

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 370/10

17 Sa 1133/08

Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
26. September 2012

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

1.  
Streitverkündeter zu 1.,
  
2.  
Streitverkündeter zu 2.,
  
3.  
Streitverkündeter zu 3.,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. September 2012 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann als Vorsitzenden, die Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richter Baschnagel und Fluri für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. Februar 2010 - 17 Sa 1133/08 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision und die Kosten der Streitverkündeten zu 1., zu 2. und zu 3. zu tragen.

**Von Rechts wegen!**

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Wechsel einer Vielzahl von Arbeitnehmern von der Klägerin zur Beklagten. 1

Die Klägerin ist ein Unternehmen der Verkehrswegebaubranche. Sie gehörte dem W-Bau-Konzern an und war mit der Muttergesellschaft, der W Bau AG, wirtschaftlich über einen Cash-Pool verbunden. Die W Bau AG geriet im Jahr 2004 in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die Klägerin konnte ab Mitte 2004 Rechnungen nicht mehr vollständig begleichen, auf Baustellen traten organisatorische und logistische Schwierigkeiten auf. Die Auszahlung der Arbeitsentgelte im Januar 2005 verzögerte sich. Im Dezember 2004 kündigte die Klägerin den Cash-Pool. 2

Am 1. Februar 2005 stellte die W Bau AG einen Insolvenzantrag, am 1. April 2005 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Zum 14. Februar 2005 wurde die Klägerin zusammen mit weiteren Gesellschaften an den S-Konzern verkauft. 3

Auch die Beklagte war am Erwerb der Klägerin interessiert gewesen. Nach dem Scheitern der Verhandlungen entschloss sie sich, eine eigene Verkehrswegebauengesellschaft zu gründen. Mit dem Streitverkündeten zu 1., zuvor Mitglied im Aufsichtsrat der W Bau AG und später ihr Berater, dem Streitverkündeten zu 2., dem technischen Leiter der D Niederlassung der Klägerin, dem Streitverkündeten zu 3., dem kaufmännischen Leiter dieser Niederlassung und mit weiteren Mitarbeitern der Klägerin schloss sie Dienst- und Arbeitsverträge. Ab Anfang März 2005 gab es mehrere Treffen zwischen den Streitverkündeten und Mitgliedern der Führungsebene der Beklagten sowie zwischen den Streitverkündeten zu 2. und zu 3. und weiteren Führungskräften der Klägerin. Dabei wurden formularmäßige Einstellungszusagen der Beklagten ausgehändigt und ausgefüllt. Der Austausch der Einstellungszusagen mit der Beklagten erfolgte unter Mithilfe der Sekretärinnen der Streitverkündeten zu 2. und zu 3. Bis zum 31. März 2005 kündigten 25 und bis zum 31. Mai 2005 4

weitere 32 Mitarbeiter der Klägerin ihr Arbeitsverhältnis und wechselten im Laufe des Jahres zur Beklagten. Weitere 47 Arbeitnehmer gingen zu anderen Arbeitgebern. Insgesamt reduzierte sich die Belegschaft der Klägerin von 1.329 Mitarbeitern zum Stichtag 31. Dezember 2004 auf 1.101 Mitarbeiter zum Stichtag 31. Dezember 2005. Im Zusammenhang mit dem Wechsel der Mitarbeiter zur Beklagten wurden Daten der Klägerin gelöscht und für die Beklagte genutzt. Bei einer von der Staatsanwaltschaft veranlassten Durchsuchung von Büroräumen der Beklagten wurden Kalkulations-, Projektsteuerungs- und weitere Unterlagen der Klägerin gefunden. In einer E-Mail eines Mitglieds der Führungsebene der Beklagten an den Vorstandsvorsitzenden der Beklagten vom 15. März 2005 heißt es:

„... Der Ball rollt weiter und wir haben heute sechs weitere Schlüsselpersonen wie Kalkulatoren, Arbeitsvorbereiter etc. ... verpflichtet. Übrigens, die zukünftige Geschäftsführung arbeitet nun (noch informell) mit Volldampf an der Sache. ...“

Am 21. April 2005 wurde die Verkehrswegebaugesellschaft der Beklagten ins Handelsregister eingetragen. Am 3. Mai 2005 reichte sie ein vollständig kalkuliertes Angebot auf eine Ausschreibung zum Bau der Bundesautobahn A 72 ein. Vorarbeiten hierzu wurden mit Hilfe eines Laptops des Streitverkündeten zu 2. sowie einer Baugeräteliste der Klägerin getätigt. Den Zuschlag erhielt weder die Beklagte noch die gleichfalls an der Ausschreibung teilnehmende Klägerin. Am 26. April 2005 stellte die Klägerin die Streitverkündeten zu 2. und zu 3. von der Erbringung der Arbeitsleistung frei und kündigte mit Schreiben vom 12. Mai 2005 die Arbeitsverhältnisse fristlos. Am 29. Juni 2005 wurden beide Streitverkündete als Geschäftsführer der neu gegründeten Verkehrswegebaugesellschaft der Beklagten eingetragen.

5

Der Verlust der Klägerin aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit betrug im Jahr 2005 68.759.000,00 Euro und im Jahr 2006 16.767.000,00 Euro.

6

Im Lagebericht der Klägerin für das Jahr 2005 heißt es:

7

„...“

### **Geschäftsergebnis**

Das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit 2005 in Höhe von -68,8 Mio. Euro ist in erheblichem Maße geprägt von indirekten Auswirkungen aus der Insolvenz der ehemaligen Muttergesellschaft W Bau AG, insbesondere von der Verunsicherung bei der Bauherrenschaft und wichtigen Nachunternehmern sowie massiver Abwanderung und Abwerbung von technischem und kaufmännischem Führungspersonal und dem damit verbundenen Know-how. Mehr als die Hälfte der Verluste des Geschäftsjahres 2005 sind auf die Abwertung von Forderungen und laufenden Projekten durch Anpassung an die strengeren Grundsätze der Nachtragsbewertung der S-Gruppe entstanden.

...

Im unverändert schrumpfenden inländischen Baumarkt ging die Bauleistung der H Bau GmbH gegenüber dem Vorjahreswert nochmals um 28,9 Prozent auf 273,4 Mio. Euro zurück.

...

### **Ertragslage**

...

Für die negative Unternehmensentwicklung waren insbesondere die durch die Insolvenz der W-Bau AG entstandenen Unsicherheiten aus konzerninternen Auftragsverhältnissen zur W-Bau-Gruppe, Abwerbung von Führungspersonal durch Wettbewerber, sowie Nachtragsbereinigungen und Leistungskorrekturen im Zuge des S-Erwerbs verantwortlich.

Der Rückgang der Gesamtleistung resultiert zum Teil aus der Anwendung der strengeren Grundsätze der Nachtragsbewertung. Diese führen im Geschäftsjahr 2005 bei laufenden Baumaßnahmen zu deutlich höheren Abwertungen der nicht fertiggestellten Bauarbeiten sowie bei den in 2005 fertiggestellten Projekten zu geringeren Abrechnungserlösen.

Zudem erhöhte sich der Materialaufwand insbesondere aufgrund ungünstigerer Konditionen bei Nachunternehmern durch die Insolvenz der Muttergesellschaft W Bau AG sowie gestiegener Preise auf den Rohstoffmärkten.

...

### **Chancen und Risiken der künftigen Entwicklung**

...

Bei der öffentlichen Hand wuchs die Verunsicherung in Bezug auf Auswertung von Angeboten und Vergabe von Aufträgen genauso wie die Anzahl der Einsprüche gegen beabsichtigte Vergaben. Dies hat zum Teil erhebliche Verzögerungen von Vergaben bis hin zu Aufhebungen von Ausschreibungen vor allem bei Großprojekten zur Folge. Eine fundierte Planung wird für die Bauindustrie immer schwerer.

