

Bundesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 249, 252 BGB, 286, 287 ZPO (Konkurrenzverbot)

- 1. Während des rechtlichen Bestehens eines Arbeitsverhältnisses ist einem Arbeitnehmer grundsätzlich jede Konkurrentätigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt (st. Rspr., BAG 28. Januar 2010 - 2 AZR 1008/08 - Rn. 22, AP BGB § 626 Nr. 227 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 30; 26. Juni 2008 - 2 AZR 190/07 - Rn. 15 mwN, AP BGB § 626 Nr. 213 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 21).**
- 2. Durch gleichwohl entfaltete Konkurrentätigkeiten - einschließlich des Abwerbens von Arbeitnehmern und Kunden - verstößt der Arbeitnehmer gegen seine vertraglichen Pflichten.**
- 3. Der Arbeitnehmer darf auch dann keine Konkurrenzgeschäfte tätigen, wenn sicher ist, dass der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer betreuten Sektor oder die betreffenden Kunden nicht erreichen wird (BAG 16. Juni 1976 - 3 AZR 73/75 - zu II 1 der Gründe, AP BGB § 611 Treuepflicht Nr. 8 = EzA BGB § 611 Treuepflicht Nr. 1).**
- 4. Allerdings darf der Arbeitnehmer, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nach § 74 HGB nicht vereinbart ist, schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines eigenen Unternehmens oder den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen vorbereiten (vgl. BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 190/07 - Rn. 15 mwN, AP BGB § 626 Nr. 213 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 21).**
- 5. Verboten ist aber die Aufnahme einerwerbenden Tätigkeit, zB durch Vermittlung von Konkurrenzgeschäften oder aktives Abwerben von Kunden oder Arbeitnehmern.**
- 6. Nach § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet der Tatrichter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch er ist.**

BAG, Urteil vom 16. Januar 2013, Az. 10 AZR 560/11

Tenor:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 2. Mai 2011 - 11 Sa 27/11 - aufgehoben, soweit es die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 6. Dezember 2010 - 2 Ca 533/10 - hinsichtlich des Zahlungsantrags zurückgewiesen hat.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand:

Der Kläger, Insolvenzverwalter über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin Frau N (vormals handelnd unter "Häusliche Krankenpflege A", im Folgenden: Pflegedienst A), nimmt den Ehemann und langjährigen Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin, Herrn D, auf Schadensersatz wegen Wettbewerbsverletzungen in Anspruch.

Nachdem am 2. April 2008 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin eröffnet worden war, erstrebte der Kläger als Insolvenzverwalter wiederholt die Stilllegung des Betriebs. Dazu kam es jedoch zunächst nicht. Der Kläger stellte Zeitarbeitskräfte und den - zuvor schon bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigten - Beklagten ein und führte mit Hilfe der Insolvenzschuldnerin den Geschäftsbetrieb weiter.

Nachdem es zu Auseinandersetzungen zwischen dem Kläger und der Insolvenzschuldnerin sowie dem Beklagten gekommen war, wies die Insolvenzschuldnerin den Kläger mit Schreiben vom 10. November 2009 auf den bestehenden Personalmangel hin, der sie außerstande setze, den Pflegedienst ordnungsgemäß weiterzuführen. Der Kläger nahm hierauf in seinem Schreiben vom 25. November 2009 Bezug und kündigte an, den Betrieb zu schließen, wenn gewisse Bedingungen nicht kurzfristig erfüllt würden. Versuche des Klägers, über Stellenanzeigen neue Mitarbeiter zu gewinnen, schlugen fehl. Nach Auskunft der Insolvenzschuldnerin ihm gegenüber meldeten sich auf die Anzeigen keine Interessenten.

Mit Schreiben vom 23. Dezember 2009 teilte die Insolvenzschuldnerin dem Kläger mit, sie werde den Betrieb zum 31. Dezember 2009 einstellen, da sie über zu wenig Personal verfüge. Daraufhin kündigte der Kläger sämtliche Pflegeverträge zum 31. Dezember 2009. Unter dem 23. Dezember 2009 kündigte der Beklagte sein Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31. Januar 2010.

