

---

**Datum:** 23.02.2010  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 17. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 17 Sa 1133/08  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGD:2010:0223.17SA1133.08.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Düsseldorf, 3 (8) Ca 336/06  
**Schlagworte:** Wettbewerbsverstoß-Schadensersatz  
**Normen:** § 9 Abs. 1 UWG § 823 BGB  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**  
Anforderungen an eine Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO

---

**Tenor:**

1) Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 9.6.2008 - 3 (8) Ca 336/06 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2) Die Revision wird zugelassen.

---

**TATBESTAND** 1

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche für die Zeit von 2005 bis 2006. 2

Die Klägerin ist ein Unternehmen der Verkehrswegebaubranche, insbesondere im Bereich des Autobahnbaus sowie des Baus von Flugbetriebsflächen, die ausweislich des Lageberichts 2005 zum 31.12.2004 insgesamt 1.329 Mitarbeiter beschäftigte. Sie gehörte dem X. Baukonzern an. Die Klägerin war mit der Muttergesellschaft, der X. Bau AG, wirtschaftlich über einen Cash-Pool verbunden, der im Dezember 2004 von der Klägerin 3

gekündigt wurde.

Die X. Bau AG stellte am 01.02.2005 einen Insolvenzantrag. Zum 14.02.2005 wurde die Klägerin aus der Insolvenz heraus an den T.-Konzern verkauft. Der Kauf- und Übertragungsvertrag betraf ein Gesamtpaket bestehend aus der Übernahme der Dachgesellschaft E. Holding mit den Anteilen der Klägerin sowie weiteren Gesellschaften aus der Insolvenzmasse. Der Verkauf wurde bereits am 15.02.2005 unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Gläubigerausschusses in der Presse bekannt gemacht. Am 01.04.2005 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der X. Bau AG eröffnet. Am 06.04.2005 stimmte der Gläubigerausschuss dem Verkauf der Geschäftsanteile der Klägerin an die T.-Gruppe zu. Der Bescheid der Kommission der Europäischen Gemeinschaften datiert vom 23.06.2005. 4

Die Beklagte (vorher: Beklagte zu 1) war ebenfalls am Erwerb der Klägerin interessiert und führte hierzu vergeblich Verhandlungen mit dem Insolvenzverwalter der X. Bau AG. Sie plante unabhängig vom Erfolg der Verkaufsbemühungen mit dem Insolvenzverwalter den Aufbau einer eigenen Verkehrswegebau-Unternehmung. Nach dem die Verhandlungen mit dem Insolvenzverwalter über den Kauf gescheitert waren, entschloss sich die Beklagte ihr Ziel im Rahmen einer eigenen C. und C. Verkehrswegebau GmbH zu verfolgen. Sie schloss hierzu 2005 mit den Streitverkündeten zu 1), 2) und 3) (vorher Beklagter zu 2), 3) und 4)) sowie mit weiteren Mitarbeitern der Klägerin Dienst- bzw. Arbeitsverträge. Im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit den Kündigungen der von der Klägerin zur Beklagten wechselnden Mitarbeiter kam es sowohl zur Löschung und Nutzung von Daten der Klägerin durch Mitarbeiter für die Beklagte. 5

Ende Februar 2005 erfuhr Herr L., zu dem Zeitpunkt noch Mitglied der Führungsebene der X. Bau AG davon, dass der Streitverkündete zu 2), technischer Leiter der Düsseldorfer Niederlassung der Klägerin und der Streitverkündete zu 3), kaufmännischer Leiter dieser Niederlassung, sowie der technische Leiter der Hamburger Niederlassung der Klägerin, Herr I., der technische Leiter der Dresdner Niederlassung der Klägerin, Herr T. und der kaufmännische Leiter der Berliner und Hamburger Niederlassungen der Klägerin, Herr M., das Unternehmen verlassen wollten. Hierüber informierte er den Streitverkündeten zu 1), der zuletzt im Aufsichtsrat der X. Bau AG und für diese als Berater tätig war. Das Aufsichtsratsmandat legte er zum 31.12.2004 nieder. Der Beratervertrag wurde am 07.03.2005 rückwirkend zum 31.12.2004 aufgehoben. 6

Am 18.02.2005 fand bei der Klägerin ein Führungskräfte-Treffen (Verkehrswegebau-Tagung Frankfurt) statt, an dem u.a. die Streitverkündeten zu 2) und 3) sowie die Herren M., I., T. und L. teilnahmen und in dem sich der Mehrheitsaktionär der T.-Gruppe, Herr Dr. I. u.a. über die zukünftige Entwicklung bei der Klägerin nach dem Verkauf äußerte. 7

Am 02.03.2005 trafen sich der Vorstandsvorsitzende der Beklagten, Herr C., das Mitglied der Führungsebene der Beklagten, Herr F., und der Streitverkündete zu 1) in Köln. Es wurde vereinbart, dass der Streitverkündete zu 1) Beratungsleistungen für die Beklagte im Bereich "BOT" Modelle für Autobahnen erbringen sollte. Der Streitverkündete zu 1) informierte die Vertreter der Beklagten über den Abwanderungswillen der Streitverkündeten zu 2) und 3) sowie der Mitarbeiter M., I. und T.. Der Streitverkündete zu 1) ließ sich nach dem Treffen telefonisch die Wechselwilligkeit von diesen Mitarbeitern bestätigen. 8

Am 04.03.2005 kündigte die Beklagte die im BOT-Bereich mit der Klägerin bestehende Kooperationsvereinbarung über privat finanzierte Autobahnabschnitte. Am selben Tag sowie in der Folgezeit traf sich der Streitverkündete zu 1) mit Herrn F., um ein Konzept des neuen 9

Geschäftsfelds "Verkehrswegebau" zu konkretisieren und zugleich die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen zu treffen, um den Streitverkündeten zu 2), 3), Herrn M., Herrn I. und Herrn T. Gelegenheit zu geben, sich der Beklagten vorzustellen. Der Streitverkündete zu 1) sollte als Kontaktpersonen fungieren. In dem Zusammenhang entstand ein erstes Organigramm (Vorentwurf Organisation, Blatt 2050 der Ermittlungsakte) für eine entsprechende Verkehrswegebauereinheit der Beklagten.

Am Abend des 14.03.2005 kam es am Frankfurter Flughafen zu einem Treffen zwischen Herrn C., Herrn F., den Streitverkündeten zu 1), 2), 3), Herrn M., Herrn I. und Herrn T.. Herr T. hatte Herrn I., den kaufmännischen Leiter der Niederlassung Frankfurt, mitgebracht. In dem Zusammenhang wurden formularmäßige "Einstellungszusagen" ausgefüllt, wobei streitig ist, ob sie in Anwesenheit von Herrn C. ausgefüllt wurden. Die Streitverkündeten zu 2) und 3) erhielten hiervon jeweils eine Kopie für sich. Der Streitverkündete zu 2) behielt ein nicht ausgefülltes Exemplar des Formulars. 10

Die Streitverkündeten zu 2) und 3) informierten danach im Hinblick auf den beabsichtigten Wechsel zur Beklagten eng vertraute Mitarbeiter im Unternehmen der Klägerin über ihre Entscheidung bei der Klägerin zu kündigen. Der Inhalt der Erklärungen ist streitig, insbesondere, ob die beiden Streitverkündeten Mitarbeiter aktiv abgeworben haben oder nur Nachfragen beantwortet haben. Der Streitverkündigte zu 2) übergab seiner Sekretärin Frau T. ein leeres Exemplar des Formulars "Einstellungszusage". In der Folgezeit kam es zu einem Austausch von ausgefüllten Einstellungszusagen zwischen den Streitverkündeten zu 2) und 3) bzw. ihren Sekretärinnen und Mitarbeitern der Beklagten. 11

Am 15.03.2005 versandte Frau T. das Formblatt "Vertragsbedingungen/ Einstellungszusage" mit dem Hinweis, "unter Bezugnahme auf eine getroffene Absprache", sowie private Anschriften der Mitarbeiter der Klägerin, B., B., E., N., und K. an Herrn F.. Ebenfalls am 15.03.2005 übersandte Herr F. eine E-Mail an Herrn C., in welcher er über den Aufbau der zukünftigen Verkehrswegebauengesellschaft der Beklagten informierte. Darin heißt es u.a., der Ball rollt weiter und wir haben heute sechs weitere Schlüsselpositionen wie Kalkulatoren, Arbeitsvorbereiter etc. verpflichtet. Übrigens- die zukünftige Geschäftsführung arbeitet nun (noch informell) mit Volldampf an der Sache" (Anlage Band LKA NRW Bl. 2787). 12

In einer "vertraulichen Notiz" vom 15.03.2005 teilte Herr F. den Herren C., S. und I. von der Beklagten mit, dass " sich zwischenzeitlich handfest die C. C. Verkehrswegebau GmbH mit Sitz in Essen entwickeln würde. Personell würde die Gesellschaft derzeit substanziell aufgestockt, sodass auch jetzt schon Ausschreibungen vom Markt aufgenommen und bearbeitet werden können. Da die Unternehmensentwicklung aufgrund der derzeitigen Marktentwicklung eine gewisse Brisanz hätte, würde der Vorgang sehr vertraulich gehalten (Vermerk Anlage Band LKA NRW Bl. 2787). 13

Am 16.03.2005 übersandte Herr F. an den Streitverkündeten zu 3) die Einstellungszusagen für die Mitarbeiter B., E., K., N. und B. mit der Bitte, eine entsprechende Gegenzeichnung zu veranlassen und diese dann an ihn mit dem Vermerk "persönlich" zurückzusenden. 14

Am 17.03.2005 trafen sich in der Zweigniederlassung der Klägerin in Leipzig der Streitverkündeten zu 2), Herr T. der technische Leiter der Dresdner Zweigniederlassung, sein Stellvertreter Herr B. sowie der kaufmännische Leiter der Dresdner Zweigniederlassung Herr M.. Der Anlass des Treffens und die Inhalte der Gespräche sind streitig. Der Streitverkündete zu 2) notierte die Namen von Mitarbeitern der Klägerin aus der Niederlassung Dresden, die für einen Wechsel infrage kamen. Die Frage des Wechsels des kaufmännischen Leiters, Herrn M., wurde auch angesprochen. Der Streitverkündete zu 2) forderte in dem 15

Zusammenhang von dem Streitverkündeten zu 1) telefonisch ein Formular "Vertragsbedingungen/ Einstellungszusagen" an. Nach Übersendung per Fax füllte der Streitverkündete zu 2) gemeinsam mit Herrn M. das Formular aus, welches dann an das Sekretariat des Streitverkündeten zu 2) in E. zur Weiterleitung an die Beklagte gesandt wurde. An diesem Tag wurde auch aus der Zweigniederlassung der Klägerin in E. an Herrn F. eine Vergabebekanntmachung des Landes Sachsen-Anhalt gefaxt.

Am 18.03.2005 kam es in der Niederlassung E. zu einer von den Streitverkündeten zu 2) und 3) initiierten Zusammenkunft mit den Mitarbeitern Herrn N., Herrn E., Herrn S., Herrn C., Frau I., Herrn C., Herrn B. und Herrn K.. Die Anwesenheit weiterer Mitarbeiter ist streitig. Die Streitverkündeten zu 2) und 3) informierten die Mitarbeiter über ihr zukünftiges Ausscheiden bei der Klägerin. In der Folge wurden weitere Einstellungszusagen für einzelne Mitarbeiter ausgefüllt. Am selben Tage übersandte Herr F. zuvor bereits gegengezeichnete Einstellungszusagen für Frau T., Frau P., Frau I. und Herrn C. an den Streitverkündeten zu 3).

Am 21.03.2005 erhielt Herr M. ein den Angaben in der Einstellungszusage vom 17.03.2005 entsprechendes Angebot der Beklagten zur Anstellung als kaufmännischer Leiter der Niederlassung Dresden in der neu gegründeten Verkehrswegebaugesellschaft. Am 23.03.2005 übersandte der Streitverkündete zu 3) die unterschriebenen Einstellungszusagen für die Mitarbeiter B., B., C., E., K., N. und P. an die Beklagte. Er erklärte, die Einstellungszusage von Frau I. nachzureichen, da sich diese zurzeit in Urlaub befinde. Der Streitverkündete zu 3) bat darum, die entsprechenden Verträge auszustellen und ihm eine Kopie an seine Privatanschrift zu senden. Zudem übersandte er die ausgefertigten Einstellungszusagen für die Mitarbeiter F., N., N. und Q. mit der Bitte, diese nach Unterschrift zurückzugeben.

Mit Schreiben vom 24.03.2005 übersandte der Streitverkündete zu 3) Herr F. die Einstellungszusagen für die Mitarbeiter B., K., B. und E., die man zuvor irrtümlich nicht beigefügt hatte. Der Einstellungszusage von Herrn B. war eine Prämienvereinbarung mit der Klägerin in Fotokopie beigefügt. Nach dieser sollte Herr B. die in 2001 und 2002 erhaltenen Prämien in Höhe von jeweils 25.000,00 DM an die Klägerin zurückzahlen, wenn er das Unternehmen bis Ende 2006 verlassen würde. Der Streitverkündete zu 3) sprach in der Folge mit Vertretern der Beklagten über die Übernahme der Rückzahlungsverpflichtung.

Mit Schreiben vom 30.03.2005 teilte die Beklagte dem Insolvenzverwalter der X. Bau AG mit, dass eine nicht unerhebliche Zahl von Bewerbungen von Mitarbeitern der Klägerin bei ihr vorliege und beabsichtigt sei, diese Mitarbeiter einzustellen.

Mit Schreiben vom 31.03.2005 übersandte der Streitverkündete zu 3) an Herrn F. die unterschriebenen Einstellungszusagen für die Herren E., F., S. und T.. Gleichzeitig kündigte er an, die erforderlichen Unterlagen für die Herren S., L. und T. nachzureichen. Anschließend bat der Streitverkündete zu 3) darum, die entsprechenden Verträge auszustellen und Kopien an seine Privatanschrift zu senden. Mit einem an Herrn F. gerichteten Schreiben vom 04.04.2005 übersandte der Streitverkündete zu 3) die Einstellungszusagen für die Herren C. und S..

Mit Schreiben vom 04.04.2005 wies der Streitverkündete zu 3) Herrn F. mit der Bitte um Berücksichtigung darauf hin, dass man bei Herrn E. eine Ergänzung formuliert hätte, nach der dieser bei entsprechender Auftragslage die Leitung der Zweigniederlassung West übernehmen sollte. Herr F. sandte daraufhin dieses Schreiben an Frau X.-T. mit der Bitte um rasche Bearbeitung. Unter dem Datum 05.04.2005 fertigte der Streitverkündete zu 3)

handschriftliche Notizen zum damaligen Angestellten der Klägerin, Herrn N.. Neben den Daten hinsichtlich Kündigungsfrist, Verweildauer bei der Klägerin und Position wurden die aktuellen Projekte notiert, mit denen Herr N. zu diesem Zeitpunkt betraut war. Darüber hinaus notierte der Streitverkündete zu 3): "Soll lt. GF LoZN-Leitung FFM übernehmen - Einstellungszusage".