...

Die wesentlichen Faktoren, die zum negativen Ergebnis in 2005 geführt haben, sind für 2006 nicht zu erwarten. Die Fluktuation in den Direktionen konnte durch qualifizierte Mitarbeiter aus der Muttergesellschaft oder externe Fachkräfte kompensiert werden. ...“

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte habe Führungspersonal aus ihren Niederlassungen unter Mithilfe der Streitverkündeten zu 1., zu 2. und zu 3. in wettbewerbswidriger Schädigungsabsicht abgeworben und sei deshalb zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet. Diesen errechnet sie auf Grundlage der Zielergebnisse für die Jahre 2005 und 2006 von je 963.000,00 Euro und der Beklagten ihrer Auffassung nach zurechenbaren operativen Verlusten von 26.737.000,00 Euro für 2005 und von 17.715.000,00 Euro für 2006 aus den von der Abwerbung betroffenen Niederlassungen. Die Streitverkündeten hätten Unternehmensgeheimnisse der Klägerin für die neue Verkehrswegebaugesellschaft der Beklagten genutzt und dorthin wechselnde Mitarbeiter zur Mitnahme und Nutzung dieser Daten für die Beklagte angehalten. Durch die wettbewerbswidrigen Abwerbungen sei das Know-how des Führungspersonals und damit die Akquisitionsstärke der Klägerin verloren gegangen. In den Niederlassungen D und Dr sei die regionale Präsenz der Klägerin für die Angebotsbearbeitung und Bauausführung nicht mehr gegeben gewesen. Auch die übrigen Niederlassungen seien betroffen gewesen, da sie Aufgaben der von der Abwerbung betroffenen Niederlassungen hätten übernehmen müssen. Die Auftragseingänge seien insgesamt um 37 % zurückgegangen.

8

Auf Grundlage ihres Vortrags müsse eine gerichtliche Schätzung des durch die Abwerbung verursachten Schadens erfolgen. Sonstige Faktoren wie die Insolvenz der Muttergesellschaft hätten die Entstehung des Schadens nicht maßgeblich beeinflusst und könnten ggf. im Rahmen eines Schätzabschlags berücksichtigt werden. Der Schaden könne auch aus dem Substanzverlust des Unternehmens als Folge des Verlusts von Humankapital durch Abwerbung des Führungspersonals ermittelt werden.

9

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

10

die Beklagte zu verurteilen, an sie 46.378.000,00 Euro nebst fünf Prozent Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 27.700.000,00 Euro seit dem 1. Januar 2006 sowie aus 18.678.000,00 Euro seit dem 1. Januar 2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Die gewechselten Mitarbeiter seien bereits entschlossen gewesen, die Klägerin zu verlassen; das bloße Ausnutzen eines Vertragsbruchs sei nicht wettbewerbswidrig. Ursächlich für den Wechsel der Mitarbeiter sei die seit dem Jahr 2004 bestehende wirtschaftliche Krise des W-Bau-Konzerns gewesen; die Situation habe sich für die Mitarbeiter der Klägerin Anfang des Jahres 2005 als existenzbedrohend dargestellt. Die Ängste seien durch Äußerungen des Mehrheitsaktionärs der Käuferin vor Führungskräften der Klägerin am 18. Februar 2005 (*„den Titel Geschäftsführer gibt es nicht mehr“*, *„es wird sicherlich die eine oder andere Träne fließen“*, *„ich brauche Euch nicht“*) noch verstärkt worden. Die kaufmännischen Mitarbeiter seien nur noch mit Krisenmanagement befasst gewesen, da der Betrieb der laufenden Baustellen weitgehend zum Erliegen gekommen sei. Die negativen Betriebsergebnisse der Jahre 2005 und 2006 seien nicht auf die Abwanderung des Personals zurückzuführen. Ausweislich des Lageberichts der Klägerin für 2005 habe es eine Vielzahl von Ursachen hierfür gegeben. Für eine Schätzung eines nur durch Abwanderung des Personals verursachten Schadens gebe es keine greifbaren Anknüpfungspunkte.