Mit "Übernahmevertrag" vom 29. Dezember 2009 veräußerte der Kläger den Pflegedienst A an Herrn H. In dem Vertrag heißt es ua.:

"Der Erwerber übernimmt die derzeitigen Betreuungsverträge per 01.01.2010 und zahlt hierfür als Entgelt einen durchschnittlichen Monatsumsatz, ausgehend von der Vergütung der letzten Monate mithin der

Monate Juli bis Dezember 2009. Soweit der Veräußerer nicht in der Lage sein sollte, diese Entgelte nachvollziehbar zu errechnen, wird das Entgelt aufgrund einer Berechnung aus den Vergütungen der ersten drei Monate nach Übernahme der Vertragsverhältnisse durch die Erwerber berechnet.

...

Soweit Patienten sich weigern, das Vertragsverhältnis auf den Erwerber zu übertragen, wird der Kaufpreis um diesen Umsatz gemindert."

Die Insolvenzschuldnerin erzielte in den Monaten Juli 2009 bis Oktober 2009 einen Umsatz von insgesamt 123.838,55 Euro. Aus dem Übernahmevertrag realisierte der Kläger lediglich 471,35 Euro.

Beginnend mit dem 1. Januar 2010 gründete der Beklagte unter dem Namen "P" einen eigenen Pflegedienst, stellte zu diesem Zweck zwei Mitarbeiter ein und schloss vor dem 1. Januar 2010 neun Pflegeverträge mit Patienten ab, die zuvor Kunden des Pflegedienstes A waren.

Der Kläger hat im Wesentlichen vorgetragen, es hätten sich zwei Personen auf seine Ende 2009 aufgegebenen Stellenanzeigen gemeldet. Diese hätten aber bei dem Beklagten einen Vertrag unterzeichnet. Der Beklagte habe sämtliche Patienten der Insolvenzschuldnerin für seinen neuen Pflegedienst übernommen. Wäre dies nicht geschehen, hätten die Patienten sich zwangsläufig mit dem Pflegedienst H für eine kurzfristige Fortführung der Pflege in Verbindung setzen müssen, sodass nach der Übernahmevereinbarung ein höheres Entgelt aus dem Verkauf des Pflegedienstes A hätte erzielt werden können. Mit Herrn H sei vereinbart gewesen, dass er - der Kläger - die Patientenpflegeverträge künde und diese dann dem Pflegedienst H vermittle. Diese Vermittlung habe der Beklagte durch seine Übernahme der Patientenverträge unmöglich gemacht. Unter Berücksichtigung der letzten aufgeklärten Umsätze, wobei im November und Dezember 2009 von zumindest gleichbleibenden Umsätzen auszugehen sei, hätte er - der Kläger - aus dem Übernahmevertrag 30.939,95 Euro erzielen können, sodass sich sein Schaden auf insgesamt 30.468,24 Euro belaufe. Von diesem Betrag sei noch - aufgrund einer Aufrechnung im Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf mit dem Aktenzeichen - 1 Ca 1428/10 - ein Betrag von 4.412,96 Euro in Abzug zu bringen.

Der Kläger hat - soweit noch von Interesse - beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 26.055,28 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Klage vom 8. Januar 2010 zu zahlen.

Der Beklagte, der im ersten Rechtszug beantragt hatte, die Klage abzuweisen, hat in zweiter Instanz weder vorgetragen noch Anträge gestellt. Erstinstanzlich hat er die Ansicht vertreten, der Übernahmevertrag des Klägers mit Herrn H vom 29. Dezember 2009 sei rechtlich unzulässig.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Der Beklagte ist zum Termin vor dem Bundesarbeitsgericht nicht erschienen.

Gründe:

I. Die Revision hat Erfolg. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die auf Leistung von Schadensersatz gerichtete Klage nicht abweisen. Der Beklagte hat seine Pflicht zur Unterlassung von Konkurrenztätigkeiten während des Arbeitsverhältnisses verletzt (§ 60 HGB). Ob und in welchem Umfang der Kläger vom Beklagten Schadensersatz verlangen kann (§ 61 Abs. 1 HGB), steht noch nicht fest. Deshalb musste das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden (§ 563 ZPO).