Am 07.04.2005 übersandte die Sekretärin der Beklagten, Frau U., an die Sekretärin des Streitverkündeten zu 3), Frau D., eine Liste mit den Telefonnummern von Mobiltelefonen, die zuvor oder in der Folge an zur Beklagten wechselnde Mitarbeiter übergeben wurden. 22

Am 09.04.2005 fand auf Einladung der Streitverkündeten zu 2) und 3) vom 04.04.2005 ein von der Beklagten finanziertes Treffen am Flughafen Köln-Bonn zwischen Herrn F. und Mitarbeitern der Klägerin statt, die zu diesem Zeitpunkt bereits gekündigt hatten. Auf der Einladung für das Treffen wurde handschriftlich vermerkt "Handys für alle TN (außer L.) mit Namen versehen + 2 AYS für Sek. Frau D. und T..". 23

Mit Schreiben vom 11.04.2005 übersandte der Streitverkündete zu 3) an Frau X.-T. von der Beklagten die Einstellungsunterlagen der Mitarbeiter D., M., N., U., E., C., U., G., N., T. sowie die Bewerbungsunterlagen der Mitarbeiter M., X., Q., B., I. und T.. Mit Schreiben vom 12.04.2005 übersandte der Streitverkündete zu 3) an Frau X.-T. die Bewerbungsunterlagen der Herren F., B. und E.. 24

Am 11.04.2005 übersandte die Sekretärin des Streitverkündeten zu 3), Frau D., an die Sekretärin der Beklagten, Frau U., per E-Mail eine Anschriftenliste (Anlage K 11 der Klägerin). Frau U. übersandte an Frau D. ein internes Telefonverzeichnis der Beklagten und kündigte die Überlassung von vier Exemplaren eines "schwarzen Telefonbuchs" u.a. für die Streitverkündeten zu 2) und 3) an, welches Kontaktdaten der Führungsebene der Beklagten enthielt. 25

Mit Schreiben vom 14.04.2005 übersandte der Streitverkündete zu 3) Frau X.-T. die Bewerbungsunterlagen der Herren T. und X. sowie die Einstellungszusage aus März für Frau I.. Er bat um Ausfertigung der Verträge "wie besprochen". Mit Schreiben vom 15.04.2005 übersandte der Streitverkündete zu 3) Frau X.-T. die Bewerbungsunterlagen der Herren K. und B. sowie die Einstellungszusagen der Herren C., O. und S.. Am 18.04.2005 übersandte der Streitverkündete zu 3) Frau X.-T. die Einstellungszusage von Herrn X.. 26

Am 21.04.2005 wurde durch Änderung der Firma der bereits bestehenden GmbH die C. C. Verkehrswegebau GmbH mit einem Gesellschaftszweck im Bereich des Verkehrswegebaus im Handelsregister eingetragen. Am 26.04.2005 wurden die Streitverkündeten zu 2) und 3) von der Klägerin von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt. Mit Schreiben vom 12.05.2005 kündigte die Klägerin die Arbeitsverhältnisse fristlos. 27

Bis zum 31.03.2005 kündigten 25 Mitarbeiter und bis zum 31.05.2005 weitere 32 Mitarbeiter der Klägerin ihr Arbeitsverhältnis. Bis auf die Herren I., L., N. und C., deren jeweilige Folgearbeitgeber streitig sind, wechselten die Mitarbeiter direkt zur Beklagten. Wegen der weiteren Einzelheiten ihres Ausscheidens und der von den Mitarbeitern bei der Klägerin wahrgenommenen Aufgaben wird auf die Aufstellung der Klägerin Bezug genommen (Anlage K 36 zum Schriftsatz der Klägerin vom 21.11.2007). Zu anderen Arbeitgebern wechselten im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Vorgängen mindestens noch folgende 47 Mitarbeiter (vgl. Seite 10 des erstinstanzlichen Tatbestandes). 28

Nach dem Vortrag der Klägerin wurden 70 Arbeitnehmer der Niederlassung Magdeburg gekündigt, weil die Arbeiten wegen der Abwerbung nicht mehr ordnungsgemäß durchgeführt werden konnten.

Insgesamt reduzierte sich die Belegschaft nach dem Lagebericht der Klägerin 2005 von 1329 30  
Mitarbeitern (Angestellte und Gewerbliche) zum Stichtag 31.12.2004 auf 1.101 Mitarbeiter  
zum Stichtag 31.12.2005.

Am 03.05.2005 reichte die Beklagte ein vollständig kalkuliertes Angebot im 31  
Ausschreibungsverfahren zur Bundesautobahn A 72 ein. Weder die Beklagte noch die  
gleichfalls teilnehmende Klägerin erhielten den Zuschlag für diesen Auftrag. Herr N. hatte  
bereits am 26.04.2005 mit Vorarbeiten zur Angebotserstellung unter Benutzung eines vom  
dem Streitverkündeten zu 2) privat angeschafften Laptops, der Software ARRIBA und einer  
Baugeräteliste der Klägerin begonnen.

Im Büro von Herrn E. bei der Beklagten wurden bei einer von der Staatsanwaltschaft 32  
durchgeführten Durchsuchung Kalkulationen der Klägerin zur Berechnung der Kosten von  
Beton- und Asphaltmischanlagen sowie ein Projektmanagementhandbuch und auf seinem  
PC weitere Kalkulationsunterlagen der Klägerin gefunden. Im Büro von Herrn F. bei der  
Beklagten befanden sich Projektsteuerungsunterlagen mit übermaltem Logo der Klägerin und  
bei Herrn K. Beschaffungsanträge der Klägerin. Im Büro des Streitverkündeten zu 1)  
befanden sich weitere Kalkulationsunterlagen, Leistungsverzeichnisse und  
Angebotsunterlagen der Klägerin. Außerdem befanden sich dort eine Tischvorlage zur  
Aufsichtsratssitzung der Klägerin vom 30.11.2004 mit Vorschlägen zur Investitionsplanung  
2005, Prognosen für den Aufsichtsrat, die Entwicklung der Außenstände und der Liquidität,  
Auftragszugang und -bestand sowie wesentliche Auftragsneuzugänge neben weiteren  
Unterlagen. Weitere Unterlagen der Klägerin wurden in der Privatwohnung von Herrn L.  
gefunden. Im Büro von Herrn B. wurden Unterlagen mit Bezug zur Klägerin aufgefunden.

Am 29.06.2005 wurden die Streitverkündeten zu 2) und 3), sowie Herr L. als Geschäftsführer 33  
der C. C. Verkehrswegebau GmbH im Handelsregister eingetragen.

Ausweislich des Berichts der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft X. & L. über die Prüfung des 34  
Jahresabschlusses betrug das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der Klägerin  
2005 - 68.759.000 € und 2006 - 16.767.000 € (Bl. 2169 d.A.). Die Klägerin errechnete einen  
der Beklagten zurechenbaren Verlust von 26.737.000 € für 2005 und von 17.715.000 € für  
2006. Unter Berücksichtigung eines Zielergebnisses von je 963.000 € für die Jahre 2005 und  
2006 ergibt sich nach Auffassung der Klägerin ein Gesamtschaden von 46.378.000 € (vgl.  
u.a. die Zusammenfassung Bl. 2057 ff d. Akten).

Die Klägerin reichte am 12.09.2009 beim Amtsgericht Coburg vier Mahnbescheidsanträge 35  
über 27.350.000 € gegen die Beklagte und die Streitverkündeten ein. Gegen die  
Mahnbescheide vom 21.09.2005, die am 29.09.2005 zugestellt wurden, haben die Beklagten  
am 05.10.2005 und die Streitverkündeten am 04.10.2005 Widerspruch eingelegt. Das  
Verfahren wurde sodann zur Durchführung des streitigen Verfahrens an das Landgericht  
München I (Aktenzeichen 33 O 7506/06 und Aktenzeichen 33 O 18202/05) abgegeben. Nach  
einem Streit über die Zuständigkeit des Gerichts hat das Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
durch Beschluss vom 02.03.2007 das Arbeitsgericht Düsseldorf für örtlich zuständig erklärt.  
Durch Beschluss des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 12.04.2007 wurden beide Verfahren zur  
gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Die Klägerin hat behauptet, dass die Beklagte unter Mithilfe der Streitverkündeten zu 1) bis 3) ihre Mitarbeiter in wettbewerbswidriger Schädigungsabsicht abgeworben habe. Der Streitverkündete zu 1) habe dem Streitverkündeten zu 3) bereits am 07. oder 08.03.2005 mitgeteilt, dass die Beklagte die gesamte Mannschaft der Klägerin bis hin zum Polier und das gesamte Berichtswesen übernehmen wolle. Dies habe der Streitverkündete zu 3) dem Mitarbeiter S. mitgeteilt und ihm bereits ein Organigramm der zukünftigen Verkehrswegebau- und Sparte der Beklagten übergeben. Wenige Tage nach dem 08.03.2005 habe es ein Treffen im Düsseldorfer Merkur-Hotel gegeben, in dem mit einem Teil der ersten Führungsebene der Klägerin, u.a. dem Streitverkündeten zu 3) Initiativen für die Abwanderung der gesamten ersten Ebene der Klägerin ausgearbeitet worden seien. Die zwischen der Beklagten und den Streitverkündeten gewechselten Einstellungszusagen hätten Angaben zu den ausgeübten Positionen, dem Gehalt sowie der betrieblichen Altersvorsorge bei der Beklagten enthalten. Die Beklagte habe ihren Mitarbeitern mit dem Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen und der Zusicherung von monatlichen Altersvorsorgeaufwendungen in Höhe von 350,00 € weit über dem Üblichen liegenden Arbeitsbedingungen angeboten. Bei dem Treffen vom 17.03.2005 in Leipzig sei über die geplante Übernahme des Personals der Niederlassung Düsseldorf und auch die massive Übernahme von Mitarbeitern der Niederlassung Dresden gesprochen worden. Herr B. habe die Aufgabe erhalten, mit den Mitarbeitern der Niederlassung Dresden zu sprechen, um sie für einen Wechsel zu gewinnen. Herr T. habe Herrn N. ansprechen sollen, um auch Mitarbeiter der Zweigniederlassung Erfurt für einen Wechsel zur Beklagten zu gewinnen. Herr M. habe die Kündigungsfristen sämtlicher Mitarbeiter notieren sollen. Dabei sei die Struktur der neuen Verkehrswegebau- und Sparte mit der Beklagten erörtert und bekräftigt worden, die Niederlassungsleitungen der neuen Gesellschaft mit den bisherigen Niederlassungsleitern der Klägerin zu besetzen. Herr M. habe zur Wechselabsicht befragt geantwortet, dass er ohne verbindliche Zusage der Beklagten keinesfalls sein jetziges Arbeitsverhältnis kündigen wolle. An dem Treffen in der Dortmunder Niederlassung vom 18.03.2005 hätten zuvor von dem Streitverkündeten zu 1) ausgewählte Mitarbeiter teilgenommen. Es sei bei dem Treffen beschlossen worden - auch zur Unterstützung des Angebots der Beklagten zum Erwerb der Klägerin vom 19.03.2005 - das zunächst in einer ersten Kündigungswelle neben den Streitverkündeten zu 2) und 3) auch die Mitarbeiter E., B., K., B., N. und T. kündigen sollten. Erst nach Eingang erster Aufträge der neuen Verkehrswegebau- und Sparte der Beklagten hätten je nach Bedarf weitere Mitarbeiter kündigen und übernommen werden sollen. Soweit die gemäß "Businessplan" projektierten Umsätze erreicht würden, habe eine weitere Welle von Kündigungen und Übernahmen erfolgen sollen. Vor dem Start der Abwerbeaktion habe bei keinem Mitarbeiter die Bereitschaft zum Wechsel bestanden. Die Streitverkündeten zu 2) und 3) hätten auch versucht, Frau D. zu einem Wechsel zur Beklagten zu bewegen.

Die Beklagte habe zudem durch die Streitverkündeten zu 2) und 3) eine schlechte Stimmung gegen die Klägerin verbreiten lassen. Die Äußerungen von Herrn Dr. I. seien aus dem Zusammenhang gerissen worden. Eine von Herrn P. seitens der T. am 24.03.2005 abgegebenen Bestandszusage sei nicht an die Mitarbeiter der Niederlassungen Düsseldorf und E. weitergegeben worden. Der Streitverkündete zu 3) habe Frau X. aus der Buchhaltung der Klägerin auf ihre Wechselbereitschaft angesprochen und ihr bedeutet, dass bei der Klägerin in Düsseldorf nichts mehr laufen werde und "alles platt gemacht werde".

Die Klägerin hat weiterhin behauptet, dass die Streitverkündeten entweder selbst Unternehmensgeheimnisse der Klägerin für die neue Sparte der Beklagten genutzt oder wechselnde Mitarbeiter zur Mitnahme von Unternehmensgeheimnissen der Klägerin und Nutzung derselben für die Beklagte angewiesen hätten. Es seien auch in erheblichem Umfang Unterlagen der Klägerin gelöscht worden. Unmittelbar nach dem Treffen vom

14.03.2005 hätten zur Beklagten gewechselte Mitarbeiter eine große Lösch- und Kopieraktion von Betriebsgeheimnissen durchgeführt. Herr K. habe am 16.03.2005 mit dem Löschen und Kopieren von arbeitsbezogenen Dateien begonnen. Gleiches sei durch Herrn B. am 17.03.2005, Herrn B. am 20.03.2005, Herrn N. am 21.03.2005 und Frau T. am 24.03.2005 geschehen. Herr B. habe auch eine CD mit 1.979 Dateien, die insbesondere Unterlagen zu den Bauprojekten der Klägerin an der A 43 sowie der A 2 enthielten, auf CD gebrannt. Im April 2005 habe die IT-Administratorin, Frau I., umfangreiche Unterlagen der Klägerin aus den Jahren 1998 bis 2003 kopiert. In der Dortmunder Niederlassung seien etwa 100 Dateien, die wichtige Kalkulationsergebnisse enthielten und als Grundlage für die Abgabe von Angeboten dienten, gelöscht worden. Frau I. habe im Auftrag der Streitverkündeten zu 2) und 3) am 20.03.2005 eine E-Mail an die Herren C., E., F., S., B., C., N. und N. geschickt, die als Anhang ein spezielles Löschprogramm (Secure Erasre) enthalten habe, mit welchem die Daten gelöscht worden seien.

Herr N. habe auf der Grundlage eines Verzeichnisses der Klägerin für die Beklagte ein komplettes Preis- und Leistungsverzeichnis erstellt, welches 4.000 bis 5.000 Produkte und Leistungen mit entsprechenden Preisen enthalte und für dessen Herstellung normalerweise 1,5 bis 2 Mannjahre benötigt würden. 39

Die von Herrn N. genutzte Version des Kalkulationsprogramms ARRIBA 9.2 sei mit Stammdaten der Klägerin aufgefüllt gewesen. Die Kalkulation sei ohne die Nutzung der Daten der Klägerin weitaus komplizierter gewesen. Das später von der Beklagten im Ausschreibungsverfahren zur A 72 unterbreitete Angebot stimme hinsichtlich der benutzten Artikel zu 76 % mit dem Angebot der Klägerin überein. Auch bei den Projekten B 281 UU Gondorf Los B und UU Gondorf Los A habe es eine Übereinstimmung von 71,19 % bzw. 73,05 % gegeben. Die Bearbeitung des Angebots der Beklagten vom 03.05.2005 für die Ausschreibung A 72 sei nur mit den Unterlagen der Klägerin möglich gewesen. Durch die Abwerbung der Mitarbeiter in Schlüsselpositionen sei die Weiterführung der Zweigniederlassungen Dortmund, Magdeburg und Erfurt nicht mehr möglich gewesen und sie sei zwischenzeitlich geschlossen worden. Die Zweigniederlassung Erfurt sei heute nur noch mit zwei bis drei Mitarbeitern besetzt. Die Zweigniederlassung Magdeburg habe man zunächst nur mit technischer und kaufmännischer Unterstützung der Niederlassung Berlin zur Abwicklung der laufenden Baustellen weiterführen können und sie aufgrund fehlenden Führungspersonals zwischenzeitlich auch geschlossen. Dies habe zu betriebsbedingten Kündigungen von 70 gewerblichen Mitarbeitern geführt. Die abgeworbenen Mitarbeiter hätten nicht durch Mitarbeiter der T. ausgeglichen werden können. In der Folgezeit sei sie nicht in der Lage gewesen, den Markt in gleicher Weise zu bearbeiten, wie es vor der Abwerbeaktion der Fall gewesen sei. 40

Zur Darlegung des Schadens und entgangenen Gewinns hat die Klägerin im Wesentlichen behauptet, dass durch die Abwerbungen nicht nur das Know-how des Führungspersonals verloren gegangen sei, sondern auch die Akquisitionsstärke. Durch den Wegbruch der Führungsebene in den besonders betroffenen Niederlassungen Düsseldorf und Dresden sei die regionale Präsenz der Klägerin für die Angebotsbearbeitung und Bauausführung nicht mehr gegeben gewesen. Auch die übrigen Niederlassungen der Klägerin seien durch den Weggang der Führungskräfte erheblich betroffen gewesen, da sie nunmehr Aufgaben der geschlossenen Niederlassungen mit übernehmen mussten. Aufgrund des Wegfalls der Führungskräfte sei auch ein Personalüberhang in den unteren Ebenen entstanden, wodurch hohe Personalkosten das Ergebnis der Klägerin belastet hätten. Aufgrund der Reduzierung der Akquisitionsstärke seien die Auftragseingänge aller Niederlassungen um 37 % zurückgegangen und damit auch das Betriebsergebnis massiv eingebrochen. Die auf den 41