11

Das Arbeitsgericht hat die zunächst gegen die Beklagte und die Streitverkündeten zu 1., zu 2. und zu 3. gerichtete Klage abgewiesen. Die nur gegen die Beklagte geführte Berufung blieb ohne Erfolg. Die Beklagte hat in der Berufung den noch erstinstanzlich Mitbeklagten den Streit verkündet. Diese sind dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetreten. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter. 12

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte aus §§ 9, 3 UWG iVm. § 249 ff. BGB. 13

I. Es spricht vieles dafür, in der Form der Abwerbung von Teilen des Führungspersonals der Klägerin eine unlautere geschäftliche und damit nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässige Handlung der Beklagten zu sehen, die dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 9 UWG ausgelöst hat. 14

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Abwerben fremder Mitarbeiter als Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich erlaubt. Dies gilt aber dann nicht, wenn wettbewerbsrechtlich unlautere Begleitumstände hinzukommen, insbesondere unlautere Mittel eingesetzt oder unlautere Zwecke verfolgt werden (*BGH 11. Januar 2007 - IZR 96/04 - Rn. 14, BGHZ 171, 73; 9. Februar 2006 - IZR 73/02 - Rn. 18, NZA 2006, 500; 4. März 2004 - IZR 221/01 - Rn. 16, BGHZ 158, 174*). Das Abwerben von Mitarbeitern ist dann unlauter, wenn besondere Umstände, etwa die Verfolgung verwerflicher Zwecke oder die Anwendung verwerflicher Mittel und Methoden, hinzutreten (*BGH 11. Januar 2007 - IZR 96/04 - Rn. 14, aaO*). 15

2. Es liegt nahe, dass die Beklagte die wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Schwelle für Kontaktaufnahmen am Arbeitsplatz überschritten hat, indem sie mithilfe der noch im Arbeitsverhältnis zur Klägerin stehenden Streitverkün- 16



deten zu 2. und zu 3. und unter Nutzung sächlicher und personeller Betriebsmittel der Klägerin Führungspersonal abgeworben hat; das die Anwerbung steuernde und begleitende Handeln des Mitglieds ihrer Führungsebene ist der Beklagten dabei nach den Grundsätzen der Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB zuzurechnen (vgl. *BGH 5. März 1998 - III ZR 183/96 - zu III 1 a der Gründe, NJW 1998, 1854*).

II. Die Klägerin kann den Ersatz des dadurch möglicherweise entstandenen Schadens dennoch nicht beanspruchen. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Ersatz entgangenen Gewinns mit der Begründung abgelehnt hat, der Vortrag der Klägerin biete keine ausreichende Grundlage für eine Schätzung des durch unlauteres geschäftliches Verhalten der Beklagten entstandenen Schadens. 17

1. 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 (*Naturalrestitution*). Ist die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend, hat der Ersatzverpflichtete 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 (*BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 47 mwN, EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 4; BGH 18. Januar 2011 - VI ZR 325/09 - Rn. 8 mwN, BGHZ 188, 78*). Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden 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. 18

