

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

1 Sa 663/12

12 Ca 1854/11

(Arbeitsgericht Nürnberg)

Datum: 04.10.2013

Rechtsvorschriften: §§ 60, 61 Abs. 1 HGB, 280, 249 ff. BGB

Leitsatz:

Zu den Kausalitätsproblemen bei Schadenersatzansprüchen des Arbeitgebers wegen unerlaubter Konkurrenz­­tätigkeit des Arbeitnehmers

Urteil:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 27.06.2012, AZ: 12 Ca 1854/11 wird auf Kosten der Berufungsführerin zurückgewiesen.

- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche und (hilfsweise) über Auskunfts- und Herausgabeansprüche wegen behaupteter Wettbewerbsverstöße des Beklagten.

Der Beklagte war als Disponent/Logistik-Leiter seit 14.05.2009 bei der Klägerin gegen eine Bruttomonatsvergütung von zuletzt ca. EUR 2.400,-- tätig. Dem Arbeitsverhältnis lag ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 14.05.2009 (Bl. 29 d.A.) zugrunde. Das Unternehmen der Klägerin beschäftigt sich u.a. mit der Versorgung von Patienten mit Flüssigsauerstoff. Dieserhalb war die Klägerin Vertragspartnerin der Fa. H... GmbH (im Folgenden: H...). Diese hatte ihrerseits Lieferverträge mit den jeweiligen Krankenkassen der Patienten zu deren Sauerstoffversorgung. Die Klägerin führte im Auftrag der H... die Sauerstoffversor-

gung durch. Die dazu erforderlichen Versorgungsfahrten führte die Klägerin im Dezember 2010 nur im geringen Umfang durch eigene Fahrer aus; dies waren Herr V... und mit der halben Arbeitsleistung Herr W.... Den größeren Teil der Versorgungsfahrten hatte die Klägerin ihrerseits wieder an die Fa. He... Transportunternehmen vergeben und dazu eine „Liefer- u. Service Vereinbarung“ vom 04.01.2010 (Bl. 113 ff. d.A.) geschlossen. Die Pflichten aus diesem Vertrag erfüllte die Fa. He... mit fünf bei ihr angestellten Versorgungsfahrern.

Zum Jahresende 2010 lief die Vertragsbeziehung zwischen H... und der Klägerin ersatzlos aus. Die Klägerin hatte beschlossen, die Geschäfte zur Patientenversorgung mit Flüssigsauerstoff unmittelbar selbst - vermittelt über die jeweiligen Krankenkassen - zu übernehmen. Dieserhalb sollte eine „Umwerbeaktion“ bei den bisherigen H...-Patienten ab 03.01.2011 ins Werk gesetzt werden. Die konkrete Ausführung sollte über die Versorgungsfahrer geschehen, weil diese durch den bisherigen Kontakt zu den Patienten dort den besten Zugang besessen haben. Der Beklagte als Disponent sollte diese Aktion steuern.

Der Beklagte trat nach einem längeren Erholungsurlaub am 28.12.2010 seine Tätigkeit bei der Klägerin wieder an. Im Laufe des Vormittags dieses Tages wurde er von Frau R..., Assistentin des Kläger-Geschäftsführers, über die „Umwerbestrategie“ der Klägerin informiert. Ihm wurden Aufträge zu telefonischen Aktivitäten bei den Patienten erteilt. Am Folgetag (29.12.) meldete sich der Beklagte arbeitsunfähig krank. Im Weiteren legte er eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bis 04.01.2011 vor und kündigte mit Schreiben vom 29.12.2010 (Bl. 34 d.A.) ordentlich sein Arbeitsverhältnis. Vertragsende war der 31.01.2011. Bis zu diesem Zeitpunkt war der Beklagte nach seinen Angaben arbeitsunfähig krank. Am 01.2.2011 nahm der Beklagte eine vergleichbare Tätigkeit bei H... auf. Da die Klägerin den Verdacht hegte, dass der Beklagte bereits im Januar 2011 eine Tätigkeit für die H... aufgenommen hatte, beauftrage sie eine Detektei mit seiner Überwachung. Auf den vorgelegten Detektivbericht vom 17.01.2011 (Bl. 39 ff. d.A.) wird verwiesen. In einem arbeitsgerichtlichen Eilverfahren (10 Ga 2/11 ArbG Nürnberg) schlossen die Parteien am 21.01.2011 einen Vergleich, worin sich der Beklagte verpflichtete, bis 31.01.2011 keine Tätigkeit für H... aufzunehmen.

Nachdem das „Umwervevorhaben“ der Klägerin zum großen Teil gescheitert war, hat sie am 23.03.2011 die Klage beim Erstgericht anhängig gemacht und dort Schadensersatz-

ansprüche (EUR 250.000,-- und EUR 8.041,25) sowie hilfsweise - am 05.10.2011 - diverse Auskunfts- und Herausgabeansprüche geltend gemacht.

Im Endurteil vom 27.06.2012 hat das Arbeitsgericht die Klage im vollen Umfang abgewiesen und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Der (behauptete) Schadensersatzanspruch der Klägerin sei nicht begründet. Sie habe die Ursächlichkeit der (möglichen) Pflichtverletzungen des Beklagten Anfang Januar 2011 für den bei ihr eingetreten Schaden in keiner Weise hinreichend dargelegt. Die bloße abstrakte Herleitung des Schadens klägerseits sei ungenügend. Die Klägerin sei selbst nur davon ausgegangen, dass bei den bisherigen H...-Patienten nur eine Übernahmechance bestehe. Eine solche nur vage Hoffnung auf erfolgreiche Abwerbung begründe nicht die erforderliche Kausalität.