Angaben der Streitverkündeten zu 2) und 3) beruhende Ergebnisplanung der Klägerin für die Niederlassung Düsseldorf habe für 2005 ein positives Betriebsergebnis in Höhe von 120.000,00 € prognostiziert. Bereinigt um die Nachträge habe sich tatsächlich ein Ergebnis von minus 10.351.000,00 € realisiert. Die operativen Verluste der Niederlassung Düsseldorf seien dann teilweise auf die Niederlassungen Berlin und Dresden verlagert worden, sodass der Verlust in Düsseldorf tatsächlich noch wesentlich höher gewesen sei. Für das Jahr 2005 habe sich für die deutschen Niederlassungen ein Verlust von 69.253.000,00 € ergeben. Der operative Verlust der fünf von der Abwerbung betroffenen Niederlassungen hätte 24.834.000,00 € betragen. 2006 habe der Verlust bei 22.764.000,00 € und der operative Verlust bei 16.364.000,00 € gelegen. Nach Abzug von Nachträgen und Berücksichtigung von Drohrückstellungen verbleibe ein operativer Verlust der fünf von den massiven Abwerbungen betroffenen Niederlassungen 2005 in Höhe von 26.737.000,00 € und 2006 in Höhe von 17.715.000,00 €. Für die Ermittlung des entgangenen Gewinns habe sie allerdings nicht die durchschnittli-	
chen Betriebsergebnisse der Vorjahre berücksichtigt, sondern lediglich die unter Mitwirkung der Streitverkündeten zu 2) und 3) erstellten Zielbetriebsergebnisse in Höhe von 963.000,00 € berücksichtigt.	42
Für die Rechtsverfolgung durch die Prozessbevollmächtigten der Klägerin seien im Jahre 2005 und 2006 Kosten in Höhe von 275.139,77 € angefallen. Die notwendige Freistellung von Mitarbeitern habe zu einem Schaden von 350.000,00 € geführt. Außerdem habe sie 167.114,95 € aufgewandt, um über einen Personalvermittler kurzfristig Personal zu gewinnen. Dies sei durch bloße Stellenausschreibungen nicht möglich gewesen. Insgesamt ergebe sich für die Jahre 2005 und 2006 ein Gesamtschaden von 46.378.000,00 €, den die Beklagte aufgrund der Wettbewerbsverstöße zu ersetzen habe.	43
Die Klägerin hat beantragt,	44
1. die Beklagten zu 1), zu 2), zu 3) und zu 4) werden gesamtschuld-	45
nerisch verurteilt, an die Klägerin 46.378.000,00 € zuzüglich 5 %	46
Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 27.700.000,00 € seit	47
dem 01.01.2006 sowie aus 18.678.000,00 € seit dem 01.01.2007 zu	48
zahlen.	49
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1), zu 2), zu 3) und zu 4) gesamtschuldnerisch verpflichtet sind, die der Klägerin aus dem	50
Zeitraum von März 2005 bis Mai 2005 durchgeführten Abwerbeak-	51
tionen sowie der in diesem Zeitraum veranlassten bzw. durchgeführten Löschung, Mitnahme und Nutzung von Daten der Klägerin entstandenen und noch entstehenden weiteren Schaden zu ersetzen.	52
Die Beklagte und ehemaligen Beklagten zu 2) bis 4) haben jeweils beantragt,	53
die Klage abzuweisen.	54
	55

Sie haben behauptet, dass die Mitarbeiter nicht abgeworben worden seien. Sämtliche zur Beklagten gewechselten Mitarbeiter seien ohnehin entschlossen

gewesen, das Unternehmen zu verlassen. Herr B. habe den nunmehrigen Streitverkündeten zu 3) darauf angesprochen, ob man sich einmal mit Herrn K. über einen Wechsel unterhalten könne. Ebenso habe Frau D. den nunmehrigen Streitverkündeten zu 3) angesprochen. Die Ursache der Personalabgänge habe mindestens gleichgewichtig in der sich seit 2004 abzeichnenden schweren wirtschaftlichen Krise des X. Bau Konzerns gelegen. Für die Mitarbeiter der Klägerin habe sich die Lage bei der Klägerin Anfang 2005 subjektiv als katastrophal bzw. als echte Existenzbedrohung dargestellt. Die Stimmung sei von beruflicher Unsicherheit und Existenzangst geprägt gewesen. Der Betrieb der laufenden Baustellen sei weitgehend zum Erliegen gekommen. Die kaufmännischen Mitarbeiter seien nur noch mit Krisenmanagement befasst gewesen. Gute Nachrichten seien nicht mehr allzu ernst genommen worden. Die Befürchtungen der klägerischen Mitarbeiter, dass mit Übergang des Unternehmens auf die T.-Gruppe wegen erheblicher personeller Überlappungen eine Gefährdung ihrer Arbeitsplätze eintreten würde, seien objektiv gerechtfertigt gewesen. Außerdem sei der Markt insgesamt rückläufig gewesen.

56

Das nach dem 14.03.2005 von verschiedenen Mitarbeitern benutzte Formular "Einstellungszusage" sei von diesen zweckentfremdet als Bewerbungsbogen verwendet worden. Nach dem die Streitverkündeten zu 2) und 3) von den Mitarbeitern mit dem Wunsch konfrontiert worden seien, ihnen zur Beklagten zu folgen, seien sie stets darauf hingewiesen worden, dass sie nicht hierüber entscheiden könnten, sondern eine Bewerbung bei der Beklagten erforderlich sei. Die Formulare seien jeweils mit der bei der Klägerin wahrgenommenen Funktion und dem gezahlten Entgelt innerhalb der üblichen Spanne ausgefüllt worden. Herr M. habe am Treffen vom 17.03.2005 aus Sicht des Streitverkündeten zu 2) überraschend teilgenommen. Bereits vor dem Treffen habe Herr B. sein Ausscheiden aus dem Unternehmen beschlossen und auch Herr T. habe sich mit entsprechenden Überlegungen getragen. Zweck des Treffens sei gewesen, sicherzustellen, dass die personellen Veränderungen keine Auswirkungen auf den laufenden Betrieb der Klägerin, insbesondere auf die gemeinsamen Splittingbaustellen der Niederlassungen Dresden und Düsseldorf auf der Autobahn A 38 haben sollten. Bei der Erörterung der technischen Fragen habe Herr M. plötzlich von sich aus die Frage nach dem weiteren Schicksal seiner Person aufgeworfen. Aus eigenem Antrieb habe er Erwägungen darüber angestellt, welche Mitarbeiter der von ihm geleiteten Dresdner Niederlassung möglicherweise für einen Wechsel zur Beklagten Betracht kämen. Er habe diese Mitarbeiter namentlich benannt und den Streitverkündeten zu 2) gebeten, deren Namen zu notieren. Herr M. habe sodann angeboten, die Kündigungsfristen für diese Mitarbeiter zu ermitteln. Am 18.03.2005 hätten die Streitverkündeten zu 2) und 3) die Mitarbeiter spontan zusammengerufen und sie - soweit noch nicht in persönlichen Gesprächen geschehen - über ihr bevorstehendes Ausscheiden aus dem klägerischen Unternehmen informiert und diese gebeten, diese Information an die übrigen Mitarbeiter weiterzuleiten. Die Nachricht habe unter den betroffenen Mitarbeitern große Unruhe und Aufregung ausgelöst und den Wunsch geweckt, den Streitverkündeten zu 2) und 3) zur Beklagten zu folgen. Die Mitarbeiter hätten in der Folgezeit die Streitverkündeten zu 2) und 3) insbesondere den Streitverkündeten zu 3) geradezu bedrängt, zur Beklagten mitgenommen zu werden. Eines Ansprechens oder gar eines Abwerbens habe es nicht bedurft. Es habe sich eine gewisse Eigendynamik entwickelt. Aus persönlicher Verbundenheit hätten die Streitverkündeten zu 2) und 3) den Mitarbeiter Kopien des Blankoformulars der Einstellungszusage überlassen. Der Streitverkündete zu 3) hat behauptet, dass er nie Kopien von den Arbeitsverträgen erhalten habe, die die wechselnden Mitarbeiter mit der Beklagten abgeschlossen haben. Soweit in den die Einstellungszusage

57

bzw. Bewerbungsunterlagen übermittelnden E-Mails auf getroffene Absprachen Bezug genommen bzw. um Übersendung von Vertragskopien an seine Privatadresse gebeten worden sei, habe es sich um eine für die Personalarbeit typische Redewendung gehandelt. Frau D. habe den Streitverkündeten zu 3) von sich aus auf einen Wechsel zur Beklagten angesprochen und auf einen entsprechenden Hinweis des Streitverkündeten eine Bewerbung bei der Beklagten eingereicht. Die Beklagte hat weiter behauptet, dass nach Eingang der Kurzbewerbungen zunächst die fachliche Qualifikation des betreffenden Bewerbers verifiziert und - bei positivem Ergebnis - entweder ein von der Beklagten unter- bzw. gegengezeichnetes Exemplar der Einstellungszusage oder sogleich ein Vertragsangebot übermittelt worden sei. Lediglich in Ausnahme-fällen sei dem betreffenden Mitarbeiter auch ohne vorherige Einreichung einer solchen schriftlichen Kurzbewerbung bereits ein von der Beklagten unterzeichnetes - und zugleich mit den persönlichen Daten des betreffenden Mitarbeiters ausgefülltes - Formular übermittelt worden. Dann sei der Übermittlung jedoch stets zumindest eine mündliche Anfrage sowie eine Abklärung und Verifizierung der fachlichen Qualifikation und der Möglichkeit eines sinnvollen Einsatzes im Unternehmen der Beklagten vorausgegangen.

Die Beklagte hat weiter behauptet, dass Herr S. am 27.04.2005 angeordnet habe, nicht mehr benötigte Dateien zu löschen. Diese Löschungen seien dann in Abstimmung mit Herrn M. und Herrn S. geschehen. Bei den Projektsteuerungsunterlagen handele es sich um ein käufliches Kalkulationsprogramm auf Exelbasis, welches die Klägerin auch Wettbewerbern im Zusammenhang mit der Bildung von Arbeitsgemeinschaften zugänglich gemacht habe, wie auch der Beklagten im Zusammenhang mit der Sanierung der Zentraldeponie St. Augustin in 2002. Das Projekt zur A 72 sei nicht auf dem Server in E. gewesen, sondern in der Niederlassung Dresden. Vom lokalen Server in E. seien Zugriffe auf den Server in Dresden technisch nicht möglich gewesen. 58

Die Beklagten und Streitverkündeten haben weiterhin behauptet, dass die negativen Betriebsergebnisse nicht auf den Personalwechsel zurückzuführen seien. Eine Zusammenführung der Niederlassungen der Klägerin in Berlin und Magdeburg sei ohnehin geplant gewesen. Eine Fortschreibung der bisherigen Umsatzzahlen sei schon deswegen nicht möglich gewesen, weil mit der Übernahme durch die T. eine Aufteilung des Marktes zwischen der Klägerin und den bei der T. bestehenden Verkehrswegebauereinheiten erforderlich geworden sei. Entsprechend dem Lagebericht seien insbesondere folgende Ursachen für die Ergebnisentwicklung 2005 verantwortlich gewesen: 59

Neueintritt eines neben der Beklagten weiteren leistungsfähigen Unternehmens in den Straßen- bzw. in den Betonstraßenbaumarkt, Abschwächung des Konjunkturaufschwungs, indirekte Auswirkungen der Insolvenz der X. Bau AG, erwerbsbedingte Anpassung der Nachtragsbewertung an die strengeren konzerneinheitlichen Bewertungsgrundsätze der T.-Gruppe, unverändert schrumpfender inländischer Baumarkt, gestiegene Preise auf den Rohstoffmärkten, Tilgung der im Vorfeld der Insolvenz der X. Bau AG deutlich angestiegenen Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, Erhöhung von Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen, wachsende Verunsicherung und zurückhaltende Ausschreibungspolitik der öffentlichen Hand für Großprojekte, steigende Zahl von Einsprüchen gegen beabsichtigte Vergaben, fehlende Vergleichbarkeit der Rückstellungen aufgrund konzerneinheitlicher Bilanzierungsmethoden, außerplanmäßige Abschreibung der Beteiligung an der I.+X. C./Polen in Höhe von ca. drei Millionen € auf einen Erinnerungswert in Höhe von 1,00 € sowie konservative Kalkulationsansätze. 60

Gegen die Kausalität der Mitarbeiterabwerbung für die Verluste spreche zudem, dass beispielsweise in den Niederlassungen Frankfurt und Magdeburg die Abwerbung von lediglich fünf bzw. sechs Mitarbeitern zu Ergebnismrückgängen in Höhe von ca. 11 Mio. € bzw. 16 Mio. € geführt haben soll, während die mit 11 Personen durch die behaupteten Abwerbungen besonders stark betroffenen Niederlassungen Dresden/Erfurt lediglich ein Ergebnismrückgang von 3 Mio. € hinzunehmen hatten. Die Niederlassung Hamburg habe trotz der Mitarbeiterabwanderung stets positive Betriebsergebnisse erzielt. Das negative Betriebsergebnis in Höhe von 10,5 Mio. € beruhe ausschließlich auf der Zusammenfassung der Niederlassung mit der Niederlassung Berlin/Brandenburg. Der niedrige Auftragseingang in der Düsseldorfer Niederlassung basiere u.a. darauf, dass die vormals zu Düsseldorf gehörende Zweigniederlassung Magdeburg zum 01.01.2005 an die Niederlassung Berlin übergegangen sei. Auf das Betriebsergebnis der Niederlassung Berlin habe die behauptete Abwerbeaktion keine Auswirkungen haben können, da kein Mitarbeiter dieser Niederlassung zur Beklagten gewechselt sei. Insgesamt fehle es bezüglich der behaupteten Ergebnismrückgänge an der haftungsausfüllenden Kausalität. Angesichts der massiven wirtschaftlichen Krise der Klägerin sei eine Fortschreibung der Vorjahresergebnisse nicht zu erwarten gewesen. Teilweise erklärten sich positive Betriebsergebnisse in den Vorjahren nur durch einzelne Großprojekte, die so nicht laufend am Markt vorzufinden seien. Auch die Veräußerung an einen bisherigen Mitbewerber und die Eingliederung in dessen Konzern, mit der sich daraus ergebenden konzerninternen Konkurrenzsituation stellten einschneidende Ereignisse dar, die zu gravierenden Strukturveränderungen führten und damit ganz erheblich auf die wirtschaftliche Leistungskraft und die Ergebnissituation der Klägerin Einfluss gehabt hätte. Letztlich sei zu berücksichtigen, dass die Betriebsergebnisse der Klägerin in der Mehrzahl bereits seit dem Jahre 2003 teilweise aber auch seit dem Jahre 2002 eine deutlich rückläufige Tendenz aufgewiesen hätten. Der baugewerbliche Umsatz auf dem heimischen Baumarkt habe sich in 2005 erneut um 6,7 % verringert. In der Zeit von Januar 2004 bis Mai 2005 habe sich die Liquidität der Klägerin immer weiter verschlechtert. In 49 Fällen seien Forderungen von mindestens 1 Mio. € am geplanten Erledigungstermin nur in Quoten zwischen 10 % und 50 % erfüllt worden. Nach alledem könne nicht von einem gewöhnlichen Lauf der Dinge gesprochen werden, sodass eine hypothetische Fortschreibung bisheriger Betriebsergebnisse auch im Hinblick auf § 252 Satz 2 BGB nicht gerechtfertigt sei. Die Klägerin treffe zudem ein Mitverschulden an der Abwanderung ihrer Mitarbeiter, da sie es versäumt habe, dem durch Abschluss langfristiger Arbeitsverträge, der Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote sowie der Gewährung attraktiver Beschäftigungsbedingungen vorzubeugen.