2. Nach § 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 19

dabei in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt; allerdings soll die Schätzung möglichst nahe an diese heranführen (*BAG 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 49, BAGE 125, 147; 20. September 2006 - 10 AZR 439/05 - Rn. 37, BAGE 119, 294*). Der Tatrichter muss nach pflichtgemäßem Ermessen auch beurteilen, ob nach § 287 Abs. 1 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist. Eine Schätzung darf nur dann unterbleiben, wenn sie mangels konkreter Anhaltspunkte vollkommen „in der Luft hänge“ und daher willkürlich wäre (*BGH 24. Juni 2009 - VIII ZR 332/07 - Rn. 16, NJW-RR 2009, 1404; 23. Oktober 1991 - XII ZR 144/90 - zu 3 a der Gründe, WM 1992, 36; Zöller/Greger ZPO 29. Aufl. § 287 Rn. 4*); eine völlig abstrakte Berechnung des Schadens, auch in Form der Schätzung eines Mindestschadens, lässt § 287 ZPO grundsätzlich nicht zu (*st. Rspr., BGH 8. Mai 2012 - VI ZR 37/11 - Rn. 9, NJW 2012, 2267; 16. März 2004 - VI ZR 138/03 - zu II 2 b aa der Gründe mwN, NJW 2004, 1945*).

3. 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 § 287 ZPO auch die Darlegungslast des Geschädigten mindert, der Ersatz entgangenen Gewinns verlangt, dürfen insoweit keine zu strengen Anforderungen gestellt werden (*BAG 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 48, BAGE 125, 147; BGH 18. Februar 2002 - II ZR 355/00 - zu A II 1 der Gründe, NJW 2002, 2553*). 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 (*BAG 20. September 2006 - 10 AZR 439/05 - Rn. 37, BAGE 119, 294; BGH 17. April 1997 - X ZR 2/96 - zu III 1 der Gründe, NJW-RR 1998, 331; 17. Juni 1992 - I ZR 107/90 - zu II B 1 c der Gründe, BGHZ 119, 20*). Greifbare Anknüpfungstatsachen, die für eine Schadensschätzung unabdingbar sind, muss der Geschädigte im Regelfall darlegen und beweisen (*BGH 8. Mai 2012 - VI ZR 37/11 - Rn. 9, NJW 2012, 2267*).

20

4. Beruft sich der Schädiger darauf, entgegen dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wäre kein oder nur ein geringerer Gewinn angefallen, ist er für den behaupteten anderen Kausalverlauf darlegungs- und beweispflichtig (*BGH 30. Mai 2001 - VIII ZR 70/00 - zu II 1 a der Gründe mwN, NJW-RR 2001, 1542; MüKoBGB/Oetker 6. Aufl. § 252 Rn. 40*). Auch dem Schädiger kommt § 287 ZPO zugute, denn den naturwissenschaftlichen Beweis eines anderen Kausalverlaufs kann auch er nicht erbringen. Der Schädiger, der sich auf eine Reserveursache beruft, muss daher seinerseits Anknüpfungstatsachen darlegen und beweisen, aus denen das Gericht mit hinlänglicher Wahrscheinlichkeit auf die Einschränkung oder den Ausschluss des Ersatzanspruchs schließen kann (*vgl. Staudinger/Schiemann (2005) Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 93; MüKoBGB/Oetker aaO*). 21
5. § 287 ZPO bietet damit Erleichterungen für das Beweismaß und das Verfahren, hat aber keine Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast (*BGH 7. Juni 2006 - XII ZR 47/04 - zu II 1 a der Gründe, NJW-RR 2006, 1238; MünchKommZPO/Prütting 3. Aufl. § 287 Rn. 32*). Gelangt das Gericht zu keiner für eine Schätzung hinreichenden Überzeugung, ist das non-liquet nach den allgemeinen Regeln zu bewältigen (*Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. § 287 Rn. 43; MünchKommZPO/Prütting § 287 Rn. 31*). 22
6. Das Landesarbeitsgericht hat einen Schadensersatzanspruch mit der Begründung abgelehnt, die Klägerin habe keine greifbaren Anknüpfungstatsachen dafür vorgetragen, welcher Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte; der geltend gemachte Schaden könne nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Beklagten zugeordnet werden. Eine Vielzahl weiterer Faktoren außer dem Ausscheiden von Mitarbeitern habe das Betriebsergebnis der Klägerin in den Jahren 2005 und 2006 beeinflusst. Dazu gehöre insbesondere die Insolvenz der Muttergesellschaft. Die Klägerin habe zwar behauptet, das Insolvenzgeschehen habe keinen nachhaltigen Einfluss gehabt, dies stehe jedoch im Widerspruch zu den Aussagen im Lagebericht für das Geschäftsjahr 2005. Weitere Faktoren wie die Abwanderung einer Vielzahl von Arbeitnehmern 23

