beklagten und dessen Streithelfers hier, das auch bei einem Verstoß gegen vertragliche Unterlassungspflichten erforderlich ist (Art. 99 Abs. 1 OR, vgl. S. 9 des Sachverständigengutachtens vom 09/17.11.2011, Bl. 671 d. A.), liegt vor - ist indiziert, nachdem, wie vorstehend zur Frage des Vorliegens etwaiger Rechtfertigungs- und/oder Schuldausschließungsgründe ausgeführt ist, solche des handelnden Nebenintervenienten nicht erkennbar sind.

d) Dadurch wurden zur Überzeugung der Berufungskammer der berufliche Ruf des Klägers, sein berufliches/professionelles Ansehen in der – zweifellos überschaubaren - einschlägigen Branche herausgehobener Tourismus- und Sportmanager innerhalb der Länder des Alpenraums schwerwiegend verletzt - im Ergebnis massiv beeinträchtigt, wenn nicht, im Ergebnis, partiell zerstört. Die, ins weit Unsachliche triftenden, zum Teil drastischen Sottisen des ehemaligen ersten Bürgermeisters des Beklagten und Nebenintervenienten des vorliegenden Verfahrens über den Kläger und die Umstände seines Versagens bei seiner Tätigkeit beim Beklagten, die zum Ausscheiden des Klägers geführt hätten (weshalb der erste Bürgermeister „letztendlich die Reißleine ziehen“ habe müssen, so der Zeitungsbericht vom 02.04.2007), haben zur Überzeugung der Berufungskammer kausal dazu geführt, dass der Kläger innerhalb des hier streitgegenständlichen Zeitraum von etwa zwei Jahren nach seinem Ausscheiden, bis Frühjahr 2009, keine adäquate Anschlussstätigkeit - wo, in welcher Funktion und in welcher vertraglichen Form auch immer - finden konnte.

Die Zeugin C. hat bei ihrer Einvernahme vor der Berufungskammer ausgesagt, dass sie, in ihrer Funktion als Inhaberin und Geschäftsführerin der Firma Leader's Solutions AG in C-Stadt mit der dortigen Position eines Executive Search Consultant und dem Tätigkeitsinhalt der Vermittlungen hochqualifizierten Führungspersonals, den Kläger neu positionieren habe sollen, nachdem das regionale Arbeitsvermittlungsamt Luzern der Schweiz erfolglos geblieben sei. Der Kläger sei, auch aufgrund seiner vorherigen Tätigkeiten, in der Schweiz „eine Persönlichkeit und sehr bekannt“, die Schweiz sei ein kleines Land, wo man sich gerade im Tourismussektor kenne. Bei ihren Vermittlungsbemühungen für den Kläger habe sich herausgestellt, dass „Jedermann“ bereits aus dem Internet gewusst habe, dass der Kläger in A-Stadt aus irgendwelchen Gründen gescheitert und dort ausgeschieden gewesen sei, dass bekannt gewesen sei, dass „dieser Artikel in einer Zeitung in A-Stadt“ gestanden habe und herumgetragen worden sei. Die Zeugin habe bei ihren Vermittlungsbemühungen von potentiellen Arbeitgebern regelmäßig die Antwort erhalten, dass der Kläger nach dem A-Stadt-Schlamassel nicht mehr eingestellt würde - „niemand will ja einen „Umsetzungszwerg“ haben“. Die Zeugin hat die abschließende Frage des Gerichts danach, ob nach ihrer professionellen Einschätzung (Erfahrung) davon auszugehen gewesen wäre, dass der Kläger schneller eine Anschlussbeschäftigung gefunden hätte, wenn sich die inkriminierte Diktion der im Artikel der Allgäuer Lokalzeitung hin-

sichtlich der Person des Klägers („Ankündigungsweltmeister ...“) zitierten Sottisen des hiesigen Nebenintervenienten nicht innerhalb der entsprechenden Tourismuskreise in der Schweiz verbreitet gehabt hätten, damit beantwortet, dass dies „auf jeden Fall“ der Fall gewesen wäre.

(Sitzungsniederschrift vom 27.05.2010, dort S. 5 f, Bl. 507/511 f d. A.).