Mit Urteil vom 09.06.2008 hat das Arbeitsgericht die Klage teilweise als unzulässig und teilweise als unbegründet abgewiesen. Soweit in der Berufung von Bedeutung, hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beklagte und die Streitverkündeten zu 2) und 3) im Zusammenhang mit den Abwerbegeschehnissen im Zeitraum März bis Mai 2005 gemeinschaftlich unlautere Wettbewerbshandlungen zum Nachteil der Klägerin unternommen hätten. Es könne zwar nicht festgestellt werden, ob die Streitverkündeten zu 2) und 3) ihre Arbeitskollegen aktiv zur Aufgabe ihres Arbeitsverhältnisses gedrängt hätten. Es könne auch nicht die Unlauter- bzw. Treuwidrigkeit des Verhaltens der Streitverkündeten zu 2) und 3) in einem durch übertrieben vorteilhafte Arbeitsbedingungen bedingten Anlocken der Mitarbeiter der Klägerin gesehen werden. Eine Gegenüberstellung der Gehälter bei der Klägerin und bei der Beklagten habe keine außerhalb des Üblichen liegende Gehaltssteigerung im Einzelnen ergeben. Die Schwelle zum arbeitsvertrags- wie wettbewerbswidrigen Verhalten dürfte jedoch dadurch überschritten sein, dass die Streitverkündeten zu 2) und 3) den Mitarbeitern der Klägerin in der von ihnen selbst geschilderten Situation, der besonderen Unsicherheit über ihre zukünftigen Perspektiven bei der Klägerin, die Möglichkeit eröffnet hätten, durch eine

rasche Bewerbung eine ebenso rasche Einstellungszusage bei der Beklagten zu erhalten. Dies gelte zumindest für die in der Düsseldorfer Niederlassung der Klägerin Beschäftigten sowie für diejenigen Mitarbeiter, hinsichtlich derer es über das Sekretariat der Streitverkündeten zu 2) und 3) zu Kontakten mit der Beklagten gekommen sei. Die Streitverkündeten zu 2) und 3) hätten mit der Eröffnung eines solchen Bewerbungsprozederes für die Mitarbeiter die Türe aus dem Arbeitsverhältnis bei der Klägerin und hin zum Konkurrenten so weit aufgestoßen, dass dies in der Gesamtschau als unlautere Form der Mitarbeiterabwerbung bzw. Unterstützung des Wechsels zur Konkurrentin zu werten sein dürfte. Dieses Verhalten sei durch die Interessen der wechselwilligen Arbeitnehmer sowie der Beklagten nicht zu rechtfertigen und verletze die vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange der Klägerin. Es habe den Streitverkündeten zu 2) und 3) nicht verborgen bleiben können, dass sie damit eine Sogwirkung herbeigeführt hätten, die ersichtlich massiv nachteilige Folgen für die Klägerin zeitigen würden. Sie hätten die Eigendynamik der Abwanderung nicht durch die Eröffnung einer besonders raschen und effektiven Bewerbungsmöglichkeit verstärken dürfen, sondern vielmehr ihre Arbeitskollegen auf das Erfordernis einer Bewerbung bei der Beklagten auf normalem Wege und über die dafür ganz allgemein eröffneten Kanäle verweisen müssen. Für die Unlauterkeit des Verhaltens der Streitverkündeten zu 2) und 3) spreche zudem, dass sie mit der Vermittlung der Bewerbungen - teilweise unter Einflussnahme auf die Vertragsbedingungen (Prämienvereinbarung B., Ergänzungsvereinbarung E.) - bereits Geschäfte ihres zukünftigen Arbeitgebers und eines direkten Wettbewerbers der Klägerin betrieben hätten. Auch die Mitteilung der Vergabebekanntmachungen des Landes Sachsen-Anhalt an die Beklagte zeige, dass die Streitverkündeten zu 2) und 3) bereits um den wirtschaftlichen Erfolg der neuen Verkehrswegebauparte der Beklagten bemüht gewesen seien. Auch habe der Streitverkündete zu 2) bereits vor Ausscheiden bei der Klägerin Mitarbeitern einen Laptop zur Bearbeitung eines Angebots für die Klägerin zur Verfügung gestellt. Dies könne nicht mehr als zulässige Vorbereitungshandlung angesehen werden. Hinsichtlich der Beklagten dürfte auch von einem wettbewerbswidrigen Verhalten auszugehen sein. Es sei zwar unklar, über welche Vorgänge sie informiert worden sei, doch könnten der Beklagten, welche zu diesem Zeitpunkt mit der Klägerin zumindest im Wettbewerb um Arbeitskräfte gestanden habe, die die Unlauterkeit der Situation begründenden Umstände kaum verborgen geblieben sein, denn es hätten Vertreter der Beklagten - insoweit ist eine Zurechnung des Handelns von Herrn F. und Frau X.-T. gemäß §§ 81, 89, 831 BGB anzunehmen - die Kurzbewerbungen der Mitarbeiter der Klägerin entgegen genommen und in kürzester Zeit bearbeitet. Es seien auch zum Teil zunächst einseitige Einstellungsversprechen erteilt worden. Hierbei handele es sich um ein untypisches Einstellungsverhalten. Insbesondere seien Einstellungsversprechen von beiden Seiten offenbar erteilt worden, bevor jeweils eine Einigung über die Gesamtheit der Arbeitsvertragsbedingungen ausgehandelt worden sei. Denn die ausgefertigten Verträge - wie z.T. auch Bewerbungsunterlagen - seien erst nach Austausch der Einstellungsversprechen übermittelt worden. Der Umstand, dass die Beklagte bei der Bescheidung der Bewerbungen nach eigenen Bekundungen auf die Streitverkündeten zu 2) und 3) vertraute, spreche dafür, dass sich die Beklagte dieser als Mittäter oder Gehilfen bedient habe, um ihr Ziel eines möglichst raschen Aufbaus der eigenen Verkehrswegebauparte zu erreichen. Hierfür spreche auch der Wortlaut der Anschreiben mit denen seitens des Sekretariats des Streitverkündeten zu 3) die Kurzbewerbungen der Mitarbeiter der Klägerin an die Beklagte weitergeleitet worden seien. Es seien Formulierungen wie vereinbarungsgemäß oder wie besprochen verwandt worden. Letztlich spreche auch der Umstand, dass die Streitverkündeten zu 2) und 3) als Geschäftsführer den Aufbau einer Gesellschaft für die Beklagte mitgestalten sollten, dafür, dass tatsächliche Absprachen mit der Beklagten über die zu diesem Zeitpunkt - angesichts der alsbald angestrebten Marktpräsenz - vordringliche Aufgabe der Personalfindung bestanden habe. In der Gesamtschau dürfte das kollusive

Wirken der Beklagten und zusammen mit den Streitverkündeten zu 2) und 3) als wettbewerbswidrig anzusehen und damit auch ein nach § 9 UWG zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten der Beklagten anzunehmen sein. Die Beklagte hätte sich zwar auch auf dem üblichen Wege - per Inserat oder durch telefonische Direktansprache am Arbeitsplatz im zulässigen Rahmen - an die Mitarbeiter der Klägerin wenden können. Es sei aber unlauter, sich in der schwierigen wirtschaftlichen Situation der zukünftigen Geschäftsführer der Verkehrswegebautochter zu bedienen, die noch in den Diensten der Klägerin waren und direkten Zugang zu den abzuwerbenden Mitarbeitern gehabt hätten und alleine durch die Bereitstellung eines schnell eingespielten Bewerbungsprozederes den Erfolg der Abwerbung ganz erheblich fördern konnten.

Hinsichtlich der behaupteten Datenlöschungen sei unklar, welche Daten der Klägerin hiervon jeweils betroffen gewesen seien. Es sei auch nicht substantiiert dargetan, inwiefern bezüglich der Dateien "Angebotsfunktionsbauvertrag" eine Löschungsanweisung erteilt worden sei und ob Herr N. bei der Kalkulation des Angebotes für die A 72 Daten auf Weisung von Vertretern der Beklagten verwandt habe oder ob es sich um allgemein zugängliche Daten gehandelt habe. Es sei der Vortrag zum Inhalt der einzelnen Datensammlungen substantiierungsbedürftig. Dies gelte auch für die bei der Durchsuchung der Büroräume der Beklagten bzw. in Privaträumen verschiedener ehemaliger Mitarbeiter aufgefundenen Projektsteuerungsunterlagen und Leistungsverzeichnisse und Kalkulationsunterlagen der Klägerin. 63

Ein Schadensersatzanspruch könne der Klägerin aber nicht zugesprochen werden, da ein aus den behaupteten Verletzungshandlungen der Beklagten entstandener (Mindest-)schaden nicht bezifferbar gewesen sei. Das Gesetz sehe zwar in der Fiktion des § 252 Satz 2 BGB verbunden mit der Möglichkeit der gerichtlichen Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO eine Erleichterung des Schadensnachweises vor. Das Gericht müsse allerdings von einer Schätzung absehen, wenn diese mangels greifbarer Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde. Es sei hier nicht dargetan, welchen Gewinn die Klägerin für die Zeit nach dem streitgegenständlichen Geschehen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte. Ein Rückgriff auf die in den Vorjahren erzielten Umsätze sei kein den angeblich rechtswidrig abgeworbenen Mitarbeitern zuzuordnender Umsatz. Das Betriebsergebnis einzelner Niederlassungen der Klägerin sei nicht allein auf das Wirken der dort beschäftigten Mitarbeiter in den relevanten Positionen zurückzuführen. Vielmehr würden sich maßgeblich auch andere Faktoren wie etwa die allgemeine Konjunktorentwicklung, die tatsächliche Ausschreibungsdichte in den betroffenen Regionen, die Verbindung mit der Konzernmutter, die Lohnkosten- und Materialpreisentwicklung, Qualität und Intensität der Arbeit der Beschäftigten, etc. auswirken. Der Weggang einzelner Mitarbeiter sei folglich nur eine von möglicherweise vielen Faktoren, die in ihrem Zusammenwirken zu ei- 64

nem bestimmten Betriebsergebnis führen würden. Die Unterstellung einer bestimmten Ergebnisentwicklung sei in dem hier interessierenden Geschäftsbereich mithin keine geeignete Methode, um eine Schätzung des durch eine rechtswidrige Mitarbeiterwerbung entgangenen Gewinns vorzunehmen. Zudem durfte dieser auch nicht aus der Differenz zu den von der Klägerin behaupteten operativen Verlusten hergeleitet werden, da diese konkret entstanden und nicht in die abstrakte Schadensberechnung nach § 252 BGB (sondern nach § 249 BGB) mit einzubeziehen seien. Es könne auch vorliegend weniger von einem "gewöhnlichen Verlauf der Dinge" als von den "besonderen Umständen" der Insolvenz der Konzernmutter, des Verkaufs der Klägerin an die T.-Gruppe und den damit einhergehenden 65

Beeinträchtigungen des operativen Geschäftes der Klägerin auszugehen sein. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass im Jahre 2005 neben den angeblich durch die rechtswidrigen Handlungen der Beklagten abgeworbenen Mitarbeiter noch eine erhebliche Anzahl weiterer Arbeitnehmer das Unternehmen der Klägerin verlassen hätten. Angesichts dieser Gesamtumstände sei eine Fortentwicklung des Gesamtergebnisses nicht zu erwarten gewesen. Es seien zwar die behaupteten Verluste beträchtlich. Der Vortrag biete aber keine ausreichenden Anknüpfungstatsachen für die Berechnung eines konkreten Mindestschadens. Die Klägerin habe selbst verschiedene Kausalverläufe angeführt, die zu dem Ergebniseinbruch beigetragen hätten. Insofern müsste auch der Lagebericht 2005 und die darin enthaltenen Gründe für die Verluste mit einbezogen werden. Diese Beurteilung gelte auch für die dargelegte Entwicklung des Auftragsvolumens. Sie stelle in gleicher Weise wie die Ergebnisentwicklung ein multifaktorielles Geschehen dar. Die Klägerin habe selbst vorgetragen, dass die Auswirkungen der geringeren Auftragseingänge massiv erst in 2006 eingesetzt hätten. Die Auswirkungen auf den Gewinn im Jahre 2005 könnten deswegen nur geringer ausfallen. Der Kammer sei der Schluss vom Weggang einer bestimmten Mitarbeitergruppe und zum damit einhergehenden Verlust an Akquisitionsstärke auf die Reduzierung des Auftragsvolumens zudem ein nicht nachvollziehbarer, zu großer Schritt im Kausalverlauf. Die Klägerin könne ihren Mindestschaden auch nicht durch den Verlust des Wertes der abgeworbenen Mitarbeiter konkret beziffern. Das von der Klägerin vorgelegte Gutachten einer "indikativen Humankapitalbewertung auf Ertragswertbasis" sei für beabsichtigte Wertermittlung ungeeignet. Das Gutachten gehe zunächst von einer zu hohen Zahl von Mitarbeitern (59) aus. Unzutreffend sei auch die Prämisse, dass die festgestellten Mitarbeiterabwerbungen alle im Jahre 2005 abgeschlossen worden seien. Zum Teil seien die Mitarbeiter erst im Jahre 2006 ausgeschieden. Es sei weiter bedenklich, dass das Gutachten von der Prämisse einer planmäßigen Fortentwicklung des Geschäftes der Klägerin über das Jahr 2004 hinaus ausgehe. Dabei bleibe sowohl die Insolvenz der Mutter als auch die besondere Situation der Klägerin ab 2005 unberücksichtigt. Letztlich erscheine es auch fraglich, ob die Annahme eines einheitlichen Ertragswertes über alle Mitarbeitergruppen nicht zu einer übermäßigen Fälschung der Bewertung führe - immerhin reiche die relevante Gruppe vom Niederlassungsleiter bis zum Kalkulator/Bauleiter -. In methodischer Hinsicht sei die Aussage des Gutachtens vor allem deswegen für eine Schadensschätzung unbrauchbar, weil bei der Berechnung der durch die Abwerbung erlittenen Ertragswertbuße "Humankapital", also des nach 2004 eingetretenen Verlustes in der Mitarbeiterprofitabilität nicht berücksichtigt worden sei, dass der bei der Ermittlung des operativen (Humankapitalertrages) zugrundegelegte Ergebniseinbruch ab 2005 wesentlich auch auf den Verlust der nicht zur Beklagten abgewanderten übrigen Mitarbeiter zurückzuführen sein dürfte. Laut Lagebericht 2005 habe die Klägerin zum Stichtag 31.12.2005 228 Mitarbeiter weniger als im Vorjahr beschäftigt. Es ergäbe sich damit ein anderer Ausgangsbewertungspunkt. Zudem sei der konkrete Humankapitalwert auf der Basis des für die Jahre 2005 zu erwartenden operativen Ertrages berechnet. Dabei würden aber die ab 2008 zu erwartenden Erträge mit einem Anteil von fast 80 % zu Buche schlagen. Auch die vom Gutachter im Bandbreitenverfahren zugrundegelegten Ober- und Untergrenzen ermöglichten keine Schadensschätzung. Die als Obergrenze der indikativen Wertbandbreite ermittelte Unterschiedsbetrag der Unternehmenswerte der Klägerin im Jahre 2004 und im Jahre 2005 würden als Anknüpfungstatsache erkennbar ausscheiden, da auch das Gutachten davon ausgehe, dass die Differenz der Unternehmenswerte unterschiedliche Ursachen haben könne. Das Gutachten lege für die Feststellung der Untergrenze der Wertbandbreite einen kostenbasierten Wiederbeschaffungswert zugrunde, dessen Herleitung nicht offengelegt werde. Unabhängig davon sei sowohl die herangezogene Zahl der abgeworbenen Mitarbeiter unzutreffend, als auch die gutachterlichen Aussagen zum Wiederbeschaffungswert nicht nachvollziehbar. Das Gutachten stelle zudem für die

Berechnung der Kosten für die geringe Effizienz neu eingesetzter Mitarbeiter (Block A) und für die Effizienzgrade der mit Einarbeitungsaufgaben betrauten Mitarbeiter alleine auf Angaben der Klägerin (Block B - Ziffer 398) ab. Die Berechnung biete damit keine hinreichend substantiierten Anhaltspunkte für eine Schadensschätzung. Die Klägerin könne auch nicht Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 275.139,77 € für Beratungsleistungen von Prozessbevollmächtigten für den Zeitraum 01.04.2005 bis 31.12.2006 geltend machen. Dem stehe § 12 a Abs. 1 Satz 1 ArbGG entgegen, da davon auch materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche sowie Schadensersatzansprüche oder Ansprüche auf Verzugsschaden erfaßt würden. Die geltend gemachten Personalvermittlungskosten ließen sich ebenfalls nicht den vorgeworfenen rechtswidrigen Abwerbungen zuordnen. Es seien nur Honorarnoten eingereicht worden. Angesichts der bestrittenen Behauptungen der Klägerin hätte die Klägerin im Einzelnen darlegen müssen, dass es sich bei den besetzten Positionen um Positionen handelt, die durch den Wechsel zur Beklagten frei geworden sind. Daran fehle es. Soweit die Klägerin darüber hinaus behauptete, dass ihr aufgrund notwendiger Freistellungen Kosten in Höhe von 350.000,00 € entstanden seien, fehle es auch an einem ausreichenden Sachvortrag. Schließlich fehle es an ausreichenden Anhaltspunkten dafür, dass der Klägerin durch die behauptete Löschung, Mitnahme und Nutzung ihrer Daten durch die Beklagte bzw. durch abgeworbene Mitarbeiter ein Schaden entstanden sei.