zu anderen Mitbewerbern, die Konjunktur-, Lohn- und Materialpreisentwicklung und die unterschiedliche Ausschreibungsdichte in den betroffenen Regionen hätten Einfluss auf das negative Geschäftsergebnis gehabt. Äußerungen des Mehrheitsaktionärs der S-Gruppe gegenüber Führungskräften sowie die Presseberichterstattung hätten für zusätzliche Verunsicherung gesorgt. Die zur Beklagten gewechselten Mitarbeiter seien überwiegend unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist erst in der zweiten Hälfte des Jahres 2005 ausgeschieden, sodass nicht nachvollzogen werden könne, dass der Verlust gerade auf ihr Ausscheiden zurückzuführen sei. Mangels ausreichender Anknüpfungstatsachen sei eine Schätzung, ob und in welchem Umfang die verschiedenen Ereignisse für das negative Betriebsergebnis der Klägerin verantwortlich seien, nicht möglich und würde ins Blaue hinein erfolgen. Es fehlten ausreichende Anhaltspunkte, die es ermöglichten, den behaupteten Schaden dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Beklagten zumindest zu einem Teil zuzuordnen.

7. Diese Begründung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 24

a) Eine vom Tatrichter gemäß § 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen vorzunehmende Schadensschätzung unterliegt nur der beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht dahin, ob der Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (*BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 48, EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 4; 20. September 2006 - 10 AZR 439/05 - Rn. 37, BAGE 119, 294; BGH 8. Mai 2012 - VI ZR 37/11 - Rn. 9, NJW 2012, 2267; 9. November 2010 - VI ZR 300/08 - Rn. 16, NJW 2011, 1146*). 25

b) Das Landesarbeitsgericht hat alle wesentlichen Bemessungsfaktoren in seine Beurteilung einbezogen, ob eine Schadensschätzung möglich ist. Es ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Klägerin durch das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden, insbesondere ein Gewinnausfall entstanden sein kann; es hat aber zu Recht darauf abgestellt, dass die Geschäftstätigkeit der Klägerin nicht nur durch einen allgemeinen Rückgang der Bauleistung und konjunkturelle Einflüsse, sondern auch durch weitere Sonder- 26

faktoren geprägt war. Ausweislich des eigenen Lageberichts bestimmten zudem die Verunsicherung der Bauherrenschaft und wichtiger Nachunternehmer sowie ein erhöhter Materialaufwand das Ergebnis. Insbesondere entsprach ein vom Insolvenzgeschehen der Konzernmutter ungetrübter Geschäftsverlauf aber nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge. Durch die Insolvenz der Muttergesellschaft der Klägerin bestand eine Schadensanlage, die keine „planmäßige“ Gewinnerzielung und Fortschreibung der Erträge der Vergangenheit, wohl aber eine spürbare Eintrübung erwarten ließ. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch die Abwanderung einer Vielzahl von Arbeitnehmern zu anderen Wettbewerbern in seine Bewertung einbezogen und berücksichtigt, dass die zur Beklagten gewechselten Mitarbeiter der Klägerin noch zu einem Großteil des Jahres 2005 zur Verfügung standen. Dass es in Arbeitsverhältnissen wechselwilliger Arbeitnehmer zu Äquivalenzstörungen kommt, kann zwar vermutet werden; es ist aber nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht ohne näheren Sachvortrag hierin keinen tauglichen Bemessungsfaktor für eine Schadensschätzung gesehen hat. Revisionsrechtlich ist nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht von einem multikausalen Geschehensablauf ausgegangen ist.