1. Der Beklagte hat gegen das vertragliche Konkurrenzverbot verstoßen. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe insoweit nicht ausreichend vorgetragen, trifft unter Berücksichtigung der Säumnislage im Berufungstermin nicht zu. Nach § 539 Abs. 2 ZPO ist bei Säumnis des Berufungsbeklagten das zulässige tatsächliche Vorbringen des Berufungsklägers als zugestanden anzunehmen. Soweit es den Berufungsantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen.

a) Während des rechtlichen Bestehens eines Arbeitsverhältnisses ist einem Arbeitnehmer grundsätzlich jede Konkurrenztätigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt (st. Rspr., BAG 28. Januar 2010 - 2 AZR 1008/08 - Rn. 22, AP BGB § 626 Nr. 227 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 30; 26. Juni 2008 - 2 AZR 190/07 - Rn. 15 mwN, AP BGB § 626 Nr. 213 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 21). Durch gleichwohl entfaltete Konkurrenztätigkeiten - einschließlich des Abwerbens von Arbeitnehmern und Kunden - verstößt der Arbeitnehmer gegen seine vertraglichen Pflichten.

aa) Die für Handlungsgehilfen geltende Regelung des § 60 Abs. 1 HGB konkretisiert einen allgemeinen Rechtsgedanken. Der Arbeitgeber soll vor Wettbewerbshandlungen seines Arbeitnehmers geschützt werden. Der Arbeitnehmer darf im Marktbereich seines Arbeitgebers ohne dessen Einwilligung Dienste und Leistungen nicht Dritten anbieten. Dem Arbeitgeber soll dieser Bereich uneingeschränkt und ohne die Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung durch den Arbeitnehmer offenstehen (BAG 21. November 1996 - 2 AZR 852/95 - zu II 1 a der Gründe, EzA BGB § 626 nF Nr. 162; 26. Januar 1995 - 2 AZR 355/94 - zu II 2 a der Gründe, EzA BGB § 626 nF Nr. 155).

bb) Der Arbeitnehmer darf auch dann keine Konkurrenzgeschäfte tätigen, wenn sicher ist, dass der Arbeitgeber den vom Arbeitnehmer betreuten Sektor oder die betreffenden Kunden nicht erreichen wird (BAG 16. Juni

1976 - 3 AZR 73/75 - zu II 1 der Gründe, AP BGB § 611 Treuepflicht Nr. 8 = EzA BGB § 611 Treuepflicht Nr. 1). Die Darlegungs- und Beweislast für eine Einwilligung des Arbeitgebers trägt der Arbeitnehmer (BAG 16. Juni 1976 - 3 AZR 73/75 - zu II 2 b der Gründe, aaO).

cc) Allerdings darf der Arbeitnehmer, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nach § 74 HGB nicht vereinbart ist, schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines eigenen Unternehmens oder den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen vorbereiten (vgl. BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 190/07 - Rn. 15 mwN, AP BGB § 626 Nr. 213 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 21). Verboten ist aber die Aufnahme einer werbenden Tätigkeit, zB durch Vermittlung von Konkurrenzgeschäften oder aktives Abwerben von Kunden oder Arbeitnehmern. Bloße Vorbereitungshandlungen, die in die Interessen des Arbeitgebers nicht unmittelbar eingreifen, erfüllen diese Voraussetzungen nicht (BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 190/07 - aaO).

b) Die danach maßgeblichen Anforderungen an das tatsächliche Vorbringen für einen Wettbewerbsverstoß hat der Kläger erfüllt.

aa) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Beklagte vor dem 1. Januar 2010 neun Verträge mit Kunden des Pflegedienstes A geschlossen und nach den Behauptungen des Klägers auch die übrigen Patienten der Insolvenzschildnerin in seinen eigenen Pflegedienst übernommen. Dazu war der Beklagte nicht berechtigt. Er stand bis zum 31. Januar 2010 im Arbeitsverhältnis mit dem Kläger und durfte deshalb mit dessen Kunden keine Pflegeverträge schließen. Tat er es, wie im Streitfall, doch, so verstieß er gegen seine vertraglichen Pflichten. Mit dem Abschluss der Verträge hat der Beklagte den Bereich erlaubter Vorbereitungshandlungen weit überschritten.