Gegen das der Klägerin am 07.07.2008 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Klägerin mit dem am 07.08.2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, soweit die Klage gegen die Beklagte abgewiesen wurde und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 30.11.2008 mit dem am 01.12.2008 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 66

Mit Schriftsatz vom 01.07.2009 hat die Beklagte den ehemaligen Beklagten zu 2) - 4) den Streit verkündet. Die Streitverkündeten zu 1), 2) und 3) sind schriftsätzlich dem Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 04.02.2010 bzw. 19.02.2010 auf Seiten der Beklagten beigetreten. 67

Die Klägerin folgt der Auffassung des Arbeitsgerichts, soweit es ein wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagten und der Streitverkündeten angenommen hat. Sie trägt im Wesentlichen vor, dass die Beklagte gezielt und systematisch Schlüsselpersonen abgeworben habe. Es seien die Mitarbeiter nicht nur über die Wechselwilligkeit der Streitverkündeten zu 2) und 3) informiert worden, sondern die Mitarbeiter seien aktiv aus dem Arbeitsverhältnis abgeworben worden. Diese Abwerbung sei unlauter, da die Beklagten einen verwerflichen Zweck (Leerkaufen durch handstreichartige Abwerbung) unter Anwendung verwerflicher Mittel (Abwerbung zahlreicher Mitarbeiter und Schlüsselpersonen; Veranlassung von Datenlöschung bei der Klägerin; Aneignen von Arbeitsergebnissen, um sofortige Angebote in Abschreibungsverfahren einreichen zu können) verfolgt habe. Die Gesamtumstände ließen nur den Schluss zu, dass es der Beklagten in erster Linie darum gegangen sei, die Leistungsfähigkeit der Berufungsklägerin zu schwächen. Die Beklagte habe ein Einstellungs- und Bewerbungsprozedere den Mitarbeitern zur Verfügung gestellt, das zu einem massenhaften Wechsel der Mitarbeiter geführt habe und welches der Klägerin unmöglich gemacht habe, ihre Mitarbeiter durch ein Gegenangebot zu halten. Sie habe sich hierzu des Streitverkündeten zu 1), der noch in einem Beratungsvertrag zur X. Bau AG gestanden habe und der Streitverkündeten zu 2) und 3) bedient. Die Streitverkündeten zu 2) und 3) hätten schon während des Arbeitsverhältnisses die Geschäfte der Beklagten betrieben, in dem sie die entscheidenden Führungspersonen für die neue Verkehrswegebau sparte der Beklagten rekrutiert und die Organisationsstruktur aufgebaut hätten, um unmittelbar nach dem Ausscheiden bei der Klägerin auf dem Markt tätig zu werden. Sie hätten auch das Personal und die technische Einrichtung der Klägerin benutzt, 68

um ihr Ziel zu verfolgen. So seien Einstellungszusagen und die Vordrucke zur Einstellung zwischen den Sekretärinnen der Streitverkündeten zu 2) und 3) und der Beklagten ausgetauscht worden. Die Beklagte habe damit auch bewusst einen Sog erzeugt, der zu einem so großen Umfang von Eigenkündigungen geführt habe, dass sie nicht mehr in der Lage gewesen sei, ihre Geschäfte ordnungsgemäß zu betreiben. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass ihr nicht bekannt gewesen sei, wie die Streitverkündeten zu 2) und 3) agiert hätten und dass es nicht von ihr veranlasst worden sei. Die Beklagte habe das vertragswidrige Verhalten der Streitverkündeten zu 2) und 3) aktiv durch den Austausch der Einstellungszusagen unterstützt. Aufgrund des erheblichen Schriftverkehrs und des sonstigen Informationsaustauschs könne nur davon ausgegangen werden, dass die Beklagte zielbewusst vorgegangen sei, um die Klägerin als Wettbewerber zu behindern. Die Unterstützung der Mitarbeiter bei der Ausfüllung des Blankoformulars "Vertragsbedingungen/ Einstellungszusage" könne auch nicht als bloße Bewerbungshilfe eingestuft werden. Der Arbeitnehmer habe sich für die Interessen des Arbeitgebers einzusetzen und alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber abträglich sein könne. Erlaubt sei nur die stille Vorbereitung des eigenen Ausscheidens, nicht jedoch die aktive Unterstützung der Mitarbeiter bei der Gestaltung der neuen Arbeitsverträge bei dem Wettbewerber. Für eine gezielte Abwerbungskampagne durch die Beklagte spreche auch, dass sich die Abwerbungen auf sämtliche Niederlassungen der Klägerin bezogen hätten. Dies sei nur möglich, wenn dies systematisch geplant worden sei. Für eine generelle Anweisung zur Beauftragung der Streitverkündeten zu 2) und 3) sprächen auch mehrere E-Mails wie etwa "Viel Erfolg bei der Akquise" oder eine interne Mitteilung, in der es heiße, "der Ball rollt weiter" und "die zukünftige Geschäftsführung arbeite nun (noch informell) mit Volldampf an der Sache". Letztlich spreche auch dafür, dass noch während der bestehenden Arbeitsverhältnisse ein Businessplan für die Beklagte erstellt und einige wechselwillige Mitarbeiter bereits von der Beklagten mit einem Mobiltelefon ausgestattet worden seien.

Das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten, das sich als wettbewerbliche Kampfmaßnahme darstelle, habe zu einem erheblichen Schaden geführt. Der massive Verlust von Führungskräften habe nicht nur zu strukturellen Problemen sondern auch zu einem erheblichen Verlust der Akquisitionsstärke geführt. Die Verluste seien allein aufgrund des Verhaltens der Beklagten entstanden. Sie habe nicht nur die Mitarbeiter abgeworben, sondern auch die Klägerin schlecht geredet und es seien wesentliche Informationen von den Streitverkündeten zu 2) und 3) nicht an die Mitarbeiter weitergeleitet worden. Die Insolvenz der X. Bau AG habe keinen Einfluss auf diese negative Entwicklung gehabt. Bereits Ende 2004 sei sie über eine eigene Finanzierung vom Cash-Pool mit der Mutter abgekoppelt worden. Ihr sei auch ein Betriebsmittelkredit von der Deutschen Bank zur Verfügung gestellt worden, was publiziert worden sei. Sie sei dann von einem wirtschaftlich starken Partner aus der Insolvenz heraus an den T. Konzern verkauft worden. Dies sei bereits am 14.02.2005 in der Presse veröffentlicht worden. Insofern konnte bei den Mitarbeitern der Klägerin keine Unsicherheit über ihren Arbeitsplatz bzw. die weitere wirtschaftliche Entwicklung bestehen. Die schlechten Ergebnisse könnten auch nicht auf eine schwächere Konjunktur oder einen schrumpfenden inländischen Baumarkt zurückgeführt werden. In den Jahren 2003, 2005 und 2006 hätten die Umsatzrenditen nach dem Branchen-Report Straßenbau April 2007 der Dresdner Bank AG durchschnittlich im produktiven Bereich gelegen. In der ganzen Branche Straßenbau sei 2005 nur ein Umsatzrückgang von 2 % zu verzeichnen gewesen. 2006 hätte der baugewerbliche Umsatz real um fast 7 % gesteigert und die Preise für Straßenbauleistungen hätten um 4 % erhöht werden können. S. C. sei in einer Studie vom 18.04.2005 für das Bauvolumen in Deutschland auf einen Markt von 44,4 Milliarden € für 2005 und in 2006 auf 45,4 Milliarden € gekommen.

69

70

Da, wie das Arbeitsgericht angenommen habe, Umstände dafür sprechen, dass das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten zu einem Schaden für die Klägerin geführt hat, hätte das Gericht die Höhe des Schadens schätzen, notfalls einen Teil- oder Mindestschaden festsetzen müssen. Sie habe durch Vorlage der Unterlagen über die Betriebsergebnisse und Verluste ausreichende Schätzgrundlagen beigebracht. Ein konkreter Bezug zu den Tätigkeiten der Mitarbeiter in den einzelnen Filialen sei nicht erforderlich, da eine abstrakte Schadensberechnung ausgehend von den Betriebsergebnissen zulässig sei.

Unabhängig davon sei der Verlust in der Niederlassung Dresden durch die Abwerbungen verursacht worden. Die verbliebenen Mitarbeiter hätten sich mit überdurchschnittlichen Anstrengungen vergeblich um den Erhalt der Einheit bemüht. Insbesondere wegen der Abwerbung des Niederlassungsleiters sei es nicht möglich gewesen, Großprojekte in der Ausschreibungsphase sachgerecht zu bearbeiten. Die 70 Kündigungen in der Zweigniederlassung Magdeburg seien erforderlich geworden, weil die Zweigniederlassung extrem stark von der Abwerbung betroffen gewesen sei. Sie habe aufgrund ihrer Lage im Tarifgebiet Ost auch als verlängerte Werkbank der Niederlassungen in Düsseldorf, Berlin und Dresden gewirkt. Um die Mitarbeiter produktiv ab April 2005 einsetzen zu können, habe es an Führungspersonal gefehlt, welches die notwendigen Aufträge hätte akquirieren können. Entgegen den Behauptungen der Beklagten sei die Zuordnung der Niederlassung Magdeburg zur Niederlassung Berlin/Brandenburg allein deswegen erfolgt, weil der Markt durch die Abwerbungen weggebrochen war. In Berlin/Brandenburg habe es zwar nur eine relativ geringe Abwanderung gegeben. Die Niederlassung habe jedoch die Abgänge in Hamburg kompensieren müssen. Es sei auch nicht richtig, dass der Mitarbeiter M. in der Niederlassung Düsseldorf Aufträge abgelehnt habe. Es sei nur ein Auftrag abgelehnt worden, der fehlerhaft kalkuliert worden sei. Die Zahlen der Niederlassung Frankfurt sprächen auch nicht gegen einen Schaden. Dort sei 2004 ein Großprojekt bearbeitet worden, dass es unmöglich gemacht habe, weitere Aufträge anzunehmen. Im Jahr 2005 sei der Einbruch der Aufträge signifikant hoch gewesen (50 %). Es sei auch der Rückgang der Bauleistungen der Niederlassung N. durch die Abwerbung der Schlüsselpersonen bedingt.

71

Es ließen sich auch aus der gutachterlichen Darstellung von PWC Schätzgrundlagen erarbeiten. Würde man den Ansatz weiter verfolgen, ergebe sich ein Hinweis auf einen Unternehmensminderwert von 17,4 Mio. € und eine unmittelbare Reduzierung des Unternehmenswertes um bis zu 11,38 Mio. €. Es würden Ansätze aufgezeigt, einen Mindestschaden in einer Größenordnung von ca. 2.852.000,00 € zu schätzen. Dies betreffe allerdings nur den Substanzverlust des Unternehmens.

72

Die Klägerin beantragt,

73

unter Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom

74

09.06.2008, 3 (8) Ca 336/06 die Berufungsbeklagte zu verurteilen, an

75

die Berufungsklägerin 46.378.000,00 € zuzüglich 5 Prozentpunkte

76

Zinsen über dem jeweiligen Basiszins aus 27.700,00 € seit dem 01.

77

01.2006 sowie aus 18.678.000,00 € seit dem 01.01.2007 zu zahlen.

78

Die Beklagte beantragt,

79

die Berufung zurückzuweisen.

80

Die Beklagte trägt im Wesentlichen vor, dass es weder eine gezielte und flächendeckend über Deutschland verteilte Ansprache klägerischer Mitarbeiter oder eine systematische Verteilung von unterzeichneten Einstellungszusagen noch ein Schlechtreden durch die Beklagten oder eine Datenentwendung bzw. Vernichtung auf ihre Veranlassung gegeben habe. Der Hinweis auf staatsanwaltschaftliche Ermittlungsakten genüge nicht, zumal es sich um vorläufige Ermittlungsergebnisse handele. Sie habe auch nicht durch eine schnelle Beantwortung von Einstellungsanfragen wettbewerbswidrig gehandelt. Es gebe keine Formvorschriften, wie die Einstellung bzw. das Einstellungsverfahren durchzuführen sei. Eine Haftung der Beklagten käme nur in Betracht, wenn sie bzw. ihr Verrichtungsgehilfe ein wettbewerbswidriges Verhalten der Streitverkündeten veranlasst hätte. Dies sei nicht gegeben. Das bloße Ausnutzen eines Vertragsbruchs sei nicht wettbewerbswidrig. Weder der Vorstandsvorsitzende noch Herr F. hätten die Abwerbung irgendwelcher Mitarbeiter organisiert oder geplant. Die Streitverkündeten seien von sich aus auf die Beklagte zugekommen. Sie sei selbst von der Entwicklung überrascht worden und habe nur auf die Anfragen reagiert. Hierbei habe die Beklagte auch keine ungewöhnlichen Vertragsbedingungen zugesagt. Die Klägerin habe nicht die besondere Situation berücksichtigt, in der sich das Unternehmen zum Zeitpunkt der Eigenkündigungen befunden habe. Die klägerischen Mitarbeiter hätten sich ab Oktober 2004 nur noch mit Krisenmanagement befasst. Der Baustellenbetrieb sei mangels Materialnachschiebs und fehlender Werkzeuge immer mehr ins Stocken geraten und vielerorts völlig zum Erliegen gekommen. Die Stimmung innerhalb der Belegschaft der Klägerin habe sich auf dem Nullpunkt befunden, sie hätten Angst um ihren Arbeitsplatz gehabt. Wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, hätte kaum eine solche Vielzahl von Personen das Arbeitsverhältnis selbst gekündigt. Die Insolvenz der Mutter habe damit offensichtlich die Entscheidung der Arbeitnehmer und nicht eine eventuelle Ansprache durch die Streitverkündeten zu 2)

81

und 3) den Wechsel veranlasst. Dem könne die Klägerin auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass die Klägerin schon zu Beginn des Jahres 2005 von der Mutter wirtschaftlich abgekoppelt worden sei und bereits im Februar der Verkauf an die T.-Gruppe veröffentlicht worden sei. Gerade die Veröffentlichungen hätten für die Arbeitnehmer keine Sicherheit in Bezug auf ihre Arbeitsplätze erbracht. Auf dem Führungskräfte-treffen vom 18.02.2005 habe der Mehrheitsaktionär der T.-Gruppe, Herr Dr. I., mit seinen Äußerungen die Angst um die Arbeitsplätze mit Äußerungen wie "den Titel Geschäftsführer gibt es nicht mehr", "es werde sicherlich die eine oder andere Träne fließen", "dass für sie Schluss sei, wenn sie große Überlappungen haben, sollten sich Sorgen machen, ich brauche euch nicht", die Ängste verstärkt. Es hätten Mitarbeiter auch nicht erst ab März die Kündigungen ausgesprochen, sondern auch schon vorher seien Mitarbeiter ausgeschieden. Das die Mitarbeiter von sich aus einen Wechsel von der Klägerin beabsichtigt hatten, ergebe sich auch daraus, dass Mitarbeiter ausweislich des Lageberichts 2005 nicht zur Beklagten gewechselt seien. Soweit die Klägerin darauf verweise, dass nur Mitarbeiter mit Schlüsselfunktionen zu ihr gewechselt seien und es zu einem Know-how-Transfer gekommen sei, führe das nicht weiter. Bereits der Hinweis zu den Führungskräften sei nicht schlüssig. Im Übrigen könne auch nicht von einer sehr spezialisierten Branche mit speziellem Insiderwissen ausgegangen werden.

82

Ungeachtet der wettbewerbsrechtlichen Bewertung des Verhaltens fehle es an einem Schaden der durch ein Fehlverhalten der Beklagten verursacht worden sei. Im Schadensersatzrecht seien die Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens zu berücksichtigen. Dies gelte auch für den Bereich des Lauterkeitsrechts. Ein Schadensersatzanspruch scheidet also aus, wenn der Schaden auch bei einem ordnungsgemäßen Verhalten entstanden wäre. Dies sei hier gegeben. Die Zufügung von

83

Schäden durch die Abwerbung von Mitarbeitern sei nach einhelliger Meinung grundsätzlich erlaubt. Angesichts der notbedingten Nachfrage auf der einen und des attraktiven Angebots auf der anderen Seite, habe eine Ausnahmelage bestanden, die der Beklagten keine besonderen Werbemaßnahmen abverlangte. Um die Mitarbeiter zu gewinnen, hätte es aller Wahrscheinlichkeit nach sogar ausgereicht, passiv den Sachverhalt zu beobachten. Denn alle Umstände sprächen dafür, dass sich die wechselwilligen Mitarbeiter, weil sie von den unternehmerischen Planungen der Beklagten wussten, schon von sich aus um die freien Stellen beworben hätten. So gut wie gewiss aber treffe die Mindestannahme zu, dass eine unzweifelhafte erlaubte Werbeaktion, etwa ein Inserat in der Presse oder ein Ansprechen im privaten Bereich der Interessenten den gleichen Erfolg herbeigeführt hätte. Nach alledem hätte ein völlig rechtmäßiges, weil wettbewerbsrechtlich lauterer Verhalten bis hin zum bloßen Abwarten auf die Initiative der Interessenten nach lebensnaher Beurteilung des Geschehens die gleiche Wirkung gehabt. Unabhängig davon kämen diese Argumente, insbesondere das Vorliegen von Reserveursachen auch im Rahmen der Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO zum Tragen. Die Vorschrift sehe zwar zugunsten des Geschädigten Erleichterungen hinsichtlich des Schadensnachweises vor, in dem sie eine Wahrscheinlichkeitsbetrachtung zulasse, die mit dem tatsächlichen Schaden bzw. der Wirklichkeit nicht übereinstimme. Dies führe aber nicht dazu, anzunehmen, dass es sich um eine reine materielle Billigkeitsvorschrift handele. Eine Schätzung scheidet aus, wenn für die Schätzung keine tragfähige Grundlage bestehe, sie letztlich ins Blaue hinein zu erfolgen hätte. Die Beklagte habe keine ausreichenden Schätzgrundlagen dargelegt. Die Vorlage der Betriebsergebnisse, die bestritten würden, reiche nicht aus, da nicht von einem gewöhnlichen Verlauf der Dinge auszugehen sei. Im Lagebericht 2005 habe die Klägerin selbst einen multikausalen Geschehensverlauf mit dem Hinweis auf die Abschwächung des Konjunkturaufschwungs 2005 und ein Sinken des baugewerblichen Umsatzes 2005 anerkannt. Das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit 2005 sei danach in erheblichem Maße von indirekten Auswirkungen aus der Insolvenz der ehemaligen Muttergesellschaft X. Bau AG, insbesondere von der Verunsicherung bei der Bauherrenschaft und wichtigen Nachunternehmern sowie Abwanderungen und Abwerbungen von technischem und kaufmännischen Führungspersonal und dem hiermit verbundenen Know-how geprägt gewesen sei. Sie habe darüber hinaus auch die Unsicherheiten aus konzerninternen Auftragsverhältnissen zur X. Bau-Gruppe und von erhöhtem Materialaufwand, insbesondere aufgrund der ungünstigeren Konditionen bei Nachunternehmern durch die Insolvenz der Muttergesellschaft angeführt. Angesichts dieser Umstände könne nicht von einem gewöhnlichen Geschäftsverlauf ausgegangen und damit auch nicht der Schaden unter Hinzuziehung der erwarteten und tatsächlichen Betriebsergebnisse berechnet werden. Es bestehe eine genauso große Wahrscheinlichkeit dafür, dass die anderen Umstände zu dem aufgeführten, bestrittenen Verlust geführt hätten. Bei der Beurteilung dürfe auch nicht außer Acht gelassen werden, dass alle Mitarbeiter ordentlich gekündigt hätten und die Fluktuation in Direktionen nach dem Lagebericht 2005 durch qualifizierte Mitarbeiter aus der Muttergesellschaft oder externe Fachkräfte hätte kompensiert werden können. In jedem Fall könnten ihr Verluste nicht zugerechnet werden, die durch den Weggang von Mitarbeitern entstanden seien, mit denen die Klägerin Aufhebungsverträge geschlossen habe oder die zu anderen Firmen gewechselt seien. Auch die von der Klägerin für die einzelnen Niederlassungen angegebenen Zahlen über Verluste seien angesichts der Anzahl der ausgeschiedenen und verbliebenen Mitarbeiter nicht plausibel.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhalts sowie des widerstreitenden Sachvortrags und der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien und Streitverkündeten wird Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten

gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen, Gutachten, sowie Protokolle der mündlichen Verhandlungen und den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils einschließlich des Berichtigungsbeschlusses.