c) Das Landesarbeitsgericht hat auch die Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung nicht verkannt und zu hohe Anforderungen an die Voraussetzungen einer Schätzung nach § 287 ZPO gestellt. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht den weiteren Einflüssen auf das Betriebsergebnis nicht durch einfache Vornahme von Abschlägen vom geltend gemachten Schaden Rechnung getragen hat. Im Hinblick auf den multikausalen Schadensverlauf ist es vielmehr vertretbar, dass das Landesarbeitsgericht vom Fehlen greifbarer Anknüpfungstatsachen für eine Zuordnung der negativen Betriebsergebnisse zur unlauteren Abwerbung der Mitarbeiter ausgegangen ist und eine Schadensschätzung abgelehnt hat. Marktbedingungen und Gesamtumstände müssen eine Wahrscheinlichkeitsschätzung zur Kausalität zulassen; es steht dem Gericht nach § 287 ZPO nicht frei, das Vorliegen und die Höhe eines Schadens nach bloßer Billigkeit anzunehmen. § 287 BGB soll dem Geschädigten die Durchsetzung eines Schadensersatzan-

27

spruchs erleichtern, nicht aber den Rechtsschutz des Schädigers schmälern. Dieser muss die Möglichkeit haben, sich im Prozess mit den Schätzungsgrundlagen auseinanderzusetzen und Einwände geltend zu machen (*BGH 5. Dezember 1995 - X ZR 121/93 - zu I 2 der Gründe, NJW 1996, 775*). Dies kann er nicht, wenn - wie vorliegend - ein negatives Geschäftsergebnis einer Verletzungshandlung nicht ausreichend zugeordnet und ein hinreichender Zusammenhang zwischen den Abwerbungen und den eingetretenen Verlusten nicht erkennbar wird. Eine Schätzung des Schadens nach reiner Billigkeit ohne konkrete Zuordnung zum Verletzungserfolg gestattet die Norm nicht.

d) Entgegen der Auffassung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht nicht eine konkrete Schadensberechnung verlangt. Für die Schätzung eines Schadens war aber erforderlich, greifbare Anknüpfungstatsachen darzulegen, die bei einer Gesamtbetrachtung die Folgen der Abwerbung des Führungspersonals erkennen lassen. Der Hinweis auf „fehlende Akquisitionsstärke in den Regionen“ ist unzureichend und bietet keine Grundlage für eine Schadensschätzung. Ohne ergänzenden Vortrag kann wegen der erheblichen Zeitspannen zwischen Ausschreibung, Baubeginn und Abrechnung nicht nachvollzogen werden, dass eine geringere Akquise im Geschäftsjahr 2005 bereits in diesem Jahr ergebniswirksam geworden ist. Exemplarisch hätte deshalb die zeitliche Abfolge zwischen Ausschreibung, Zuschlag und ergebniswirksamer Abrechnung von Straßenbauvorhaben dargelegt werden müssen. Notwendig wäre auch gewesen, die Tätigkeiten der abgeworbenen (Führungs-)Kräfte und ihren Einfluss auf Geschäft und Betriebsergebnis näher zu beschreiben. Ein Rückgang bei der Vereinbarung von Nachträgen zu erteilten Aufträgen, eine rückläufige Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen oder negative Veränderungen bei der Erteilung von Zuschlägen hätten Rückschlüsse auf die Auswirkung der unlauteren Abwerbung ermöglicht und Grundlage für die Schätzung eines Schadens sein können. Solchen, ihr ohne Weiteres möglichen Vortrag hat die Klägerin nicht gehalten. Weder ist klar, welche Vergabeverfahren im Marktbereich der Klägerin in den Jahren 2005 und 2006 stattfanden, an wie vielen Verfahren sie teilgenommen hat oder infolge Personalmangels nicht teilnehmen konnte, noch ob sie in diesen Jahren unterdurchschnittlich häufig den Zuschlag