bb) Zu einer weiter konkretisierten Darstellung der Vertragsgespräche zwischen dem Beklagten und den Patienten war der Kläger nicht gehalten. Er musste nicht, wie vom Landesarbeitsgericht gefordert, darlegen, wie, wann und wo der Beklagte unter welchen Umständen die Pflegeverträge mit den vormaligen Kunden des Pflegedienstes A geschlossen hat. Schon in der vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsache, dass er die Vereinbarungen noch während seines Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger getroffen hat, liegt ein Verstoß gegen seine vertragliche Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb. Deshalb musste der Kläger nicht vortragen, es habe festgestanden, dass Herr H zum 1. Januar 2010 alle 15 Pflegeverträge, die zuvor mit der Insolvenzschildnerin bestanden, übernehmen würde. Auch kann dem Kläger nicht entgegengehalten werden, der Beklagte habe angesichts der Kündigung sämtlicher Pflegeverträge durch den Kläger zum 31. Dezember 2009 von der Absicht des Klägers zur Geschäftsaufgabe und "Freigabe" der Kunden und damit von einem Einverständnis des Klägers mit der Konkurrenztaetigkeit ausgehen dürfen. Der Arbeitgeber muss weder darlegen, dass er die betreffenden Geschäfte

selbst hätte abschließen können, noch gehört es zur Schlüssigkeit seines Vorbringens, dass er darlegt, mit der Konkurrenztaetigkeit nicht einverstanden gewesen zu sein. Vielmehr ist es Sache des Arbeitnehmers, entsprechende Tatsachen für das Vorliegen eines (mutmaßlichen) Einverständnisses vorzutragen (BAG 16. Juni 1976 - 3 AZR 73/75 - zu II 2 b der Gründe, AP BGB § 611 Treuepflicht Nr. 8 = EzA BGB § 611 Treuepflicht Nr. 1). Allein die Kündigung der Verträge durch den Kläger begründete kein Einverständnis; vielmehr war die Veräußerung des Pflegedienstes einschließlich des Abschlusses von Anschlussverträgen durch einen Übernehmer eine bereits längere Zeit im Raum stehende Option des Insolvenzverwalters.

cc) Eine Wettbewerbsverletzung durch den Beklagten ist, anders als das Landesarbeitsgericht meint, auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger mit Herrn H am 29. Dezember 2009 einen Übernahmevertrag geschlossen hat und darin ein Betriebsübergang liege. Feststellungen, aus denen sich das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Betriebsübergangs (vgl. zuletzt BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 243/11 - Rn. 26 bis 29) ergeben könnten, hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen und sind dem Vorbringen des Klägers auch nicht zu entnehmen.

2. Ob und in welchem Umfang der Kläger vom Beklagten Schadensersatz verlangen kann, steht noch nicht fest.

a) Gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 HGB kann der Arbeitgeber Zahlung von Schadensersatz verlangen, wenn der Arbeitnehmer gegen die Pflicht zur Unterlassung von Konkurrenz verstößt. Da im Streitfall die Verletzungshandlung feststeht, muss der Beklagte unter den Voraussetzungen des § 249 ff. BGB Schadensersatz leisten. Insoweit mangelt es an Tatsachenfeststellungen im angefochtenen Urteil. Ferner ist die in Betracht kommende Schätzung des Schadens nach § 287 ZPO grundsätzlich dem Tatsachengericht vorbehalten. Deshalb musste der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden. Das Landesarbeitsgericht wird bei seiner erneuten Beurteilung folgende Gesichtspunkte berücksichtigen müssen.