Auch die Konkurrenzfähigkeit des Beklagten während des rechtlichen Bestandes des Arbeitsverhältnisses habe die Klägerin nicht in der gebotenen Dichte vortragen können. Der angebliche Tatbeitrag des Beklagten sei nicht substantiiert, sondern durch Mutmaßungen der Klägerin ersetzt worden; dies gelte gerade für etwaige Tourenplanungen und/oder Patientengespräche. Auch zu dem behaupteten Verrat von Geschäfts-/Betriebsgeheimnissen bleibe es bei Spekulationen ohne die gebotene Konkretisierung des Tatsachenstoffs. Es sei nicht erkennbar, inwieweit Geschäftsgeheimnisse überhaupt bestanden hätten. H... habe aus der eigenen Geschäftsbeziehung über sämtliche einschlägige Patientendaten selbst verfügt. Soweit sich der Beklagte - unstreitig - in den Geschäftsräumen der H... aufgehalten habe, könne dies durchaus einer zulässigen Vorbereitung seiner zukünftigen Tätigkeit zugeordnet werden.

Auch zum Schadensumfang fehle es am hinreichenden Vortrag der Klägerin. Die Behauptung einer (erfolgreichen) 50 %-Abwerbequote von dem bisherigen Patientenstamm (489 Patienten) sei ausschließlich spekulativ und könne auch keine Grundlage für eine seriöse Schadensschätzung bilden.

Die vorgetragene Detektivkosten schulde der Beklagte nicht: Es fehle schon am konkreten Verdacht der Konkurrenzfähigkeit und vor allem sei er nicht einer vorsätzlichen Pflichtverletzung überführt. Letzteres sei Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers. Dessen reine Vorsorgekosten seien jedoch nicht erstattungspflichtig.

Auch die hilfsweise geltend gemachten Auskunfts- und Herausgabeansprüche bestünden nicht. Zur Auskunft sei der Arbeitnehmer nur verpflichtet, wenn seitens des anspruchstellenden Arbeitgebers mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Wettbewerbstätigkeit nachgewie-

sen sei. Solches sei jedenfalls für den (beantragten) Zeitraum vom 03. - 07.01.2011 nicht geschehen. Die Behauptungen der Klägerin dazu seien im Allgemeinen und Spekulativem ohne inhaltliche Konkretisierung verblieben. Wegen der erfolglosen 1. Stufe (Auskunft) bestünde auch kein Anspruch zur 2. Stufe (Herausgabe des Erlangten).

Wegen der weiteren Einzelheiten zum erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien, der dortigen Antragstellung und den Gründen des Ersturteils wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe verwiesen.

Anzufügen ist, dass das Ersturteil ausweislich des Tatbestandes und der Gründe den in 1. Instanz gestellten Antrag zur eidesstattlichen Versicherung für Erklärungen des Beklagten zu Tätigkeiten bei der H... für die Zeit vom 03.01. - 07.01. bzw. 11. - 13.01.2011 sowie den Auskunftsanspruch zu dem Telefonat des Beklagten am 28.12. (vgl. Protokoll vom 23.05.2012, Bl. 382 d.A.) übergangen hat. Allerdings sind dazu Anträge der Klägerin nach §§ 320, 321 ZPO nachfolgend nicht gestellt worden.

Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts hat die Klägerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt.

Zu ihrer Begründung hat die Klägerin unter Wiederholung und Vertiefung des bisherigen Vortrags weiter ausgeführt, der Beklagte sei zum Schadensersatz verpflichtet. Sein pflichtverletzendes Verhalten sei für den der Klägerin entstandenen Schaden ursächlich. Hätte der Beklagte Anfang Januar 2011 seine Aufgaben als Disponent für die Versorgungsfahrer wahrgenommen, wäre die Klägerin über die Tätigkeit und Kontakte dieser Fahrer in der Lage gewesen, die angegebene Zahl von ca. 240 Patienten aus dem Stamm der H...-Kunden abzuwerben. Eine Wechselbereitschaft in dieser Höhe sei nach den Gesamtumständen anzunehmen. Auch beziehe sich die Klägerin auf das Zeugnis der benannten Patienten. Der Beklagte habe durch Konkurrenzaktivität zu Lasten der Klägerin seine Vertragspflichten verletzt. So habe er seit dem 04.01. unentschuldigt gefehlt. Weiter habe er sich vom 03.01. - 11.01.2011 in den Geschäftsräumen der H... je ca. 10 Stunden aufgehalten und dabei Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (Routen-/Tourenpläne) der Klägerin verraten. All dies habe einem bereits im November/Dezember 2010 mit dem Geschäftsführer der H... verabredeten Plan entsprochen. Nachfolgend hat dazu die Klägerin noch ergänzt, der Beklagte habe am 03.01. in den Räumen der H... auch die Fahrer (wohl der Fa. He...) B..., Sc..., Sa... und G... für ihre Transportaufgaben geschult.

Darüber seien auch Urkunden ausgestellt worden, die dem Klägerinvertreter von dem Zeugen M... (Bruder des H...-Geschäftsführers) vorgezeigt worden seien. Keinesfalls habe der Aufenthalt des Beklagten Anfang Januar 2011 bei der H... nur der Vorbereitung seines zukünftigen Arbeitsverhältnisses gedient.

Die Schadensberechnung der Klägerin sei unter den gegebenen Umständen ausreichend konkret und entspreche der allgemeinen Erfahrung. Dies gelte für die Versorgungsdauer der Patienten (60 Monate) und den monatlichen Gewinn (EUR 50,-- je Patient). Auch eine 50 %-Wechselquote sei absolut realistisch. Dass die Klägerin tatsächlich nur ca. 10 % der Patienten einwerben konnte, stehe dem nicht entgegen, sei vielmehr gerade Ergebnis des Fehlverhaltens des Beklagten.

Der Beklagte schulde im Wege des Schadensersatzes auch die (Netto)-Detektivkosten. Die Beauftragung des Detektivs sei zur Schadensabwehr erforderlich gewesen. Der Beklagte habe ab 04.01. unentschuldigt gefehlt. Auch habe der Arbeitnehmer V... mit identischem Wortlaut sein Arbeitsverhältnis gekündigt und die Inhaberin der Fa. He... habe ihre Fahrer ab der 1. Januarwoche 2011 angewiesen, sich nur noch an H... oder den Beklagten zu wenden. Aus all dem hätten sich für die Klägerin klare Anhaltspunkte für eine Konkurrenzfähigkeit des Beklagten ergeben.