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE 85

### A. Die Berufung ist zulässig. 86

Sie ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 Ziffer b) ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 ArbGG, § 519 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO) und innerhalb der Frist (§ 66 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG) ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG) begründet worden. 87

### B. Die Berufung ist nicht begründet. 88

I. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch gemäß § 9 Abs. 1 UWG, §§ 823 ff BGB auf Ersatz des geltend gemachten Schadens. Es fehlen ausreichende Tatsachen, die eine Schätzung eines Schadens ermöglichen. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. 89

1. Mit dem Arbeitsgericht ist allerdings davon auszugehen, dass der Beklagten ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäß § 3, § 4 Nr. 10 UWG in Zusammenhang mit dem Wechsel von Mitarbeitern vorzuwerfen ist. 90

a) Die in einem Unternehmen tätigen Personen sind zwar aufgrund der in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit in der Wahl ihres Arbeitsplatzes frei. Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf den Bestand seiner Mitarbeiter. Das Abwerben von Mitarbeitern eines Konkurrenten ist als Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich erlaubt (BGH Urteil v. 11.01.2007 - I ZR 96/04- NJW 2007, 2999-3002). Dies gilt auch dann, wenn die Abwerbung bewusst und planmäßig erfolgt (OLG Brandenburg Urteil v. 06.03.2007 - 6 U 34/06 - NZA-RR 2008, 79-81; Köhler in Hefermehl/Köhler-Bornkamm, Wettbewerbsrecht 24. Aufl., § 4 UWG Rdn. 10.105; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Omsels, UWG, § 4 Rdn. 18). Es ist unerheblich, wie viele Mitarbeiter abgeworben werden, wie wichtig die abgeworbenen Mitarbeiter für ihren früheren Arbeitgeber waren (z.B. Spezialisten oder Schlüsselkräfte), welche Kenntnisse oder Fertigkeiten sie besitzen, oder ob sie Kenntnisse von Geschäftsgeheimnissen haben (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Omsels UWG § 24 Rdn. 25). Will sich ein Unternehmen vor Abwerbemaßnahmen schützen, so kann es dies durch entsprechende Zugeständnisse gegenüber den Arbeitnehmern oder durch Auslegung vertraglicher Wettbewerbsverbote tun (Köhler in Hefermehl/Köhler-Bornkamm, UWG § 4 Rdn. 10.103). Nur wenn besondere Umstände hinzutreten, kann das Abwerben von Mitarbeitern durch Mitbewerber im Einzelfall nach § 3 UWG oder § 4 Nr. 10 UWG wettbewerbswidrig sein. 91

Hiervon ist auszugehen, wenn das betreffende Verhalten bei objektiver Würdigung der Umstände in erster Linie auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers und nicht auf die Förderung eines eigenen Wettbewerbs gerichtet ist oder die Behinderung derart ist, dass der beeinträchtigende Mitbewerber seine Leistungen am Markt durch eigene Anstrengungen nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann oder unlautere Mittel oder Methoden verwendet werden (BGH Urteil v. 11.01.2007 - I ZR 96/04 - a.a.O. -). Auch das bloße Ausnutzen eines fremden Vertragsbruchs, ohne den vertraglich Gebundenen zum Vertragsbruch zu verleiten, wird nicht als unlauter angesehen, wenn nicht besondere die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten (BGH Urteil v. 92

06.06.2002 - I ZR 79/00 - NJW-RR 2002, 1565-1568). Diese Grundsätze gelten auch für das Ausnutzen des Vertragsbruchs eines bei einem Mitbewerber beschäftigten Mitarbeiters (BGH Urteil v. 30.01.1976 - I ZR 108/74 - MdR 1976, 556-557; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rdn. 10.109 m.w.N.). Allerdings wird das gezielte und bewusste Hinwirken auf den Vertragsbruch eines Mitarbeiters eines Mitbewerbers als unlauter angesehen (BGH Urteil v. 11.01.2007 a.a.O. m.w.N.). Unlauter bedient sich der Mitbewerber jedenfalls, wenn er die Entscheidungsfreiheit der umworbenen Mitarbeiter ernsthaft beeinträchtigt, etwa durch Übertreibung oder übertriebenes Anlocken (Harte-Bavendamm/Henning-Boedewig § 4 Nr. 10 UWG Rdn. 26). Es wird auch ein zu Abwerbungszwecken geführtes Telefongespräch, das über eine bloße Kontaktaufnahme hinaus geht, als wettbewerbswidrig beurteilt. (BGH Urteil v. 22.11.2007 - I ZR 183/04 - Direktansprache am Arbeitsplatz III NJW 2008, 855-856 m.w.N.). Insbesondere derjenige, der heimlich hinter dem Rücken eines Konkurrenten dessen Mitarbeiter zu Vertragsverletzungen anstiftet, bedient sich nicht der Mittel des Marktes, zu dessen Regeln gerade auch die Vertragstreue gehört. Insgesamt ist die Frage der Wettbewerbswidrigkeit in einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles unter Abwägung der Interessen aller Beteiligten zu beurteilen (Köhler in Hefermehl/Köhler-Bornkamm, Wettbewerbsrecht, § 4 UWG Rdn. 10.104 ff., Harte-Bavendamm, Henning-Boedewig, § 4 Nr. 10 UWG Rdn. 20 f.).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist nach Auffassung der Berufungskammer das vorliegende Verhalten der Beklagten wettbewerbswidrig. 93

aa) Es kann dahinstehen, ob die Streitverkündeten zu 2) und 3) die Mitarbeiter gezielt abgeworben haben oder nur eine latent vorhandene Bereitwilligkeit bei der Klägerin auszuscheiden, unterstützt haben. Sie haben unter Verstoß gegen ihre arbeitsvertragliche Treuepflicht gegenüber der Klägerin noch während des laufenden Arbeitsvertrages bereits das Geschäft des Wettbewerbers betrieben, in dem sie ihn bei der Beschaffung von qualifiziertem Personal aktiv unterstützt haben. Das Verhalten der Streitverkündeten zu 2) und 3) geht über das hinaus, was der Bundesgerichtshof im Rahmen einer Kontaktaufnahme am Arbeitsplatz noch wettbewerbsrechtlich für zulässig hält (BGH Urteil v. 22.11.2007 - I ZR 183/04 - NJW 2008, 855-856 Direktansprache am Arbeitsplatz III m.w.N.). Danach kann bei einem angezeigten Interesse zu einem Wechsel die offene Stelle knapp umschrieben und falls das Interesse des Mitarbeiters danach fortbesteht, eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Arbeitsbereichs verabredet werden. Es ist dagegen wettbewerbswidrig, wenn dem Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz Daten zu dessen Lebenslauf und bisherigen Tätigkeiten vorgehalten werden (BGH a.a.O., Fortführung BGH Urteil v. 04.03.2004 - I ZR 221/01 -, BGHZ 158, 174 Direktansprache am Arbeitsplatz I; siehe auch LG T. Urteil v. 06.07.2007 - 17 O 147 /07 juris.de). Hier wurde, wie das Arbeitsgericht zu Recht ausgeführt und im Einzelnen anhand des Geschehensablaufs in den Urteilsgründen dargestellt hat, unter Zuhilfenahme der "zweckentfremdeten Formulare" für eine große Zahl von qualifizierten Mitarbeitern der Klägerin ein Bewerbungsverfahren eröffnet, welches ihnen ermöglichte, den Einstellungsvorgang bei einem Wettbewerber in kürzester Zeit abzuschließen, ohne die vorher üblichen Vorstellungs- und Vertragsverhandlungen bei dem zukünftigen Arbeitgeber durchzuführen. Die Beklagte habe sich den Streitverkündeten zu 2) und 3) bedient, um einen raschen Aufbau der eigenen Verkehrswegebauabteilung zu erreichen. Dies sei wettbewerbswidrig. Dem folgt die Berufungskammer im Ergebnis und in der Begründung. Insofern wird auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts Bezug genommen. Lediglich ergänzend wird ausgeführt, dass im

Rahmen des Einstellungsverfahrens auch technische und personelle Ressourcen der Klägerin genutzt wurden. Denn es kam, nach dem die Streitverkündeten zu 2) und 3) 95

anlässlich des Treffens am 14.03.05 selbst ihre Einstellungszusagen ausgefüllt und ein nicht ausgefülltes Exemplar des Formulars erhalten hatten, in der Folgezeit zu einem Austausch dieser ausgefüllten "Einstellungszusagen" zwischen den Streitverkündeten zu 2) und 3) bzw. ihren Sekretärinnen einerseits und den Mitarbeitern der Beklagten andererseits. Hinter dem Rücken der Klägerin wurde damit auch unter teilweiser Nutzung ihrer Betriebsmittel das Personal für die zukünftige Verkehrswegebauindustrie der Beklagten aufgefüllt und notwendige Informationen für den Aufbau ausgetauscht (u.a. Übersendung einer Anschriftenliste und Telefonliste; Vergabebekanntmachung des Landes Sachsen-Anhalt). In Einzelfällen wurde auch seitens der Streitverkündeten zu 2) bzw. zu 3) auf die zukünftigen Vertragsbedingungen Einfluss genommen, worauf das Arbeitsgericht bezüglich der Mitarbeiter B. (Prämienvereinbarung, Ergänzungsvereinbarung E.) hingewiesen hat. Dies ist als wettbewerbswidriges Verhalten anzusehen.

Dem hat die Beklagte in der Berufung keine erheblichen Umstände entgegengehalten. Sie kann nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass etwa die Anschriftenliste nur die Teilnehmer des Treffens vom 14.03.2005 betroffen habe, es keine Form gebe, wie ein Einstellungsverfahren zu verlaufen habe und auch eine Kündigungshilfe durch Überlassung eines vorformulierten Kündigungsschreibens zulässig sei. Das vorliegend praktizierte Verfahren ist nicht mit dem Sachverhalt zu vergleichen, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegt (BGH Urteil vom 07.04.2005 - I ZR 140/02- NJW 2005, 2012-2013, Kündigungshilfe). Hier geht es nicht nur um eine Formulierungshilfe bei der Abfassung der Kündigung, sondern auch um die Vorortunterstützung bei der Darstellung der Bewerbung durch Nutzung des Formblatts und Klärung von Vertragsbedingungen. Durch die Vorgänge, die auch das Arbeitsgericht im Einzelnen beschrieben hat, wurde bereits das Geschäft der Beklagten im Unternehmen der Klägerin betrieben. Dies ist als unlauter anzusehen und beinhaltet eine gezielte Behinderung i.S.d. 4 Nr. 10 UWG.

96

bb) Soweit die Beklagte darauf verweist, dass sie das Verhalten der Streitverkündeten zu 2) und 3) nicht veranlasst habe und ihr das Verhalten damit nicht zugerechnet werden könne, kann dem nach Auffassung der Berufungskammer nicht gefolgt werden. Es kann dahinstehen, ob bzw. in welchem Umfang der Vorstandsvorsitzende, Herr C., über die beschriebenen Vorgänge informiert war. Die Beklagte muss sich das Verhalten ihrer Gehilfen, des Herrn F., seiner Sekretärin und der Streitverkündeten zu 2) und 3) im Zusammenhang mit den Einstellungsvorgängen und den Austausch der Einstellungszusagen gemäß §§ 8 Abs. 2 UWG, 831 BGB zurechnen lassen. Herr F. war ausdrücklich mit dem Aufbau der Verkehrswegebauindustrie der Beklagten betraut. Die Streitverkündeten zu 2) und 3) standen aufgrund der Einstellungszusagen und Absprachen schon seit dem 14.03.2005 im Lager der Beklagten. Herr F. hat das vertragswidrige Verhalten der Streitverkündeten aktiv durch seine Vorgehensweise unterstützt und damit die beschriebene Sogwirkung und Eigendynamik mit veranlaßt, wie das Arbeitsgericht zu Recht ausgeführt. Gerade im Hinblick auf die Heimlichkeit, Schnelligkeit und den Umfang der Maßnahme, die zu einem Wechsel von über 50 qualifizierten Mitarbeitern u.a. eine erhebliche Zahl von Führungskräfte führte, stellt sich das Verhalten der Beklagten nach Auffassung der Berufungskammer als wettbewerbswidrig dar. Der Klägerin wurde dadurch die Möglichkeit genommen, dem entgegenzuwirken.

97

Der Hinweis der Beklagten, dass sie schon mit Schreiben vom 30.03.2005 dem Insolvenzverwalter mitgeteilt habe, dass viele Abwerbungen vorlägen und sie beabsichtige, diese einzustellen, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte schon mehrere wichtige Mitarbeiter verloren. Denn es hatten schon mehrere Mitarbeiter gekündigt und die Beklagte

98

99

hatte entsprechende Einstellungszusagen erteilt. Außerdem war nicht offenkundig, welche Mitarbeiter mit welcher Qualifikation mit der Beklagten in Kontakt standen. Insofern konnte die Klägerin darauf nicht im Einzelfall erfolgversprechend reagieren.