28

erhalten hat und wann etwaige Veränderungen ergebniswirksam geworden sind. Aus einem bloßen Auftragsrückgang ergibt sich kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass dieser dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Beklagten (*teilweise*) zugerechnet werden kann und in den Geschäftsjahren 2005 oder 2006 zu einem Ergebnisrückgang geführt hat. Angesichts der konkreten Marktbedingungen hat das Landesarbeitsgericht deshalb zu Recht nicht auf einen Sachvortrag, der eine erfolgreiche Teilnahme an Vergabeverfahren jedenfalls zu einem Teil wahrscheinlich macht, verzichtet.

e) Das Landesarbeitsgericht hat alle maßgeblichen Umstände ohne Verstoß gegen Denk- und Erfahrungssätze berücksichtigt. Mangels ausreichender greifbarer Anknüpfungstatsachen ist es nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht, obwohl es die Möglichkeit der Schadensverursachung durch das unlautere Verhalten der Beklagten gesehen hat, auch einen Mindestschaden nicht geschätzt hat, sondern davon ausgegangen ist, dass eine Schätzung „völlig in der Luft hängen“ würde und damit willkürlich wäre. Ohne ausreichende Anknüpfungstatsachen ist das Gericht nicht verpflichtet, einen (Mindest-)Schaden zu schätzen (*BGH 6. Februar 2007 - X ZR 117/04 - Rn. 15, NJW 2007, 1806*). Ein entgangener Gewinn kann nach § 252 BGB iVm. § 287 ZPO unter Vornahme von Abschlägen nur geschätzt werden, wenn das Tatsachengericht angesichts der jeweiligen Marktsituation eine kausale Schadensverursachung nach § 287 ZPO für wahrscheinlich halten kann (*zur Vornahme von Abschlägen bei einer Schätzung: vgl. BGH 6. Februar 2001 - VI ZR 339/99 - zu II 2 b bb der Gründe, NJW 2001, 1640*).

f) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch die Schätzung eines (Mindest-)Schadens auf Grundlage eines Verlustes an Unternehmenswert durch Abfluss von Humankapital abgelehnt. Unabhängig von methodischen Fragen der Bewertung eines nicht börsennotierten Unternehmens im Hinblick auf dessen Personalstamm scheidet ein Ersatz dieses Schadens daran, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Bemessung der Schadenshöhe, im Regelfall der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (*vgl. BGH 18. April 2002 - IX ZR 72/99 - zu C I 3 b der Gründe, BGHZ 150, 319*), der

Personalabfluss ausweislich des Lageberichts 2005 bereits kompensiert war. Es liegt zudem nahe, dass ein möglicher, aus dem Verlust an Know-how abgeleiteter Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Beklagten eingetreten wäre, weil die Führungskräfte auch bei lauterer Abwerbung die Klägerin verlassen hätten.

g) Da das Landesarbeitsgericht zu Recht vom Fehlen greifbarer Anknüpfungstatsachen für einen hinreichenden Zusammenhang zwischen den Abwerbungen und den negativen Betriebsergebnissen ausgegangen ist, war es entgegen der Auffassung der Revision auch nicht verpflichtet, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Ob und in welchem Umfang eine Beweisaufnahme durchgeführt wird, steht nach § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO im Ermessen des Gerichts. Ermessensfehler oder ein Willkürverstoß sind nicht zu erkennen. 31

III. Im Hinblick auf das erfolglos gebliebene Rechtsmittel hat die Klägerin die Kosten der Revision und der Streithelfer zu 1., zu 2. und zu 3. zu tragen, § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO. 32

Schmitz-Scholemann

W. Reinfelder

Mestwerdt

R. Baschnagel

Stefan Fluri