aa) Nach § 249 Abs. 1 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (Naturalrestitution). Ist die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen, § 251 Abs. 1 BGB. Ob ein Vermögensschaden vorliegt, ist nach der Differenzhypothese durch Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte, zu beurteilen (BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 47 mwN, AP BGB § 280 Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 4; BGH 18. Januar 2011 - VI ZR 325/09 - Rn. 8 mwN, BGHZ 188, 78). Nach § 252 BGB

umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (BAG 26. September 2012 - 10 AZR 370/10 - Rn. 18 bis 20, DB 2013, 122).

bb) Nach § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet der Tatrichter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch er ist. Die Norm dehnt das richterliche Ermessen für die Feststellung der Schadenshöhe über die Schranken des § 286 ZPO aus. Das Gesetz nimmt dabei in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung mit der Wirklichkeit vielfach nicht übereinstimmt; allerdings soll die Schätzung möglichst nahe an diese heranführen (BAG 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 49, BAGE 125, 147; 20. September 2006 - 10 AZR 439/05 - Rn. 37, BAGE 119, 294). Der Tatrichter muss nach pflichtgemäßem Ermessen auch beurteilen, ob nach § 287 Abs. 1 ZPO nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist. Eine Schätzung darf nur dann unterbleiben, wenn sie mangels konkreter Anhaltspunkte vollkommen "in der Luft hänge" und daher willkürlich wäre (BGH 24. Juni 2009 - VIII ZR 332/07 - Rn. 16, NJW-RR 2009, 1404; 23. Oktober 1991 - XII ZR 144/90 - zu 3 a der Gründe, WM 1992, 36; Zöller/Greger ZPO 29. Aufl. § 287 Rn. 4); eine völlig abstrakte Berechnung des Schadens, auch in Form der Schätzung eines Mindestschadens, lässt § 287 ZPO grundsätzlich nicht zu (st. Rspr., BGH 8. Mai 2012 - VI ZR 37/11 - Rn. 9, NJW 2012, 2267; 16. März 2004 - VI ZR 138/03 - zu II 2 b aa der Gründe mwN, NJW 2004, 1945).

cc) Der Geschädigte muss die Umstände darlegen und in den Grenzen des § 287 ZPO beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falls die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt. Da die Beweiserleichterung des § 252 BGB und § 287 ZPO auch die Darlegungslast des Geschädigten mindert, der Ersatz entgangenen Gewinns verlangt, dürfen insoweit keine strengen Anforderungen gestellt werden (BAG 12. Dezember 2007 - 10 AZR 97/07 - Rn. 48, BAGE 125, 147; BGH 18. Februar 2002 - II ZR 355/00 - zu A II 1 der Gründe, NJW 2002, 2553). Dies gilt auch für den Nachweis eines wettbewerblichen Schadens, für den es im Hinblick auf die künftigen Entwicklungen des Geschäftsverlaufs in der Natur der Sache liegende Beweisschwierigkeiten gibt (BAG 20. September 2006 - 10 AZR 439/05 - Rn. 37, BAGE 119, 294; BGH 17. April 1997 - X ZR 2/96 - zu III 1 der Gründe, NJW-RR 1998, 331; 17. Juni 1992 - I ZR 107/90 - zu II B 1 c der Gründe, BGHZ 119, 20). Greifbare Anknüpfungstatsachen, die für eine Schadensschätzung unabdingbar sind, muss der Geschädigte im Regelfall darlegen und beweisen (BGH 8. Mai 2012 - VI ZR 37/11 - Rn. 9, NJW 2012, 2267).

b) Im Streitfall hat der Kläger geltend gemacht, er habe für die Veräußerung des Pflegedienstes A wegen der unerlaubten Konkurrenz durch den Beklagten nur einen sehr geringen Preis erzielen können. Er hätte bei

Abschluss von Anschlusspflegeverträgen mit allen Kunden einen durchschnittlichen Monatsumsatz zugunsten der Masse erhalten. Das ist im Grundsatz nachvollziehbar und legt die Schlussfolgerung nahe, dass jedenfalls im Rahmen des § 287 ZPO vom Eintritt eines Schadens auszugehen sein wird.