Die Aussage der Zeugin C. war für die Berufungskammer uneingeschränkt glaubhaft. Die Aussage war ruhig, überlegt und souverän artikuliert vorgetragen, differenziert und - entgegen der Einschätzung des Beklagten in seiner nachfolgenden schriftsätzlichen Stellungnahme hierzu – inhaltlich konsistent und ohne erkennbare Widersprüche. Auch der Eindruck der Berufungskammer von der Person der Zeugin und dem Stil und Ablauf ihrer Aussage kann kein Zweifel hinsichtlich deren Glaubhaftigkeit und/oder der Glaubwürdigkeit der Zeugin begründen.

Zwar war diese Zeugin mit der Vermittlung des Klägers beauftragt, wie in ihrem zuvor vorgelegten Schreiben an den Kläger vom 25.11.2008 („Neupositionierung“, Anl. K11, Bl. 223/224 d. A.) zum Ausdruck gebracht. Dass ihre Aussage jedoch mit dem Vorbringen des Klägers „gleichgeschaltet“ gewesen wäre und die Zeugin den Eindruck vermittelt hätte, ihr „Vorbringen“ sei dasjenige „eines zweiten Anwalts des Klägers“ gewesen, wie dies der Nebenintervenient in seiner schriftsätzlichen Stellungnahme hierzu einschätzen wollte, ist annähernd abwegig. Die Zeugin hat mit erkennbarer, gebotener, Distanz ihre tatsächlichen Wahrnehmungen hinsichtlich einer Vermittelbarkeit des Klägers nach dem streitgegenständlichen Geschehen im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis des Klägers in/beim Markt A-Stadt überzeugend bekundet.

Hiernach kann am Vorliegen der haftungsbegründenden Kausalität kein Zweifel bestehen.

e) Auch die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des Nebenintervenienten durch Verletzung der Schweigepflichtsverpflichtung in der Aufhebungsvereinbarung vom 26.01.2007 und einer, dadurch, verzögerten Aufnahme einer Nachfolgetätigkeit und dem damit verbundenen Vermögensnachteil des Klägers als Schaden lag vor.

Hier, wie bei der Schadenshöheermittlung, gilt nicht das zum materiellen - hier damit schweizerischen - Zivilrecht (Obligationenrecht) gehörende, aus der Beweislast des Klägers abzuleitende, Strengbeweisverfahren, sondern das, verfahrensrechtliche, Beweismaß des § 287 Abs. 1 BGB (siehe die einschlägigen, überzeugenden, Ausführungen unter I. 3. d – S. 5 f/Bl. 667 f d. A. - des Sachverständigengutachtens vom 09./17.11.2011).

Nach § 287 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO ist beim Streit darüber, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich dieser oder ein zu ersetzendes Interesse belaufen, hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung des Gerichts zu entscheiden, wobei dieses auch das Ermessen hat, ob und inwieweit es eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige hierzu anordnen will (vgl. hierzu näher auch Maniotis, ZZP 2012, S. 41 f, m.w.N.).

Dass durch diese bei einem, unzweifelhaft öffentlichen, Informationsabend des Hotel- und Gaststättenverbandes in Anwesenheit der Presse in A-Stadt Ende März 2007 erfolgten Äußerungen des Nebenintervenienten und damaligen ersten Bürgermeisters des Beklagten A. hinsichtlich der Person des Klägers und dessen beruflichen Versagens, vor allem der Gründe für sein Ausscheiden, dessen kurz- und mittelfristige beruflichen Perspektiven in entscheidender Weise beeinträchtigt wurden, liegt für die Berufungskammer selbst außerhalb einer durch § 287 Abs. 1 ZPO möglichen Einschätzung im Rahmen eines Strengbeweisverfahrens, grundsätzlich und vor allem im Zusammenhang mit dem Ergebnis der Aussage der Zeugin C., auf der Hand. Angesichts der glaubhaften Aussage der Zeugin C. (s. o.) gewinnen die vom Kläger in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 18.03.2009 (dort S. 5 f, Bl. 263/267 f d. A.) umfangreich aufgelisteten (ca. 123) Bewerbungen im Zeitraum von April 2007 bis Anfang 2009 zur Überzeugung der Berufungskammer erhebliche Bedeutung. Auch wenn der Beklagte, und dessen Streithelfer, die vom Kläger aufgelisteten zahlreichen Bewerbungen in diesem Zeitraum bestritten haben, ist hierbei doch maßgeblich zu berücksichtigen, dass nach glaubhafter Aussage der Zeugin C., die den Inhalt ihrer schriftlichen Mitteilung an den Kläger vom 25.11.2008 bestätigt hat, auch die Zeugin selbst eine Reihe von (vergeblichen) Vermittlungsbemühungen für den Kläger unternommen habe und dies jeweils - jedenfalls vor allem - an den großflächig bekanntgewordenen, auch bei den, hierbei üblichen, Eigenrecherchen der Stellenanbieter