Hilfswise schulde der Beklagte die Auskunft für seine Tätigkeit bei H... im Zeitraum 03. - 07.01.2011 und müsse diese eidesstattlich versichern. Es bestehe der konkrete Verdacht der Konkurrenzfähigkeit für diesen Zeitraum. Wegen dieser Verdachtsmomente sei er auch auskunftspflichtig für ein Telefonat, das er ca. 45 Minuten am 28.12. 2010 geführt habe, nachdem er von Frau R... über die Abwerbeaktion der Klägerin informiert worden sei. Auch sei er auskunftspflichtig, ob und wenn ja in welchem Umfang er sich Vorteile in Geld oder Geldeswert für die Konkurrenzfähigkeit von H... habe versprechen lassen oder von dieser angenommen habe. Entsprechend dieser Auskunft sei er der Klägerin auch zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.

Die Klägerin und Berufungsklägerin hat deshalb vor dem Landesarbeitsgericht Folgendes beantragt:

- I. Das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 27.06.2012 zum Aktenzeichen 12 Ca 1854/11, zugestellt am 16.11.2012, wird aufgehoben.
- II. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 250.000,00 nebst Zinsen zu 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz p.a. seit Rechtshängigkeit zu

zahlen.

III. Der Beklagte wird weiterhin verurteilt, an die Klägerin € 8.041,25 nebst Zinsen zu 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.03.2011 p.a. zu zahlen.

IV. Hilfsweise, für den Fall des Unterliegens zum Antrag II):

1. Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welche Tätigkeiten er vom 03.01. bis 07.01.2011 in der Zeit von 7 Uhr morgens bis 19 Uhr abends in dem Anwesen T...-Straße xx in xxxxx N... verrichtet hat.
2. Der Beklagte wird verurteilt, die Richtigkeit seiner Auskunft aus obigem Auskunftsantrag zu IV 1) sowie die Richtigkeit seiner am 05.10.2011 und am 30.11.2011 gerichtlich abgegebenen Erklärungen, wonach er vom 03.01.2011 bis 07.01.2011 und vom 11.01.2011 bis 13.01.2011 jeweils von 7 bis 19 Uhr in den Geschäftsräumen der Firma H... mit Herrn M... *den Stand der Dinge* besprochen haben will, unter anderem wie der Stand der Logistik war, welche Mittel zur Verfügung standen und was er davon halte, wonach er weiterhin über Gehalt, vertragliche Dinge, seine zukünftige Stellung bei der Firma H... gesprochen und wonach er seine Vorstellungen eingebracht habe, jedoch keine Tourenplanung vorgenommen und keine Gespräche mit Patienten geführt habe, an Eides statt zu versichern.
3. Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, mit wem er am 28.12.2010 unmittelbar nachdem er von der Zeugin R... über die von der Klägerin geplante Informations- und Werbemaßnahme informiert worden war, ein ca. 45 minütiges Telefonat geführt hat und was die Inhalte dieses Telefonats waren.
 - 3.1 Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, ob er und bejahendenfalls in welchem Umfang er für seine Tätigkeiten im Januar 2011 sich von der Firma H... M... H... Medizintechnik GmbH, T...-Straße xx, xxxxx N... Leistungen in Geld oder Geldeswert hat versprechen lassen oder angenommen hat dafür, dass er das mit der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis faktisch vorzeitig dadurch beendete, dass er unter Angabe einer angeblich bestehenden Arbeitsunfähigkeit ab 03.01.2011 bzw. spätestens ab 05.01.2011 keine Tätigkeiten für die Klägerin entfaltet und/oder stattdessen im Januar 2011 für die Firma H... tätig geworden ist.
 - 3.2 Der Beklagte wird verurteilt, die Richtigkeit dieser Aussage an Eides statt zu versichern.
 - 3.3 Der Beklagte wird verurteilt, die sich aus der gegebenenfalls eidesstattlich versicherten Auskunftserteilung ergebenden Gelder und geldwerten Vorteile an die Klägerin herauszugeben.

Der Beklagte und Berufungsbeklagte hat hingegen beantragt:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 27.06.2012, Az.: 12 Ca 1854/11, wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin trägt die Kosten beider Rechtszüge.

Weiter hat der Beklagte der partiellen Klageänderung der Klägerin in deren Anträgen zu den Ziffern IV 2 und 3 ausdrücklich widersprochen.

Er hat in der Sache das arbeitsgerichtliche Urteil verteidigt und weiter ausgeführt, eine Schadensersatzpflicht seinerseits bestehe nicht. Sein mögliches Verhalten oder Fehlverhalten sei jedenfalls für den von der Klägerin behaupteten Schaden, nämlich das Scheitern ihrer Abwerbekampagne, nicht ursächlich. Eine Wechselbereitschaft der H...-Patienten im größeren Umfang werde bestritten. Solche ältere und in der Regel schwerkranke Menschen hielten an den bisher gewohnten Zuständigkeiten fest und lehnten schriftliche Änderungsvorgänge, so wie sie die Klägerin ins Werk setzen wollte, ab. Auch seien viele Patienten durch die von H... gestellten Sauerstoffkonzentratoren an dieses Unternehmen besonders gebunden. Vor allem komme es für das Liefergeschehen nicht nur auf die Wünsche der Patienten an, sondern die Vertragsbeziehung müsse zur jeweiligen Krankenkasse hergestellt werden. Dabei sei völlig offen, ob diese so ohne Weiteres einem Wechsel von H... (dem bisherigen Vertragspartner der Krankenkassen) zu der Klägerin die Zustimmung geben würden. Weiter sei der Beklagte für die „Abwerbeaktion“ der Klägerin nicht erforderlich gewesen. Er habe in der Person des Herrn K... einen Vorgesetzten, der vertretungsweise für ihn tätig werden könne. Welche Weisungen die Fa. He... den bei ihr angestellten Fahrern erteile, liege außerhalb der Einflussphäre des Beklagten. Die Entscheidungen würden bei diesem Unternehmen nach eigener Einschätzung ohne sein Zutun getroffen. Weiter sollten nach dem eigenen Vortrag der Klägerin die jeweiligen Versorgungsfahrer die Werbeaktion bei den Patienten mittels Informationsblatt und vorbereiteter Wechselerklärung (Bl. 369 d.A.) ausführen, nicht der Beklagte in eigener

Person. Bei der moralisch zweifelhaften Aktion hätte die Klägerin ihm schon aus allgemeinen Gründen keine Mitwirkungspflicht auferlegen können.