Die Beklagte kann auch nicht mit Erfolg damit gehört werden, dass sie nicht gewusst habe, dass sich die Streitverkündete zu 2) oder 3) für die Übersendung von Formularen der Sekretärinnen der Klägerin bedient hätten oder sonstige Betriebsmittel der Klägerin (PC usw.) benutzt hätten. Wie bereits ausgeführt, standen die Streitverkündeten zu 2) und 3) schon von Anfang an in ihrem Lager. Ausweislich des unstreitigen Tatbestandes erster Instanz kam es nach dem Treffen vom 14.03.2005 zu einem Austausch von ausgefüllten Einstellungszusagen zwischen den Streitverkündeten zu 2) und 3) bzw. ihren Sekretärinnen ihrerseits und Mitarbeitern der Beklagten andererseits. Es sind keine Tatsachen vorgetragen, die den Schluss zulassen, dass etwa die jeweils tätige Sekretärin der Beklagten bzw. der Klägerin bei der Abwicklung des Schriftverkehrs mit den Streitverkündeten bzw. ihren Sekretärinnen eigenmächtig gehandelt hat. (u.a bei Übersendung/ Entgegennahme des Formulars, der Anschriftenliste bzw. der Telefonliste Anlage K 11 und K 44 ;Ermittlungsakte LKA NRW EK "Via" vom 10.01.2007). Die Beklagte bzw. ihr Beauftragter, Herr F., hat die eingehenden Formulare bearbeitet und veranlaßt, dass die Einstellungszusagen zurückgesandt wurden. Insofern muss sich die Beklagte auch die Abwicklung des Schriftverkehrs unter teilweiser Nutzung der Betriebsmittel der Klägerin zurechnen lassen. 100

Selbst wenn eine Übernahme von Mitarbeitern der Klägerin in dem Umfang und auf diese Art und Weise von vorneherein nicht beabsichtigt war, so hat sich die Beklagte doch der Streitverkündeten zu 2) und 3) bedient, um gemeinsam mit ihnen ihre Ziele zu erreichen, möglichst schnell und effektiv die Verkehrswegebauern aufzubauen. Hierfür spricht auch insbesondere, dass sich die Beklagte im Wesentlichen auf die Streitverkündeten hinsichtlich der in Betracht kommenden Mitarbeiter, ihrer Qualifikation und Eignung für neue Aufgaben verlassen haben muss. Denn es ergibt sich nicht, dass Anfragen zur Beschäftigung auf den von den Streitverkündeten zu 2) und 3) übersandten Formularen von der Beklagten zurückgewiesen worden wären. Es wäre selbst angesichts der behaupteten Wechselwilligkeit der Mitarbeiter angezeigt gewesen, die Mitarbeiter bzw. die Streitverkündeten auf einen anderen Weg der Kontaktaufnahme und Absprache über eine zukünftige Tätigkeit bei der Beklagten zu verweisen. 101

2. Nach Auffassung der Berufungskammer kann der Klägerin auch durch das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden, insbesondere ein Gewinnausfall entstanden sein. 102

Dem kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass ihr der behauptete Gewinnausfall nach den Grundsätzen des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht zugerechnet werden könne, weil die zu ihr gewechselten Mitarbeiter das Unternehmen der Klägerin angesichts der besonderen wirtschaftlichen Umstände auch ohne die kritisierte Verfahrensweise verlassen hätten. Das Bundesarbeitsgericht hat zwar in der Entscheidung zur Erstattung von Inseratskosten durch einen vertragsbrüchig gewordenen Arbeitnehmer darauf hingewiesen, dass der vertragsbrüchige Teil nur den Schaden zu ersetzen habe, der der anderen Vertragspartei durch die überstürzte Vertragsbeendigung entstanden sei, jedoch bei vertragsgemäßer Einhaltung der Kündigungsfrist nicht entstanden wäre. Es bedürfe keines Nachweises, dass der Arbeitnehmer von der vertraglich eingeräumten Kündigungsmöglichkeit fristgemäß Gebrauch gemacht hätte (BAG Urteil vom 23.03.1984 - 7 AZR 37/81 - NZA 1984, Seite 122-123). 103

Diese Rechtsprechung führt aber im vorliegenden Fall nicht weiter. In der dortigen Entscheidung ging es um Schäden durch die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist. Darum geht es hier nicht. Die Arbeitnehmer, die zur Beklagten gewechselt sind, haben das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfristen gekündigt, soweit die Klägerin mit ihnen keine Aufhebungsverträge mit einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschlossen hat. Selbst wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, dass die Arbeitnehmer auch dann gekündigt hätten, wenn sich die Beklagte durch eine zulässige Ansprache insbesondere durch Zeitungsinsertate um die Mitarbeiter bemüht hätte, spricht keine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Kündigungen gerade zu diesem Zeitpunkt ausgesprochen worden wären, zu welchem sie tatsächlich ausgesprochen worden sind. Die Beklagte hätte zunächst Einstellungsgespräche koordinieren und sich vor einer Einstellungszusage ein Bild von der Qualifikation der Bewerber machen müssen. Dies ist mit einem nicht unerheblichen Zeitaufwand verbunden. Gerade das beschriebene Einstel-

ungsverfahren begünstigte die Entscheidung zum kurzfristigen Ausspruch der 105

Kündigung. Es spricht somit eine große Wahrscheinlichkeit zumindest dafür, dass die wechselnden Arbeitnehmer ohne den Wettbewerbsverstoß die Kündigung zögerlicher bzw. zu einem späteren Zeitpunkt ausgesprochen hätten. Sie wären aufgrund der einzuhaltenden Kündigungsfristen später ausgeschieden und hätten länger für die Klägerin tätig sein können. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Umstände das Betriebsergebnis im positiven Sinn beeinflusst hätten. 106

3. Der Anspruch der Klägerin auf Ersatz des wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäß § 9 Abs.1 UWG, § 823 BGB scheidet jedoch daran, dass nicht bezifferbar ist und beziffert werden kann, welcher (Mindest-)Schaden der Klägerin durch das behauptete wettbewerbswidrige Verhalten entstanden ist. Die Klägerin hat unter Bezugnahme auf die vorgelegten Unterlagen einen der Beklagten zurechenbaren Verlust für das Jahr 2005 in Höhe von 27.700.000 € und für 2006 in Höhe von 18.678.000 € errechnet. 107

a) Die Schadensermittlung richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Da die Naturalrestitution hier nicht möglich erscheint, kann der Geschädigte eine Entschädigung in Geld verlangen (§ 251 Abs. 1 BGB). Die Ermittlung des Schadens erfolgt nach der sog. Differenztherorie. Für die Berechnung des entgangenen Gewinns nach § 252 Satz 1 BGB kommt es darauf an, in welcher Vermögenslage der Geschädigte stünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Da eine genaue Bestimmung der Höhe des nach § 252 Satz 1 BGB entgangenen Gewinns in der Regel nicht möglich ist, sieht das Gesetz in § 252 Satz 2 BGB i.V.m. § 287 Abs. 2 BGB Beweiserleichterungen vor. Nach § 252 Satz 2 BGB gilt der Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. 108

Nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Gericht im Falle des Streits über Schadensentstehung und Schadensumfang hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden. Dem Anwendungsbereich des 109

§ 287 Abs. 1 ZPO unterliegen damit sowohl die Feststellung des Schadens als auch dessen Höhe. Die Vorschrift dehnt für die Feststellung der Schadenshöhe das richterliche Ermessen über die Schranken des § 286 ZPO aus. Das Gesetz nimmt in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt (BAG Urteil vom 12.12.2007 - 10 AZR 97/07 -, EzA § 611 BGB 2002 Gratifikation, Prämie Nr. 22 m.w.N.). Allerdings soll die Schätzung möglichst nahe an diese heranführen. Da es für den Nachweis eines 110

wettbewerblichen Schadens in der Natur der Sache liegende Beweisschwierigkeiten gibt, vor allem was die künftige Entwicklung des Geschäftsverlaufs betrifft, sind allerdings an die Darlegungen der Mindestvoraussetzungen für eine Schätzung wettbewerblichen Schadens keine hohen Anforderungen zu stellen (BAG Urteil vom 20.09.2006 - 10 AZR 439/05 - EzA § 10 BBiG Nr. 12 m.w.N.). Sie eröffnet allerdings auch keine Billigkeitshaftung bzw. keine willkürliche Entscheidung über den zuzuerkennenden Schaden. Eine Schätzung ist unzulässig, wenn sie mangels greifbarer, vom Kläger vorzutragender Anhaltspunkte "völlig in der Luft hängen würde" und willkürlich wäre (vgl. u.a. BGH Urteil v. 23.10.1991 - XII ZR 144/90- NJW- RR 1992, 202-203; BGH Urteil v. 22.05.1084 - III ZR 18/83 - NJW 1984, Seite 2216-2219).

Für die Schätzung des Erwerbsschadens eines Verletzten müssen somit hinreichende Anknüpfungstatsachen dargelegt werden. Der zu ersetzende Schaden setzt voraus, dass sich das wettbewerbswidrige Verhalten konkret im Erwerbsergebnis ausgewirkt hat. Deshalb bedarf es grundsätzlich der Darlegung konkreter Anhaltspunkte für die Schadensermittlung (vgl. BGH Urteil v. 20.10.2009 - VI ZB 53/08 - MDR 2010, 39-41 m.w.N.). Dabei bietet § 252 Satz 2 BGB dem Geschädigten zwei Möglichkeiten der Schadensberechnung. Einerseits die abstrakte Methode, die vom regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr ausgeht, dass der Kaufmann gewisse Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätigt und daraus Gewinn erzielt, und andererseits die konkrete Methode, bei der der Geschädigte nachweist, dass er durch die unerlaubte Handlung an der Durchführung bestimmter Geschäfte gehindert worden ist und dass ihm wegen Nichtdurchführbarkeit dieser Geschäfte Gewinn entgangen ist (BGH Urteil vom 30.05.2001 - VIII ZR 70/00 - DB 2001, 2189-2190 = NJW-RR 2001, 1542-1543). 111

b) Nach Auffassung der Berufungskammer hat die Klägerin als insoweit darlegungs- und beweispflichtige Partei keine greifbaren Anhaltspunkte dafür vorgetragen, welcher Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (vgl. § 252 Satz 2 BGB). Insofern brauchte auch nicht weiter aufgeklärt zu werden, ob die vorgetragene negativen Betriebsergebnisse und operativen Verluste, die von der Beklagten bestritten werden, zugrunde gelegt werden können. 112

aa) Mit dem Arbeitsgericht ist davon auszugehen, dass mehrere Faktoren vorliegen, die zum einen das Ausscheiden der Mitarbeiter, als auch die Betriebsergebnisse in den Jahren 2005 und 2006 beeinflusst haben können. Es sind keine ausreichenden Tatsachen vorgetragen, die es der Kammer ermöglichen, zu schätzen, ob und in welchem Umfang die einzelnen Ereignisse für die negativen Ergebnisse verantwortlich sind. Eine Schätzung würde damit unzulässiger Weise ins Blaue erfolgen. 113

Zu den Ereignissen, die nach Auffassung der Berufungskammer mit Wahrscheinlichkeit die Betriebsergebnisse beeinflusst haben können, gehört die Insolvenz der Muttergesellschaft der Klägerin, der X. Bau AG. Diese befand sich 2004 in einer schweren wirtschaftlichen Krise und stellte am 01.02.2005 einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Das Insolvenzverfahren wurde am 01.04.2005 eröffnet. Die Klägerin war mit der X. Bau AG wirtschaftlich über einen Cash-Pool verbunden. Hierbei handelt es sich um unstrittige Ereignisse. 114

Die Klägerin ist zwar der Auffassung, dass diese Umstände auf die wirtschaftliche Entwicklung der Klägerin in den Jahren 2005 und 2006 keinen negativen Einfluss gehabt haben können, weil der Cash-Pool bereits im Dezember 2004 gekündigt worden sei, der Insolvenzverwalter am 03.02.2005 die Abkopp- 115

lung der Klägerin von der Konzernmuttergesellschaft durch eigene Finanzierung mitgeteilt habe, die Deutsche Bank am 05.02.2005 die Gewährung eines Betriebsmittelkredit für die Klägerin angezeigt habe und der Verkauf der Klägerin an die T.-Gruppe unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Gläubigerausschusses bereits am 14.02.2005 in der Presse veröffentlicht worden sei. Dem kann aber nicht gefolgt werden. Diese Darlegungen sind angesichts des Lageberichts der Klägerin von 2005 nicht nachvollziehbar und widersprüchlich. Hierauf hat das Arbeitgericht mit zutreffender Begründung hingewiesen. In der Berufung hat die Beklagte keine Umstände vorgetragen, die zu einer anderen Beurteilung führen. Insbesondere kann der Auffassung nicht gefolgt werden, dass den Äußerungen im Lagebericht ein zu großes Gewicht beigemessen wurde.

Lediglich ergänzend wird ausgeführt, dass der Lagebericht nach dem Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses 2005 (Seite 2) die Kernaussagen der Geschäftsführung der Gesellschaft zur wirtschaftlichen Lage und zum Geschäftsablauf einschließlich des Geschäftsergebnisses des Unternehmens enthält. Auf die Aufstellung unter Ziffer B. wird Bezug genommen ("1. Erneuter Rückgang des baugewerblichen Umsatzes in 2005.; 2. In 2005 fanden staat-liche Investitionsprogramme im Marktgebiet von I. + X. noch keinen Niederschlag; 3. Deutlicher Rückgang der Bauleistungen im Geschäftsjahr 2005.; 4. Das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit in 2005 in Höhe von EUR ist in erheblichem Maße von Sondereinflüssen geprägt."). 117

Unter der Überschrift "Geschäftsergebnis" heißt es im Lagebericht u.a. " Das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit 2005 in Höhe von - 68,8 Mio. € ist in erheblichem Maße geprägt von indirekten Auswirkungen aus der Insolvenz der ehemaligen Muttergesellschaft X.-Bau AG, insbesondere von der Verunsicherung der Bauherrschaft und wichtigen Nachunternehmern sowie massiver Abwanderung und Abwerbung von technischem und kaufmännischem Führungspersonal und dem hiermit verbundenen Know-how. Mehr als die Hälfte der Verluste des Geschäftsjahres sind auf die Abwertung von Forderungen und laufenden Projekten durch Anpassung an die strengeren Grundsätze der Nachtragsbewertung der T.-Gruppe entstanden". Unter der Überschrift, "Ertragslage" wird wiederum u.a. ausgeführt, "Für die negative Unternehmensentwicklung waren insbesondere die durch die Insolvenz der X.- Bau AG entstandenen Unsicherheiten aus konzerninternen Auftragsverhältnissen zur X.-Bau-Gruppe, Abwerbung von Führungspersonal durch Wettbewerber, sowie Nachtragsbereinigungen und Leistungskorrekturen im Zuge des T.- Erwerbs verantwortlich. Der Rückgang der Gesamtleistung resultiert zum Teil aus der Anwendung der strengeren Grundsätze Nachtragsbewertung . Zudem erhöhte sich der Materialaufwand insbesondere aufgrund der ungünstigeren Konditionen bei Nachunternehmern durch die Insolvenz der Muttergesellschaft X.-Bau AG sowie gestiegener Preise auf den Rohstoffmärkten"( Seite 4). Unter "Chancen und Risiken der künftigen Entwicklung", heißt es, "bei der öffentlichen Hand wuchs die Verunsicherung in Bezug auf die 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 Aufhebung und von Ausschreibungen vor allem bei Großprojekten zur Folge" (Seite 6). 118

Der Bericht begründet folglich die Verluste mit verschiedenen Kausalverläufen. Eine irgendwie geartete Bewertung, welchen Anteil welcher Faktor an dem negativen Ergebnis hat, wird nicht vorgenommen. 119

bb) Darüber hinaus hat die Beklagte weitere Umstände dargetan, die dafür sprechen, dass die wirtschaftliche Krise nicht mit der finanziellen Abkoppelung von der Konzernmutter 120

bewältigt war und die Arbeitsplätze 2005 bei der Klägerin aus Sicht der Arbeitnehmer gerade nicht gesichert waren. Die Beklagte weist zu Recht auf die Äußerungen des Mehrheitsaktionärs der T.-Gruppe in einem Führungskräfte-treffen am 18.02.2005 (Schriftsatz vom 09.06.2006, Bl. 252 ff d.A.) hin. Selbst wenn man berücksichtigt, dass die behaupteten Äußerungen, wie von der Klägerin vorgetragen, aus dem Zusammenhang gerissen wurden, können sie bei den Beschäftigten Unsicherheiten über die zukünftige Entwicklung ihres Unternehmens hinterlassen und ihr Verhalten beeinflussen. Der Verkauf an die T.-Gruppe war auch nicht unmittelbar nach der Veröffentlichung in der Presse am 14./15.02.2005 abgeschlossen. Der Gläubigerausschuß stimmte dem Verkauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 06.04.2005 zu und die Entscheidung EU-Kommission datiert vom 23.06.2005. Das Verfahren zog sich damit über mehrere Monate hin. Die Presse hat den Verkauf zwar positiv begleitet (Spiegel-online vom 15.02.2005 - Österreicher retten 4100 Arbeitsplätze). Es wird aber in dem Bericht auch ausdrücklich auf einen erheblichen Verlust von Arbeitsplätzen hingewiesen. Die T. bestätigt zwar mit Schreiben vom 30.03.2005 (Anlage K12 zum Schriftsatz der Klägerin vom 23.06.2006) die von Herrn P. im obersten Führungskreis getroffenen Äußerungen, dass die Fachkompetenz für die komplexen Großprojekte in bezeichneten Märkten bestehen bleibt. Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass "die Angebotshoheit regional, projektgrößen- und geschäftsfeldabhängig gegenüber der T. abgegrenzt wird und entsprechende, noch zu treffende Vereinbarungen den selbstständigen Status des Unternehmens im Konzernverbund sicherstellen und interne Konkurrenz im Tagesgeschäft ausschließen werden". Daraus ergibt sich, dass die Abgrenzung zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen war. Angesichts dieser Gesamtumstände spricht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Verluste auch auf die Vorgänge im Zusammenhang mit der Insolvenz der Konzernmutter und die weiteren im Lagebericht genannten Faktoren zurückzuführen sind.

cc) Der Auffassung der Klägerin, dass der geltend gemachte Schaden mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit allein durch das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten entstanden sind, stehen darüber hinaus weitere Umstände entgegen. Nach dem Vortrag der Klägerin sind 54 bzw. 57 Mitarbeiter zur Beklagten gewechselt. Die Mitarbeiter sind unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist ausgeschieden, soweit das Arbeitsverhältnis nicht vorher aufgrund Kündigung der Klägerin oder durch Aufhebungsvertrag vorher beendet wurde. Mit Ausnahme eines Ausscheidens aufgrund einer berechtigten fristlosen Kündigung der Klägerin können der Beklagten aber nicht ohne Weiteres Schäden zugerechnet werden, die durch ein vorzeitiges Ausscheiden des Arbeitnehmers unter Mitwirkung der Klägerin entstanden sind. Es kommt hinzu, dass die überwiegende Zahl dieser zur Beklagten wechselnden Mitarbeiter aufgrund der bestehenden Kündigungsfristen erst in der zweiten Jahreshälfte 2005 ausgeschieden sind. Eine große Zahl hat das Arbeitsverhältnis zum 30.09.2005 oder später gekündigt (Anlage K 36 zum Schriftsatz der Klägerin vom 21.11.2007). Damit haben die Arbeitsverhältnisse der gewechselten Mitarbeiter den größten Teil des Jahres mit der Klägerin fortbestanden. Bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens konnte die angesprochene Akquise durchgeführt und Aufträge abgewickelt werden. Insofern ist nicht nachzuvollziehen, inwieweit der Verlust für das Jahr 2005 (Abwicklung bestehender Aufträge) im Wesentlichen auf ihr Ausscheiden zurückzuführen ist, zumal die Abwicklung von Aufträgen zu einem erheblichen Teil von den ansonsten nicht gewechselten gewerblichen Arbeitnehmer durchgeführt worden sein dürfte. Etwas anderes könnte zwar gelten, wenn die angegebenen Verluste erst in den letzten Monaten des Jahres entstanden sind. Insofern fehlt es aber an einem ausreichenden Vortrag der Klägerin, der eine entsprechende Zuordnung des Gewinnverlustes nach Zeitabschnitten ermöglicht. Auch hinsichtlich der fehlenden Akquisemöglichkeiten ergibt sich keine andere Beurteilung, da sich diese angesichts der Beschäftigung eines Teils der Mitarbeiter bis zum dritten Quartal und noch länger erst zum

Folgejahr auswirken konnte.

Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Klägerin nach ihrem Lagebericht 2005 (Anlage 5 Bl. 4) 2004 1.329 und 2005 1.101 Mitarbeiter beschäftigt hat. Es sind folglich insgesamt 228 Mitarbeiter ausgeschieden. Hiervon hat die Klägerin 70 Arbeitnehmern der Niederlassung Magdeburg selbst gekündigt. Die Klägerin weist zwar darauf hin, dass durch das Ausscheiden der Führungskräfte organisatorische Maßnahmen durchgeführt werden mußten. Dies ist aber nicht nachvollziehbar dargetan, da nach dem Lagebericht 2005 die Fluktuation durch qualifizierte Mitarbeiter aus der Muttergesellschaft oder externe Fachkräfte kompensiert werden konnte. Insofern hätte auch die Auftrags- und Beschäftigungssituation zeitbezogen im Einzelnen erläutern werden

122

müssen.

123

Es kommt hinzu, dass zwischen 2004 und 2005 eine erhebliche Zahl von Mitarbeitern zu anderen Unternehmen gewechselt oder aus sonstigen Gründen ausgeschieden sind. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass der Wechsel der Mitarbeiter zur Beklagten auch die Entscheidung des ein oder anderen beeinflusst hat, die Klägerin zu verlassen. Es spricht jedoch nach Auffassung der Berufungskammer eine ebenso große Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Wechsel zu anderen Unternehmen auf andere Ursachen zurückzuführen ist. Wenn man den Klägervortrag berücksichtigt, brauchten sich die Mitarbeiter durch den Verkauf an die T.-Gruppe und die in dem Zusammenhang erschienenen internen Veröffentlichungen und Pressemitteilungen gerade keine Sorgen mehr über den Bestand und die Sicherheit ihrer Arbeitsplätze zu machen. Sie hätten etwa auf die Umsetzung der Kündigung im Einvernehmen mit der Klägerin verzichten können. Durch den Weggang von Führungspersonal in den Niederlassungen ergaben sich zudem für die verbleibenden Arbeitnehmer neue Chancen und Aufstiegsmöglichkeiten bei der Klägerin. Wenn weitere Mitarbeiter aber trotzdem die Klägerin verlassen haben, so kann dies nicht maßgeblich auf das Verhalten der Beklagten zurückgeführt werden. Bezüglich der Verluste des Jahres 2006 hat das Arbeitsgericht zudem zu Recht darauf hingewiesen, dass die Klägerin im Lagebericht 2005 unter der Überschrift "Chancen und Risiken der künftigen Entwicklung" selbst aufgeführt hat, "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. Den geänderten Anforderungen im kaufmännischen Bereich, bedingt durch die Übernahme von Verwaltungsaufgaben durch die BRVZ Bau-, Rechen- und Verwaltungszentrum GmbH wurde Rechnung getragen". Dem kann die Klägerin nun nicht mit Erfolg entgegen halten, dass die Aussagen auch im Hinblick auf die Außenwirkung des Berichts zu beurteilen seien. Es wird noch mal darauf hingewiesen, dass der Lagebericht 2005 die Kernaussagen erläutert. Insofern ist zunächst davon auszugehen, dass der Lagebericht unter Berücksichtigung der ermittelten Ergebnisse erstellt wurde. In jedem Fall hätte es angesichts der Erklärungen eines genaueren Vortrags bedurft, warum die Kompensation trotzdem nicht erreicht werden konnte.

124

dd) Die vorgetragenen Verluste in den Niederlassungen können auch nicht mit der Anzahl der ausgeschiedenen Mitarbeiter nachvollziehbar erklärt werden. Die Niederlassungen hatten in den Jahren 2001 und 2002 erhebliche Schwankungen zu verzeichnen. Die von der Klägerin angegebenen Verluste 2005, 2006 ragen zwar in besonderem Maße heraus. In der Vergangenheit war aber auch nicht die Insolvenz der Konzernmutter zu bewältigen. Es wirken sich zusätzlich auch andere Faktoren, wie die allgemeine Konjunkturlage, die Ausschreibungsdichte in den betroffenen Regionen, die Beteiligung an solchen Ausschreibungen, die Lohnkosten- und Materialpreisentwicklung, sowie die Qualität der

125

Arbeit und die Motivation der Beschäftigten etc. auf die Betriebsergebnisse aus, wobei der Umfang des Einflusses der Umstände nicht in jedem Fall einer Aufklärung zugänglich ist. Hierauf hat das Arbeitsgericht bereits hingewiesen. Es kommt hinzu, dass die Beklagte zu Recht darauf verweist, dass nur schwer nachvollziehbar ist, dass fünf Weggänge in der Niederlassung N. zu einem Verlust von 16 Mio. € und sechs Abgänge in der Niederlassung Frankfurt zu einem Verlust von 10 Mio. € geführt haben sollen, während in der Niederlassung Dresden der Weggang von 11 Mitarbeitern lediglich zu einem Verlust von 3 Mio. € geführt haben soll. Hinsichtlich des Weggangs der Niederlassungsleitung ist zu berücksichtigen, dass lediglich in Düsseldorf die technische und kaufmännische Leitung zur Beklagten gewechselt ist, während in anderen Niederlassungen nur der technische oder kaufmännische Leiter bei der Klägerin ausgeschieden sind und auch teilweise ersetzt wurden. Dresden und Berlin/Brandenburg waren insoweit von einem Wechsel zur Beklagten nicht betroffen. Die Beklagte hat zwar zu den Veränderungen in den einzelnen Niederlassungen in der Berufung Stellung genommen. Es verblieben aber zu viele Umstände offen, um die Bedeutung der einzelnen Faktoren für die Entstehung des Schadens beurteilen zu können.

Nach alledem fehlen aufgrund dieser Gesamtumstände greifbare Anhaltspunkte, die es ermöglichen, den behaupteten Schaden dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Beklagten zumindest zu einem bestimmten Teil zuzuordnen. Die von der Beklagten vorgenommene abstrakte Schadensberechnung bietet damit keinen hinreichenden Ansatzpunkt für eine Schätzung eines ihr durch das wettbewerbswidrige Verhalten der Klägerin entstandenen Schadens. Insofern hätte die Klägerin einen Schaden unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse in den einzelnen Niederlassungen (u.a. Art, Anzahl, Abwicklung der Aufträge, Anzahl und Dauer der Beschäftigung der Mitarbeiter) näher darlegen müssen, um sodann wegen einzelner zuletzt verbleibender nicht bestimmbarer Größen eine Schätzung zu ermöglichen. Daran fehlt es.

126

ee) Es kann auch kein Mindestschaden unter Berücksichtigung des Privatgutachtens (Anlage K 48) zugesprochen werden. Nach Auffassung der Berufungskammer ist das Gutachten zur Ermittlung einer Wertbandbreite für den indikativen Wert des Humankapitals einer bestimmten Beschäftigungsgruppe der Klägerin nicht als Schätzgrundlage geeignet. Das Gutachten ermittelt anhand von drei unterschiedlichen methodischen Ansätzen eine Bandbreite möglicher Werte eines Humankapitals. Es nimmt eine indikative Unternehmensbewertung nach IDW S 1, eine indikative Humankapitalbewertung auf Ertragswertbasis in Analogie zu IDW S 5 und eine indikative Humankapitalbewertung auf Wiederbeschaffungskostenbasis in Analogie zu IDW S 5 vor. Das Arbeitsgericht rügt zu Recht die unzureichende Tatsachenbasis als Ausgangspunkt der Begutachtung in Bezug auf die Anzahl der berücksichtigten Mitarbeiter, die fehlerhafte Prämisse einer planmäßigen Fortentwicklung des Geschäfts entsprechend der Planung vor der Abwerbung trotz Vorliegens multifaktorellen Geschehens, die Berechnung des konkreten Humankapitalwerts in methodischer Hinsicht, sowie die Berechnung der im Bandbreitenverfahren zugrundegelegten Ober- und Untergrenzen. Die von der Beklagten eingereichte Stellungnahme zu dem Gutachten 25.05.2009 (Bl. 2547 ff d. A) stützt im Einzelnen und nachvollziehbar die Kritik des Arbeitsgerichts. Die Berufungskammer schließt sich den inhaltlichen und methodischen Kritikpunkten an und nimmt auf sie Bezug. Den Darlegungen ist die Klägerin in der Berufung nicht konkret entgegengetreten. Die Klägerin hat selbst nur darauf hingewiesen, dass es bei dem Gutachten nicht um die Erfassung des entgangenen Gewinns, sondern um den Versuch geht, sich mit betriebswirtschaftlichen Ansätzen einem jedenfalls nach Auffassung der Klägerin eingetretenen Substanzschaden zu nähern.

127

128

Lediglich ergänzend ist in Bezug auf die Tatsachenbasis darauf hinzuweisen, dass ausweislich der Aufstellung der Beklagten auch Mitarbeiter durch Aufhebungsverträge ausgeschieden sind. Aufgrund der Mitwirkung der Beklagten dürften sie nicht in die Bewertung einfließen. Es wird bei der Gegenüberstellung der Unternehmenswerte nicht berücksichtigt, dass einige der zur Beklagten wechselnden Mitarbeiter erst im Jahre 2006 bei der Beklagten ausgeschieden sind (Anlage K36). Unabhängig davon bestehen auch angesichts der unter-

schiedlichen Aufgaben und Funktionen der Mitarbeiter Bedenken, den Anteil der abgeworbenen Mitarbeiter am Übergewinn (HC-ROIs) einheitlich zu bewerten (342). Die Bestimmung der humankapitalbezogenen Ertragsgrößen ist nicht ausreichend dargelegt. So geht das Gutachten für die Berechnung des Übergewinns für die Zukunft von einer unveränderten Fortführung des Geschäftsbetriebs aus. Es wird die Ergebnisplanung der Beklagten verwandt, deren Grundlage nicht erläutert wird. Es ergibt sich auch nicht, dass die weiter verwendeten Parameter auf gesicherten Erkenntnisse beruhen. Die indikative Humanbewertung auf Wiederbeschaffungskostenbasis kann auch nicht überzeugen. Es werden Effizienzgrade anhand von Parameter ermittelt, die auf Angaben von Mitarbeiter zurückzuführen sind, ohne dass erläutert wird, auf welchen Erkenntnisquellen sie beruhen. Die im Gutachten verwendeten Bewertungsparameter sind damit teilweise nicht objektivierbar und nachvollziehbar sind. Letztlich scheidet auch der als Obergrenze der indikativen Wertbandbreite ermittelte Differenzbetrag der Unternehmenswerte 2004 und 2005 aus, da die Entwicklung der Unternehmenswerte, mehrere Ursachen haben kann. Darauf weist auch das Gutachten hin. Gerade im vorliegenden Fall war es angezeigt, solche weiteren Faktoren in die Berechnung mit einzubeziehen. Es ist allerdings nicht erkennbar, dass andere Ursachen, wie die wirtschaftliche Krise des Mutterkonzerns ausreichend berücksichtigt worden wären. Nach alledem ist das Gutachten nicht als Schätzgrundlage für einen Mindestschaden geeignet.

129

c) Der Klägerin konnten auch keine Personalvermittlungskosten in Höhe von 163.114,94 € als 130 Mindestschaden zugesprochen werden. Dem Arbeitsgericht ist zu folgen, dass die Einreichung der Rechnungen über die angefallenen Kosten und die teilweise Angabe des Beratungsauftrags (u.a. Leiter Kalkulation, Kalkulatorin (Nachwuchskraft usw.) genügt nicht. Daraus kann kein Bezug zu dem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten hergestellt werden. Wie bereits ausgeführt, haben die Mitarbeiter nicht nur zu unterschiedlichen Zeiten gekündigt und sind auch zu unterschiedlichen Zeiten aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden, sondern sind auch zu anderen Unternehmen gewechselt. Insofern

wäre eine detaillierte Angabe erforderlich gewesen, welche Person mit welcher Qualifikation 131 in welcher Niederlassung wann, durch wen ersetzt worden ist. Daran fehlt es.

d) Die Klägerin kann auch nicht die Rechtsverfolgungskosten als Mindestschaden verlangen. 132 Sie beruhen auf Beratungsleistungen, welche von den Prozessbevollmächtigten der Klägerin für den Zeitraum 01.04.2005-31.12.2006 erbracht worden sind (Rechnungen Anlage K 43 zum Schriftsatz vom 27.11.2007). Unabhängig davon, dass ausreichende Anhaltspunkte fehlen, um sie auch nur teilweise dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Beklagten zuordnen zu

können, steht dem Anspruch § 12 a Abs. 1 S. 1 ArbGG entgegen. Mit dem Arbeitsgericht ist 133 davon auszugehen, dass nach dieser Vorschrift jeder Kostenerstattungsanspruch unabhängig von seiner Anspruchsgrundlage ausgeschlossen ist (BAG Urteil vom 27.10.2005 - 8 AZR 546/03- EZA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr 180; Germelmann in Germelmann/ Matthes/ Prütting/ N./ Glöge

§ 12 a ArbGG Rd 8). Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Regelung sittenwidrig ausgenutzt wird (Germelmann a.a.O. Rd. 11). Hierfür ergeben sich keine Anhaltspunkte.	134
e) Letztlich ergibt sich auch kein Anspruch auf Erstattung von Freistellungs-kosten oder Ersatz von Schäden, die durch die behauptete Löschung, Mitnahme und Nutzung ihrer Daten entstanden ist. Es fehlt weiterhin an einem ausreichenden Sachvortrag, dass, bzw. welche Kosten durch das Verhalten der Beklagten bzw. durch abgeworbene Mitarbeiter entstanden ist.	135
Nach alledem hatte die Klage keinen Erfolg. Die Berufung war zurückzuweisen.	136
C. Die Kosten des ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels hat die Klägerin gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG, § 97 Abs. 1 ZPO und die Kosten der Streithelfer zu 1), 2) und 3) gemäß § 101 Abs. 1 ZPO zu tragen. Die Streithelfer sind nach Streitverkündung durch die Beklagte mit Schriftsatz vom 01.07.2009, mit Schriftsatz vom 04.02.2010 (Streitverkündeter zu 1)), mit Schriftsatz vom 19.02.2010 (Streitverkündeter zu 3) 19.02.2010 und mit Schriftsatz vom 19.02.2010 (Streitverkündeter zu 2) dem Rechtsstreit auf Seiten des Streitverkünders beigetreten.	137
Gemäß § 101 Abs. 1 Halbsatz 1 ZPO hat die Klägerin auch die Kosten der Streithelfer zu tragen, wenn sie wie im vorliegenden Fall die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.	138
D. Die Kammer hat den entscheidungserheblichen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung beigemessen und daher gemäß § 72 Abs. 2 Nr.1, Abs. 1 ArbGG für die Klägerin die Revision an das Bundesarbeitsgericht zugelassen.	139
<b>RECHTSMITTELBELEHRUNG</b>	140
Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei	141
<b>REVISION</b>	142
eingelegt werden.	143
Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	144
Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich beim	145
Bundesarbeitsgericht	146
Hugo-Preuß-Platz 1	147
99084 Erfurt	148
Fax: 0361 2636 2000	149
eingelegt werden.	150
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	151
Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	152
1.Rechtsanwälte,	153

2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,	154
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.	155
In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.	156
Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	157
* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	158
JansenNovakKreymann	159