insbesondere im Internet auffindbaren, Veröffentlichungen über den Kläger, beruhend auf den in der Presse wiedergegebenen Aussagen des ehemaligen ersten Bürgermeisters des Beklagten und Nebenintervenienten beim Informationsabend des Hotel- und Gaststättenverbandes A-Stadt Ende März 2007 („Ankündigungs-Weltmeister“ und „Umsetzungszwerg“ ...), gescheitert sei, zumal die Tourismusindustrie in der, überschaubaren, Schweiz „klein“ sei. Nach ihrer oben bereits in Bezug genommenen Aussage - auf die dortige Frage des Gerichts - hätte der Kläger ohne eine solche Bewertung seiner Person wie der hier Anfang April 2007 als die des Nebenintervenienten veröffentlichten und verbreiteten „auf jeden Fall“ schneller eine anderweitige Beschäftigung gefunden.

Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 22.03.2010 im Berufungsverfahren auch lediglich in acht von (ca.) 123 vom Kläger erstinstanzlich tabellarisch aufgelisteten Bewerbungen eine (haftungsausfüllende) Kausalität zwischen diesen in der Presse veröffentlichten Äußerungen des damaligen ersten Bürgermeisters des Beklagten und einer Nichtberücksichtigung einer Bewerbung des Klägers dort - bereits eine vorhandene Kenntnis dieser Bewerbungsempfänger hierzu - bestritten. Woher der Beklagte jeweils seine Kenntnis über eine fehlende Kenntnis sämtlicher (Organ-)Vertreter auch großer Touristikunternehmen (Arosa Tourismus, Jungfraubahn, „Hochschwarzwald“ ...) hinsichtlich des Pressebereichs zur Person des Klägers und dessen Ausscheiden beim Beklagten erlangt haben will, legt dieser in keinem der von ihm aufgelisteten acht Fälle offen (!) - weshalb dies als Bestreiten eher ins Blaue hinein betrachtet werden könnte.

Dass der Kläger, mit seinem unbestreitbaren beruflichen Hintergrund und seiner professionellen Vita - Vorbeschäftigungen -, nach seinem Ausscheiden beim Beklagten Ende Februar 2007 jedenfalls in nicht unerheblichem Umfang, forcierte Bemühungen zur beruflichen Neuorientierung unternommen, er sich anderweitig beworben haben wird, war in seinem ureigensten Interesse und liegt für die Berufungskammer auf der Hand - alles andere wäre nicht nur im Hinblick auf seine persönliche finanzielle Situation, sondern auch für seine weiteren beruflichen Perspektiven praktisch und nach der Lebenserfahrung unnachvollziehbar.

Deshalb kann am Vorliegen der haftungsausfüllenden Kausalität zwischen Rechtsgutverletzung und einem Vermögensnachteil - Schaden - des Klägers nach Maßgabe der

Grundsätze des § 287 Abs. 1 ZPO zur Überzeugung der Berufungskammer kein Zweifel bestehen.

f) Ausgehend von den herabgesetzten Beweismaßanforderungen des § 287 Abs. 1 ZPO muss auch von einem hierdurch verursachten Vermögensschaden des Klägers ausgegangen werden:

Unter Zugrundelegung der glaubhaften Aussage der Zeugin C. sowie den, jedenfalls nicht unnachvollziehbar, aufgelisteten mindestens (sehr) zahlreichen Bewerbungen des Klägers im streitgegenständlichen etwa zweijährigen Zeitraum nach seinem Ausscheiden beim Beklagten zum 28.02.2007 ist es jedenfalls (sehr) wahrscheinlich, wenn nicht annähernd zwingend, dass er in diesem Zeitraum eben wegen der inkriminierten öffentlichen Äußerungen des ehemaligen ersten Bürgermeisters des Beklagten und dessen Streithelfer im vorliegenden Verfahren zunächst keine (adäquate) Anschlussbeschäftigung gefunden hat.

g) Bei der Schadenshöhe ist im Rahmen der Schätzungsgrundsätze beim Beweismaß in § 287 Abs. 1 ZPO von Folgendem auszugehen.

aa) Zum einen kann der Kläger bei seiner Schadensberechnung nicht, wie erfolgt, annähernd unbesehen von einer Jahresvergütung von 135.000,-- € (brutto) - entsprechend 200.000,-- Schweizer Franken (CHF), so seine eigene Umrechnung -, wie im Vorvertrag der Parteien vom 26.07.2006 festgehalten, ausgehen: Hier war ein Gesamtvergütungspaket in dieser Höhe, inklusive einer „leistungs- und erfolgsabhängigen Komponente“, geregelt. Letzterer Vergütungsparameter war jedoch - hinsichtlich einer absoluten (Maximal-)Höhe oder als prozentualer Gehaltsbestandteil - weder quantifiziert noch konnte der Kläger angesichts des dort inhaltlich doppelt eingeschränkten variablen Entgeltbestandteils - „leistungsabhängige“ und „erfolgsabhängige“ Komponente - damit ohne Weiteres, hinsichtlich der Ziele einer hiernach festzulegenden Zielvereinbarung in zweifacher Höhe etwa im Rahmen einer Boni- oder Tantiemeregulung, von einer zwingend einhundertprozentigen Zielerreichung und deshalb dem vollen Anspruch ausgehen.

Der Kläger bezieht sich in der Begründung seiner Berufung vom 01.12.2009 (Bl. 407 f d. A.) auch auf den Inhalt des Vertragsentwurfes/-angebotes des Beklagten (Anl.

K2), den er nach seinen vorigen Ausführungen nicht allein oder auch nur vorrangig wegen der dortigen Gehaltsregelung - Fixum 90.000,-- €/Jahr, leistungs- und erfolgsabhängige „Prämie“ von 45.000,-- €/Jahr bei einhundertprozentiger Zielerreichung (Anl. 2 hierzu, Bl. 13/Rückseite d. A.) - abgelehnt habe.

Ausgehend von in der Praxis verbreiteten, wenngleich branchen- und hierarchie-mäßig gerichtsbekannt sehr unterschiedlich ausgestalteten, Vertragsregelungen zu variablen Vergütungsbestandteilen und deren im Einzelfall differenzierte Voraussetzungen mag hier nach Ansicht der Berufungskammer im Rahmen einer vorläufigen Schätzung/Bewertung von einer Grundvergütung von 93.000,-- € (12 x 7.750,-- €/Monat, wie vom Kläger in der „Mandatsvereinbarung“ - inklusive Spesen ... !, s. u. - und im „internen Memo“ jeweils vom 07.09.2006 selbst festgehalten) und damit von einer variablen Bezü- gekomponente von insgesamt (135.000,-- € abzüglich 93.000,-- € =) 42.000,-- € (entspre- chend ca. 32 % oder knapp einem Drittel eines solchen Gesamtvergütungspaketes) aus- gegangen werden und bei, angenommen, wiederum zwei Dritteln eines gesamten Zieler- reichungsgrades hinsichtlich beider - additiver (!) - Leistungskomponenten von einem rea- listisch erzielbaren Gesamt-Jahresgehalt von ca. 120.000,-- €.

bb) Ausgehend von den Angaben des Klägers in seiner tabellarischen Auflistung der unternommenen Bewerbungen im zweijährigen Zeitraum ab März 2007 ist in diesem Zu- sammenhang weiter festzuhalten, dass