Eine Konkurrenztaetigkeit zur Klägerin habe der Beklagte im Januar 2011 nicht entfaltet. Richtig sei, dass er sich an den bereits genannten Tagen in den Geschäftsräumen der H... aufgehalten habe. Dabei sei es aber immer nur um die Vorbereitung seines zukunfftigen Arbeitsverhältnisses gegangen, nämlich um Vertragsverhandlungen, Kennenlernen des betrieblichen Umfeldes und Besprechung des zukunfftigen Aufgabenbereiches. Er habe keine Tourenplanung vorgenommen und keine Gespräche mit Patienten gefuhrt. Auch habe er am 03.01. keine Fahrer der Fa. He... geschult. Richtig sei, dass zu einem späteren Zeitpunkt (ca. April/Mai 2011) von ihm ein Dokument ausgestellt worden sei, wonach die betroffenen Fahrer geschult worden seien. Dieses habe der Sache nach aber nur bedeutet, dass die Fahrer am 03.01.2011 den Status eines entsprechend „geschulten“ Versorgungsfahrers (für Medizinprodukte) besessen hätten. Der insoweit von der Klägerin benannte Zeuge M... sei psychisch auffällig und begegne dem Geschaftsfuhrer von H... feindselig.

Kosten für die Detektivuberwachung schulde er der Klägerin nicht. Im Zeitpunkt der Beauftragung der Detektei (07.01.) habe keinerlei Veranlassung zu seiner Uberwachung bestanden. Er habe keine Konkurrenztaetigkeit ausgeubt; es fehle jede vorsätzliche Pflichtverletzung.

Das Auskunftsbegehren bezuglich einer Taetigkeit bei H... vom 03.01. - 07.01. 2011 sei schon unzulässig, weil nicht hinreichend bestimmt. Jedenfalls sei es aber unbegrundet, weil lediglich allgemeine Behauptungen ohne jede Konkretisierung aufgestellt wurden, die keinen (wettbewerbsspezifischen) Auskunftsanspruch begrunden konnten. Für die geforderte Auskunft zu einem Telefonat am 28.12.2010 fehle von vorneherein jede Anspruchsgrundlage.

Soweit bei den Hilfsanträgen in der 2. Stufe die Herausgabe von Geld oder geldeswerten Vorteilen aus einer angeblichen Konkurrenztaetigkeit begehrt werde, werde dagegen die Verjährungseinrede erhoben. Die gesetzliche 3-monatliche Verjährungsfrist für einen solchen Herausgabeanspruch sei nicht gewahrt.

Zum weiteren Vorbringen der Parteien und zur Sachaufklärung im Berufungsverfahren wird auf die ubergebenen Schriftsätze, die zugehorigen Anlagen und den Protokollinhalt aus der mundlichen Verhandlung vom 26.09.2013 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts ist statthaft (§ 64 Abs. 2 lit. b, c ArbGG).

Auch im Übrigen begehen der Zulässigkeit des Rechtsmittels keine Bedenken (§§ 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO); es ist insbesondere fristgerecht eingelegt und entsprechend begründet worden.

B.

Sachlich ist die klägerische Berufung jedoch unbegründet.

Der Beklagte schuldet der Klägerin keinen Schadensersatz wegen der behaupteten Konkurrenzfähigkeit von Anfang Januar 2011; dies gilt in gleicher Weise für den begehrten Ersatz der Detektivkosten (§§ 60, 61 Abs. 1 HGB, 280 Abs. 1, 249 ff. BGB).

Auch die Hilfsanträge auf Auskunft und Herausgabe müssen - soweit zulässig in die Berufung gelangt - erfolglos bleiben (§§ 61 HGB, 241 BGB).

Dahingehend hat das Erstgericht im Ergebnis zutreffend erkannt. Dazu und im Hinblick auf das Rechtsmittelvorbringen der Parteien sind - unter Beachtung von § 313 Abs. 3 ZPO - folgende Ausführungen veranlasst:

- I. 1. Bereits unmittelbar kraft Gesetzes ist es dem Handlungsgehilfen untersagt, im Geschäftszweig seines Prinzipals/Arbeitgebers Geschäfte zu machen. Dieses Konkurrenzverbot gilt während des rechtlichen Bestandes des Vertragsverhältnisses und bezieht alle Arbeitnehmer, also nicht nur Handlungsgehilfen, ein (st. Rspr., BAG v. 21.10. 1970, 3 AZR 479/69). Geschäfte machen bedeutet dabei die echte Teilnahme am Geschäftsverkehr mit Gewinnerzielungsabsicht, insbesondere das Anbieten von Diensten oder Leistungen gegenüber Dritten im Handels-/Geschäftszweig des Arbeitgebers (BAG v. 16.06.1976, 3 AZR 73/75).