aa) Die Auffassung, der Übernahmevertrag sei insgesamt nichtig, weil die Weitergabe von Patientendaten erforderlich sei, ist nicht zutreffend. Grundsätzlich bestehen keine Bedenken gegen die Veräußerung von Pflegediensten (vgl. FG Münster 7. Dezember 2010 - 15 K 2529/07 U - EFG 2011, 677, das von der Zulässigkeit eines solchen Vertrags ohne Weiteres ausgeht). Die Lage ist, was die Weitergabe von Patientendaten betrifft, nicht anders als bei der Veräußerung von Arztpraxen, die ebenfalls zulässig ist. Die - für den Erwerber entscheidende - Fortführung der Vertragsbeziehungen mit Pflegebedürftigen kann mit deren Einwilligung erfolgen (vgl. zur Weitergabe von Patientenakte bei der Veräußerung von Arztpraxen: BGH 11. Dezember 1991 - VIII ZR 4/91 - zu I 3 der Gründe, BGHZ 116, 268).

bb) Bei einer Schätzung wird allerdings auch zu berücksichtigen sein, dass der Kläger nicht sicher sein konnte, dass die Patienten mit Herrn H Folgeverträge abschließen würden. Bei der Schätzung ist zu beachten, dass ohne das schädigende Dazwischentreten des Beklagten zwar eine Chance für Herrn H bestand, die Pflegeverträge zu übernehmen; das Ausmaß dieser Chance hängt jedoch von mehreren Umständen ab.

(1) Die Patienten waren in ihrer Entscheidung frei. Wie weit sie in der Lage waren, kurzfristig mit dritten Pflegediensten Verträge zu schließen, ist bisher nicht festgestellt. Eine besondere persönliche Bindung bestand weder zum Kläger noch zu Herrn H, wohl aber zur Insolvenzschriftnerin und dem Beklagten. Es kommt jedenfalls in Betracht, dass die Patienten, wenn sich der Beklagte nicht wettbewerbswidrig verhalten hätte, den Vertrag gleichwohl nicht mit Herrn H geschlossen hätten.

(2) Die Bewertung der Chance, die dem Kläger entging, kann auch durch sein eigenes Verhalten beeinflusst worden sein. Mussten zB die Patienten aufgrund der kurzfristigen Kündigung eine nicht unerhebliche Zeit lang damit rechnen, der Betrieb werde vollständig eingestellt und der Kläger habe auch kein Interesse an der Fortsetzung des jeweiligen Vertragsverhältnisses, wird die durch die Verletzungshandlungen des Beklagten zunichtegemachte Chance als eher gering anzusehen sein. Waren dagegen die Patienten rechtzeitig auf ein Angebot durch Herrn H vorbereitet, dürfte eine höhere Vergütung aus dem Übernahmevertrag zu erwarten gewesen sein.

(3) Ebenso kann sich auf die Bewertung der mit der Veräußerung verbundenen Chance ausgewirkt haben, ob die Versuche des Herrn H, mit den Patienten Verträge abzuschließen, auf einer mit ihrer Einwilligung zustande gekommenen Kenntnis von den Patientendaten beruhte (vgl. Jaeger/Henckel InsO Stand 2004 § 35 Rn. 14; Nerlich/Römermann/Andres

Stand August 2012 § 35 InsO Rn. 74; Uhlenbruck/Hirte 13. Aufl. § 35 InsO Rn. 280) oder ob Herr H ohne eine solche Einwilligung in den Besitz der notwendigen Informationen kam.

II. Über die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Revision wird das Landesarbeitsgericht zu entscheiden haben.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen dieses Versäumnisurteil kann der Beklagte innerhalb einer Frist von zwei Wochen seit Zustellung Einspruch beim

Bundesarbeitsgericht, Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt,
einlegen.

Der Einspruch muss von einem Rechtsanwalt, dem Vertreter einer Gewerkschaft oder eines Zusammenschlusses von Gewerkschaften mit der Befähigung zum Richteramt oder dem Vertreter einer juristischen Person gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 ArbGG mit der Befähigung zum Richteramt unterzeichnet sein.

Mikosch Mestwerdt Schmitz-Scholemann Thiel Stefan Fluri