- in die höchste dort genannte Gehaltsklasse „A“, mit einem Gehalt von über 260.000,-- CHF/Jahr: keine der beworbenen Stellen,
- in die (zweithöchste) Gehaltsklasse „B“, mit einem Gehalt zwischen 220.000,-- und 260.000,-- CHF/Jahr: neun Stellen (mit dem Schwerpunkt im Anfangsbereich die- ses Zeitraums) sowie weitere (ca.) neun Stellen in eine Gehaltsklasse „B bis C“ („B bis E“)
- in die nächsthöhere Gehaltsklasse „C“, mit einem Gehalt zwischen 180.000,-- bis 220.000,-- CHF/Jahr, ca. 38 Stellen zzgl. ca. 19 Stellen in einem Gehaltsband: „C bis D“ („C bis E“) (und weitere ca. neun Stellen in die Gehaltsklasse „B bis C“ bzw. „B bis E“),

- in das nächste Gehaltsband „D“, mit einem Gehalt von 140.000,-- bis 180.000,-- CHF/Jahr, ca. 26 Stellen zzgl. ca. drei Stellen im Gehaltsband: „D bis E“ sowie ca. 19 Stellen in das Gehaltsband „C bis D“ bzw. „C bis E“ bzw. „B bis E“,
- in die Gehaltsklasse „E“, mit einem Gehalt zwischen 100.000,-- bis 140.000,-- CHF/Jahr, ca. zehn Stellen sowie ca. 15 Stellen in Gehaltsbänder „E bis F“ bzw. „B bis E“,
- in die Gehaltsklasse „F“, mit einem Gehalt von unter 100.000,-- CHF/Jahr, eine Stelle und ca. drei Stellen in den Gehaltsrahmen unter Einschluss der Gehaltsklasse „E bis F“

fielen.

Hieraus errechnet sich, ausgehend vom arithmetischen Mittelwert der einzelnen Gehaltsklassen (bei Gehaltsklasse „C“: somit 200.000,-- CHF/Jahr) und deren proportionaler Gewichtung unter Verteilung der Zahl der aufgelisteten Bewerbungen auf die einzelnen Gehaltsklassen, ein Medianwert von etwa 170.000,-- CHF/Jahr bis ca. 175.000,-- CHF/Jahr. Dies entspricht bei einem vom Kläger zugrunde gelegten (damaligen) Umrechnungskurs (200.000,-- CHF = ca. 135.000,-- €) einem Betrag von ca. 115.000,-- bis 118.000,-- €/Jahr (brutto).

cc) Andererseits kann, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, hierbei nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Kläger sowohl in der von ihm formulierten „Mandatsvereinbarung“ als auch in seinem „Internen Memo“ jeweils vom 07.09.2006, die nach seinen Einlassungen im Rahmen seiner Parteianhörung in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren zuletzt auf der Grundlage einer entsprechenden Absprache mit dem ersten Bürgermeister des Beklagten und dessen Streithelfer im vorliegenden Berufungsverfahren gefertigt worden seien, selbst ein Honorar (ohne erfolgs-/leistungsabhängige Komponente) von lediglich ca. 3.300,-- €/Monat - nebst überwiegender Spesen (Übernachtungs-, Essens-, Telekommunikationspauschalen und Fahrtkostenentschädigung) von insgesamt ca. 4.450,-- €/Monat - zugrunde gelegt hat (weil er, nach den Angaben im „Internen Memo für den ersten Bürgermeister ...“, wegen seines Lohnstreits mit seinem alten Arbeitgeber versuchen müsse, „die Beratungskosten möglichst tief zu halten“ – sic !, seine Einlassungen und Erklärungen hierfür in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren im Rahmen seiner Parteianhörung klangen etwas anders ...).

Auch wenn es sich hierbei in nahezu offensichtlicher Weise um die Verschleierung von (einkommenssteuerpflichtigen, wohl auch anderweitig anrechenbaren) Vergütungsbestandteilen durch Deklaration als (pauschalen) Spesen/Aufwendungs-/Auslagenersatz handelte, muss der Kläger sich jedoch, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, in gewisser Weise hieran festhalten lassen: Er kann nicht, geleitet vom jeweiligen Maximierungsinteresse, - in vorgetragener ausdrücklicher Absprache mit dem damaligen gesetzlichen Vertreter des Beklagten und Nebenintervenienten im hiesigen Verfahren - zum einen sein (Grund-)Gehalt auf ca. 40.000,-- €/Jahr minimieren (im Übrigen Auslagen in Anspruch nehmen) und zum anderen hier gleichzeitig ohne weiteres von einem Vergütungspaket in der ursprünglich avisierten Gesamthöhe von ca. 135.000,-- € (brutto) ausgehen wollen. Dies müsste den Einwand von Treu und Glauben (§ 242 BGB) - widersprüchliches Verhalten, unzulässige Rechtsausübung - begründen.