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer auf die angemessene Verwertung seiner Arbeitskraft wirtschaftlich und sozial angewiesen ist. Dies gilt in besonderer Weise bei einem erforderlichen oder beabsichtigten Wechsel des Arbeitsplatzes. Deshalb unterfallen solch zulässige Vorbereitungshandlungen für ein neues Arbeitsverhältnis nicht dem Konkurrenzverbot. Dazu zählen beispielhaft Vertragsverhandlungen und der Abschluss des Arbeitsvertrages, allgemeine Informationen bei und über den Arbeitgeber und den Betrieb sowie Vorplanungen und Kenntniserwerb; insgesamt ist die Grenze dort, wo eine aktuelle und konkrete Gefährdung der Geschäftsinteressen des bisherigen Arbeitgebers geschieht (HWK/Diller, 3. Auflage, § 60 HGB Rdnr.16 mwN). So sind unzulässig, die Unterstützung vertragsbrüchiger Kollegen und die Abwerbung von Geschäftsverbindungen des Arbeitgebers. Verletzt der Arbeitnehmer in diesem Sinne das Verbot der Konkurrenzfähigkeit, ist der Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers dem Grunde nach eröffnet (§ 61 Abs.1, HS 1 HGB). Allerdings gelten für ihn die allgemeinen Regeln zur Kausalität, Verschulden sowie Darlegungs- und Beweislast.

2. Nach dem festgestellten Sachverhalt und dem Parteivortrag hat die Berufungskammer keine hinreichenden Erkenntnisse für eine verbotene Wettbewerbstätigkeit des Beklagten während des strittigen Zeitraums gewinnen können.

Bereits erstinstanzlich hat der Beklagte bekundet, dass er sich vom 11.01. - 13.01.2011 gantztätig in den Geschäftsräumen der H... aufgehalten habe und dort eine Einführungs- und Informationsprozedur für seine zukünftige Tätigkeit erfahren habe. Es sei um das Kennenlernen und um die Überlegungen für die Zukunft gegangen, nicht jedoch um ein aktuelles Tätigwerden für das gegenwärtige Tagesgeschäft. Der Berufungskammer ist durchaus bewusst, dass ein Zeitraum von drei Arbeitstagen für ein solches Geschehen nicht ganz üblich ist. Allerdings handelt es sich auch nicht um eine völlig beliebige Aufgabe und die einschlägigen Aktivitäten der H... sollten wohl erheblich neu strukturiert werden. Weiter neigt die Berufungskammer deshalb dazu, den Bekundungen des Beklagten Glauben zu schenken, weil er von sich aus die Anwesenheit im Betrieb der H... umfangreicher eingeräumt hat, als sie sich aus dem Detektivbericht vom 17.01.2011 (Bl. 42 - 44 d.A.) ergeben hat. Dort sind nämlich für den 13.01. keinerlei und für den 11.01. nur sehr eingeschränkt verwertbare Erkenntnisse zu einem Aufenthalt/einer Tätigkeit des Beklagten bei H...

aufgeführt.

Soweit die Klägerin nun weiter vorgetragen hat, der Beklagte habe sich bereits seit dem 03.01. in den Räumen der H... aufgehalten und dort entsprechend einer vorherigen Verabredung Tourenpläne mittels einer EDV-Struktur der Klägerin erstellt und Fahrer eingewiesen, erfährt dies nicht die gebotene Konkretisierung für eine schädliche Konkurrenzfähigkeit, sondern zielt der Sache nach auf eine Ausforschung des dazu angebotenen Zeugen M.... Solche einlassungsfähigen Anforderungen an die Darlegungslast müssen hier auch deshalb Platz greifen, weil der Beklagte - von der Klägerin unwidersprochen - vorgetragen hat, dass dieser Zeuge im damaligen Zeitpunkt nicht bei H... beschäftigt war, also nur ein Zeuge vom Hörensagen sein kann. Auch kann die Berufungskammer nicht recht nachvollziehen, was die Klägerin mit dem Hinweis auf ihre EDV-Struktur/Auswertung für die Routenpläne meint. Ist der Beklagte auf dem EDV-System der Klägerin derart konkurrierend (also zu Gunsten von H...) tätig geworden, dann müsste dies doch in den elektronischen Aufzeichnungen des Systems direkt erkennbar sein. Dazu fehlt aber ein Vortrag der Klägerin. In diesem Zusammenhang konnte die Berufungskammer auch nicht vernachlässigen, dass der H... (als eigentlicher Vertragspartner der Krankenkassen) alle erforderlichen Patientendaten vorlagen, also die tatsächlichen Grundlagen für die Eigenbelieferung nicht beschafft werden mussten. Dass auf dieser objektiven Basis sinnvolle Routenpläne nach den Wohnsitzen der Patienten auch von Dritten ohne übermäßigen Aufwand zusammengestellt werden konnten, erscheint der Berufungskammer einleuchtend. Ein Verrat von Betriebsgeheimnissen durch den Beklagten liegt einfach deshalb fern, weil keine Betriebsgeheimnisse erkennbar sind.

Auch soweit die Klägerin noch nachgeschoben hat, dass der Beklagte am 03.01. laut vorhandener Urkunde 4 oder 5 Fahrer geschult haben soll, kann dies zu keiner anderen Erkenntnis führen. Der Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung das Zustandekommen dieser Urkunden aus seiner Sicht geschildert. Danach seien die einschlägigen Dokumente zu einem späteren Zeitpunkt erstellt worden und mit ihnen sollte nur bekundet werden, dass die benannten Fahrer am 03.01.2011 den Status eines einschlägig „geschulten“ Versorgungsfahrers besessen hätten. In der Sache hätten die Fahrer (wohl diejenigen der Fa. He...) nämlich am 03.01. einen solchen Status bereits „mitgebracht“. Es mag dahinstehen, inwieweit dieser Vortrag zutrifft.

Für die Berufungskammer war maßgeblich, dass eine solche Schulung für Fahrer von Medizinprodukten nur einen kurzen Zeitraum (45 - 60 Minuten) beansprucht. Selbst wenn der Beklagte eine solch kurze Schulung vorgenommen haben sollte, bedeutet sie in der Sache keine nachhaltige Gefährdung der klägerischen Geschäftsinteressen oder anders formuliert, keinen messbaren Wettbewerbsvorteil für H.... Die Fahrer der Fa. He... sind nämlich bis zum 31.12.2010 nach dem einschlägigen (öffentlichrechtlichen) Transportrecht zulässig für die Klägerin gefahren und konnten dies entsprechend ab 03.01.2011 auch für einen anderen Auftraggeber tun.

3. Auch wenn eine Verletzung des Konkurrenzverbotes durch den Beklagten unterstellt werden sollte, besteht eine Ersatzpflicht nur, wenn zwischen der Verletzungshandlung und dem behaupteten Schaden der adäquate Ursachenzusammenhang vorhanden ist. Die dazu in der Dogmatik übliche Unterscheidung zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität schleift sich in der praktischen Wirklichkeit ab. An der Ursächlichkeit fehlt es, wenn die Verletzungshandlung hinweggedacht wird und der Schaden trotzdem eintritt, ohne dass weitere Umstände hinzugedacht werden (BGH v. 04.07.1994, NJW 1995, 126). Dies erfährt eine weitere Begrenzung durch die Beschränkung auf adäquate Kausalverläufe und der Forderung nach dem Rechtswidrigkeitszusammenhang, d.h. der Schaden muss gerade durch die Pflichtwidrigkeit der Handlung verursacht worden sein (Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Auflage, Vor § 249 Rdnr. 29). Der Zurechnungszusammenhang wird grundsätzlich nicht unterbrochen, wenn der Schaden erst nachträglich durch das Fehlverhalten Dritter eintritt. Allerdings können sog. Reserveursachen je nach Einzelfallgestaltung Berücksichtigung finden. Durchgehend anerkannt ist schließlich, dass rechtmäßiges Alternativverhalten für die Begrenzung der Zurechnung heranzuziehen ist. Hätte also auch das rechtmäßige Verhalten des Schädigers den Schaden eintreten lassen, greift der Schutzzweck der Haftungsnorm nicht mehr, die Zurechnung entfällt (Palandt/Grüneberg, aaO, Rdnr. 64 mwN).

Darauf aufbauend fehlt es nach der Bewertung der Berufungskammer an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem (möglichen) Fehlverhalten des Beklagten und dem von der Klägerin behaupteten Schadenseintritt.

Soweit die Klägerin ursprünglich auf die Einstellung der Tätigkeit des Beklagten bei

ihr ab 04.01.2011 abgestellt hat, fehlt es schon an der Vertragsverletzung. Der Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, dass er über den 04.01. hinaus bis zum Vertragsende arbeitsunfähig erkrankt war.

Aber auch ein mögliches Tätigwerden für H... - in Form von Routenplänen und Fahreranleitung - ist nicht für den von der Klägerin behaupteten Schaden ursächlich.

Den zentralen Schaden macht nämlich die Klägerin an der misslungenen (Ab-) Werbeaktion bei den bisherigen H...-Patienten fest. Wie sich auch in der Sachaufklärung in der mündlichen Verhandlung herausgestellt hat, sollte dieser Zugriff auf zu beliefernde Patienten durch die jeweiligen Versorgungsfahrer geschehen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Klägerin selbst nur über einen Versorgungsfahrer (Herrn V...) verfügte, während Herr W... mindestens zur Hälfte auch mit Innendienstaufgaben befasst war. Alle anderen Versorgungsfahrer waren nur über den Service-Vertrag mit der Fa. He... tätig und unterstanden vertragsrechtlich ausschließlich der Disposition und der Anordnung ihres Arbeitgebers. Dies wurde von dem leitenden Mitarbeiter der Klägerin C... in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt.

Weiter ist in der mündlichen Verhandlung deutlich geworden, dass die insgesamt 5 Versorgungsfahrer dieser Fa. He... die Dienstleistung für die Klägerin ab 03.01.2011 eingestellt haben. Herr C... von der Klägerin hat dies mit Krankmeldungen begründet; davon habe die Klägerin aber erst zu einem späteren Zeitpunkt erfahren. Eine Kontaktaufnahme der Klägerin mit ihrer Vertragspartnerin, der Fa. He..., misslang im Folgenden. Aus dem Gesamtzusammenhang und dem Vorbringen der Klägerin ist aber erkennbar geworden, dass die Inhaberin der Fa. He... wohl für sich den Entschluss gefasst hatte, die Geschäftsbeziehung zur Klägerin einzustellen und sich neu zu orientieren, gegebenenfalls in die Richtung der H... . Davon unabhängig gelang es der Klägerin im unmittelbaren Kontakt mit den Fahrern der Fa. He... - so die Bekundung des Herrn C... - zwei Fahrer (F... und D...) zur Arbeitsaufnahme zu bewegen. Diese beiden sind wohl dann anschließend auch in das Arbeitsverhältnis zur Klägerin gewechselt. Weiter hat Herr C... erklärt, dass die für die 1. und 2. Januarwoche geplante (Ab-) Werbekampagne über die Versorgungsfahrer nicht mehr durchgeführt werden konnte, weil der Großteil der Fahrer der Fa. He... fehlte und die verbliebenen Fahrer (einschließlich der Münchner Aushilfe) zur Sicherung des Geschäftes mit den sog. Resmed-Patienten eingesetzt werden muss-

ten, um diese Vertragsbeziehung nicht zu gefährden. Die Zahl der einsetzbaren Fahrer war auch deshalb geschrumpft, weil der bei der Klägerin selbst angestellte Versorgungsfahrer V... nicht zur Arbeitsleistung erschienen war.