Hiernach mag es im Rahmen der Schadensschätzungsgrundsätze des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO, außerhalb des Strengbeweisverfahrens, bei einem Ansatz von ca. 50 % der virtuos verrechneten Spesen/Auslagen als schadensersatzfähigen Vermögensnachteils bleiben - somit von einem Gesamtgehalt, ohne variable Bezügebestandteile, von ca. 65.000,-- € (brutto)/Jahr auszugehen sein.

dd) Das dem Kläger während des Forderungszeitraum gezahlte schweizerische Arbeitslosengeld („Taggeld“) ist dagegen nach seinem Sinn und Zweck, auch seiner unstreitigen Teilfinanzierung durch Eigenbeiträge des Klägers, nicht im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen. Solche Leistungen dienen grundsätzlich dazu, den Geschädigten zu unterstützen, und sollen nach ihrem Zweck nicht – auch – den Schädiger entlasten. Nach deutschem Recht würde sich eine Saldierung mit Arbeitslosengeld im Wege der Vorteilsausgleichung bereits aufgrund des gesetzlichen Anspruchsübergangs gemäß § 116 SGB X verbieten (vgl. etwa Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, Vorb v § 249 Rz. 85; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, § 249 Rz. 123, m.w.N.).

Allerdings sind die eingeräumten Einkünfte des Klägers im streitgegenständlichen Forderungszeitraum aus einer selbstständigen Tätigkeit für die Skigebiete der „Aletsch Arena“ („Bettmeralp“ ?) im Zeitraum von September 2007 bis Januar 2008 in Höhe von ca. 30.000,-- € zu berücksichtigen, auch wenn der Kläger deshalb in diesem Zeitraum

kein Arbeitslosengeld nach Schweizer Recht erhalten hat. Die Nichtberücksichtigung von Arbeitslosengeld, auch nach Schweizer Recht, im Wege der Vorteilsausgleichung überhaupt schließt es nicht aus, unmittelbare Dritteinkünfte, die der Kläger im Schadensersatzzeitraum erzielen konnte, im Rahmen der Schadensberechnung/-schätzung zu berücksichtigen - hierbei handelt es sich um unterschiedliche Zwecksetzungen. Der schadensersatzrechtlich relevante Vermögensverlust des Klägers im streitgegenständlichen zweijährigen Zeitraum ist sein Nettoverlust, also nach erfolgter Saldierung mit in diesem Zeitraum anderweitig erzielten Einkünften.

ee) Nach allem und insgesamt hält die Berufungskammer einen Vermögensverlust des Klägers und damit ersatzfähigen Schaden nach Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 99 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 43 Abs. 1 OR in Höhe von 100.000,- € für im Rahmen der Grundsätze des § 287 Abs. 1 ZPO deshalb für angemessen und sachgerecht geschätzt.

3. Die Schadensersatzansprüche des Klägers waren nicht verjährt. Nach den überzeugenden Ausführungen im Sachverständigengutachten vom 09./17.11.2011 verjähren Schadensersatzansprüche aus Art. 98 Abs. 2 OR gemäß Art. 127 OR mit Ablauf von zehn Jahren, was auch hier zur Anwendung kommt.

4. Deshalb war auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts Kempten vom 05.05.2009 entsprechend zu ändern, weshalb die Berufung des Beklagten gleichzeitig zurückzuweisen war.

III.

Die, hiernach geringfügig zu ändernde, Kostenverteilung des erstinstanzlichen Verfahrens und die Aufteilung der Kosten des Berufungsverfahrens richten sich nach §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 97 Abs. 1 und 100 Abs. 1 (Kosten der Nebenintervention) ZPO.

IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen gemäß § 72 a ArbGG beide Parteien hingewiesen werden, zulassen sollte.

Burger

Herbst

Peter