Damit ist für die Berufungskammer deutlich geworden, dass für die gescheiterte (Ab-) Werbeaktion der Klägerin ein wie auch immer geartetes Fehlverhalten/Pflichtverletzung des Beklagten nicht ursächlich war, sondern dass solches auf den Ausfall des wesentlichen Teils der Versorgungsfahrer zurückzuführen war. Dass es dazu gekommen ist, mag unterschiedliche Ursachen haben: zentral waren wohl die Willensentscheidungen der Inhaberin der Fa. He... und diejenigen des Fahrers V.... Eine stringente Aufklärung dazu ist für die Berufungskammer auch nicht geboten. Für das hiesige Geschehen muss genügen, dass ein substantielles - rechtswidrig im Sinne seiner Vertragspflichten - Einwirken des Beklagten auf die autonomen Willensentscheidungen der Vorgenannten nicht erkennbar war. Gegenteiliges folgt auch nicht aus einer E-Mail-Nachricht der Inhaberin der Fa. He... an einen Fahrer, in der der Beklagte als Ansprechpartner genannt wird. Es bleibt schon offen, ob dies mit Wissen und Wollen des Beklagten geschehen oder eine einseitige Aktion der E-Mail-Versenderin gewesen ist. Auch ist nicht erkennbar, dass der Beklagte überhaupt von dem betreffenden Fahrer kontaktiert wurde und/oder er auf diesen reagiert hätte. Bloßen Spekulationen, subjektiv-hypothetischen Annahmen oder nicht einlassungsfähigen Unterstellungen der Klägerin ohne objektives Tatsachenmaterial konnte die Berufungskammer nicht nachgehen. Es bleibt die Erkenntnis, dass die Klägerin ihre Werbeaktion - mangels ausführenden Versorgungsfahrern - auch dann nicht hätte umsetzen können, wenn der Beklagte sich der behaupteten Tätigkeit bei H... (Routenpläne gestalten und Anleitung von H...-Fahrern) enthalten hätte.

4. Weiter scheidet der streitige Anspruch auch daran, dass der behauptete Schadenseintritt nicht mit der gebotenen Deutlichkeit festgestellt werden kann. Es bestehen doch gewichtige Zweifel an der haftungsausfüllenden Kausalität, also ob selbst bei plangerechter Durchführung der Werbekampagne die Versorgungsverträge mit der Klägerin in nennenswertem Umfang zustande gekommen wären. Grundsätzlich scheint die Erkenntnis richtig zu sein, dass sich ältere und in der Regel schwerkranke Menschen nur ungern auf Änderungen mit schriftlicher Dokumentation - gerade

auch bei ihrer medizinischen Versorgung - einlassen. Auch war der persönliche Kontakt als das nach Angaben der Klägerin besonders bedeutsames (Ab-) Werbekriterium durch den Ausfall des wesentlichen Teils der Versorgungsfahrer - wie oben dargestellt - unmöglich geworden. All dies spricht schon gegen einen möglichen Erfolg der Klägerin. Hinzu kommt das von dem leitenden Mitarbeiter C... angegebene Ergebnis der Werbekampagne auch bezogen auf die Folgemonate: Er hat von nur ca. 3 - 4 erfolgreichen Wechselerklärungen gesprochen. Weiter war von besonderer Bedeutung die Einwendung des Beklagten, dass jeder beabsichtigte Wechsel bei dem Versorger nur im Einvernehmen mit der zuständigen Krankenkasse, dem eigentlichen Vertragspartner, geschehen konnte und dessen Entscheidung im Einzelfall nicht erkennbar war.

5. Letztlich bleiben die nicht behebbaren Zweifel zum Schadensumfang (§§ 249, 252 BGB). Grundsätzlich gehören dazu alle Vermögenswerte, die dem Geschädigten zugeflossen wären, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (BGH vom 30.05.2000, NJW 2000, 2670). Für den entgangenen Gewinn ist bei abstrakter Berechnung auf den gewöhnlichen Verlauf der Dinge abzustellen (§ 252 S. 2 BGB). Dabei kommt dem Geschädigten, wenn ein Schadenseintritt als solcher feststeht, die Beweiserleichterung nach § 287 ZPO zugute. Das richterliche Ermessen zur Feststellung des Schadens und seiner Höhe wird so ausgedehnt. Die Schätzung des Schadens hat aber dann zu unterbleiben, wenn sie mangels konkreter Anhaltspunkte gänzlich „in der Luft hänge“ und deshalb willkürlich wäre (BAG v. 16.01.2013, 10 AZR 560/11, DB 2013, 1056; Zöller/Greger, ZPO, 29. Auflage, § 287 Rdnr. 4 mwN). Eine ausschließlich abstrakte Berechnung des Schadens, auch in Form der Schätzung eines Mindestschadens, lässt § 287 ZPO nicht zu. Es sind immer greifbare Anknüpfungstatsachen für die Schätzung vorzutragen. Dies gilt für den darlegungsbelasteten Geschädigten wie gleichermaßen für den einwendenden Schädiger. Trotz dieser Beweiserleichterungen verändert § 287 ZPO die allgemeine Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nicht. Gelangt das Gericht zu keiner für eine Schätzung hinreichenden Überzeugung, ist das entstehende non-liquet nach den allgemeinen Regeln aufzulösen (BAG v. 26.09.2012, 10 AZR 370/10, NZA 2013, 153).

In Anwendung dieser Grundsätze sah die Berufungskammer keine hinreichenden tatsächlichen Kriterien zum Schadensumfang, die für die Schadensschätzung genügt hätten.

Wie dargestellt war vorliegend mindestens von einem multikausalen Schadensverlauf auszugehen, nämlich dem Ausfall der meisten Versorgungsfahrer und die Zuordnung der verbliebenen Fahrer für die Resmed-Versorgung, wofür eine Verantwortlichkeit des Beklagten nicht erkennbar war. Hinzu kommen die besonderen Marktbedingungen für die Versorgung der schwerkranken/alten Patienten mit einer nach der allgemeinen Lebenserfahrung nur sehr eingeschränkten Wechselbereitschaft, jedenfalls im Zusammenhang mit erforderlichen schriftlichen (Wechsel-) Erklärungen. Dass sich darin ein deutlich schwieriges Marktumfeld für die Klägerin manifestiert, zeigen überdeutlich die nachfolgend (wohl im 1. Quartal 2011) nur äußerst bescheiden eingetretenen Werbeerfolge. Nach Angaben des Herrn C..., leitender Mitarbeiter der Klägerin, konnten nur 3 - 4 Patienten aus dem früheren H...-Stamm geworben werden. In diesem Zusammenhang stellt die von Klägerin vorgelegte Erfolgsquote von 50 % für die Abwerbung doch eine relativ willkürlich gefundene Annahme dar, die für die Berufungskammer keine Schätzbasis sein kann. Als erheblicher Unsicherheitsfaktor bleibt schließlich noch das für die Patientengewinnung erforderliche Einverständnis der jeweiligen Krankenkassen als dem eigentlichen Vertragspartner des medizinischen Versorgers. Die Klägerin konnte nicht darlegen, dass dieses mehr oder minder immer automatisch erteilt wird. Die so bestehende Non-liquet-Situation geht zu Lasten der darlegungspflichtigen Klägerin.

II. Der Beklagte schuldet der Klägerin keinen Schadensersatz für Detektivkosten (EUR 8.041,25).

Solch mittelbare Schäden sind zu ersetzen, wenn sie mit der Verletzungshandlung in einem adäquaten Zusammenhang stehen und vom Schutzbereich der verletzten (Haftungs-)Norm erfasst werden. Für Detektivkosten im Arbeitsverhältnis ist dazu erforderlich, dass gegen den Anspruchsgegner der konkrete Tatverdacht einer schweren Pflichtverletzung besteht und er mittels des Detektivs der vorsätzlichen Vertragsverletzung überführt wird. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Art und Umfang des Detektiveinsatzes müssen den Maßstäben eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Arbeitgebers nach den konkreten Umständen entsprechen

haben (st. Rspr. BAG v. 28.10.2010, 8 AZR 547/09, DB 2011, 305).

In der Subsumtion soll dahingestellt bleiben, inwieweit bei der Beauftragung des Detektivbüros ein konkreter Tatverdacht zu Lasten des Beklagten vorlag. Jedenfalls ist der Beklagte durch den Detektiveinsatz keiner vorsätzlichen Vertragsverletzung überführt worden. Schon vom Ansatz her ergeben sich aus dem vorgelegten Detektivbericht unmittelbar verwertbare Erkenntnisse nur für den 12.01. 2011 als Observationstag. An den anderen Tagen konnte der Aufenthalt des Beklagten bei der H... entweder gar nicht festgestellt werden oder die Person des Beklagten konnte nicht eindeutig identifiziert werden (11.01.2011). Am 12.01. hat sich der Beklagte zwar - laut Detektivbericht - während des ganzen Arbeitstages bei H... aufgehalten. Ob dabei eine vorsätzliche Pflichtverletzung, nämlich aktive Konkurrenzfähigkeit, geschehen ist, bleibt offen. Der Beklagte hat nämlich Anbahnungs- und Einführungs-gespräche eingewendet.

Danach ist der Detektivaufwand dem allgemeinen (betrieblichen) Vorsorge- und Sicherungsaufwand der Klägerin und damit deren Risikobereich zuzuordnen. Der Beklagte hat dafür nicht einzustehen.

III. Zu den hilfswisen Auskunfts- und Herausgabeansprüchen:

1. Grundsätzlich ist anerkannt, dass solche Ansprüche zur Vorbereitung der Rechte aus § 61 HGB bestehen und ihren materiellen Grund in der vertraglichen Nebenpflicht finden (§§ 241, 242 BGB). Dies gilt aber nur, wenn ein deutlich begründeter Anlass für die Vermutung besteht, dass der Arbeitnehmer wettbewerbswidrig tätig ist bzw. gewesen ist (BAG v. 12.05.1972, 3 AZR 401/71, DB 1972, 1831; HWK/Diller, aaO, § 61 HGB Rdnr. 10).

Für den von der Klägerin begehrten Auskunftszeitraum vom 03. - 07.01.2011 liegen diese Voraussetzungen nicht vor. Im Detektivbericht vom 17.01.2011 finden sich für den genannten Zeitraum keine verwertbaren Erkenntnisse. In gleicher Weise stellen die Krankmeldungen des Beklagten für diese Zeit oder die seinerseits bereits erklärte ordentliche Kündigung keine manifesten Verdachtsmomente zu seinen Lasten dar. Auch wegen der (behaupteten) Fahrerschulung am 03.01. bedarf es - unabhängig von den dazu vom Beklagten schon gegeb-

nen Erklärungen - keines förmlichen Auskunftsanspruchs. Die Klägerin verfügt über die von ihr benannten Zeugen über ausreichende Aufklärungsmöglichkeiten.

2. Soweit die Klägerin die eidesstattliche Versicherung des Beklagten für die Auskünfte zu der Tätigkeit vom 03.01. - 07.01. bzw. vom 11.01. - 13.01. 2011 begehrt, kann dahinstehen, ob dieser Antrag - obwohl erstinstanzlich gestellt, aber im Tatbestand des Ersturteils nicht aufgeführt und auch sachlich nicht verbeschieden - zulässig in die Berufung gelangt ist (§ 533 ZPO).

Der Antrag ist sachlich unbegründet. Zum einen ist der Beklagte, wie oben ausgeführt für den Zeitraum vom 03. - 07.01.2011 nicht auskunftspflichtig, also besteht auch keine Pflicht zur eidesstattlichen Versicherung. Weiter hat der Beklagte entgegen dem Inhalt des klägerischen Antrags am 30.11.2011 keine gerichtlichen Erklärungen abgegeben. Auch im Übrigen sind von der Klägerin die Voraussetzungen nach §§ 259, 260 BGB nicht dargelegt.

3. Soweit die Klägerin weiter Auskunft dazu begehrt, mit wem und mit welchem Inhalt der Beklagte am 29.12.2010 ein ca. 45-minütiges Telefonat geführt hat, hält die Berufungskammer schon dafür, dass dieser Antrag nicht zulässig in die Berufungsinstanz gelangt ist, weil eine unzulässige (partielle) Klageänderung vorliegt (§§ 533, 263, 264 ZPO).

Die Klägerin hatte zwar erstinstanzlich einen dahingehenden Antrag gestellt (vgl. Bl. 382 u. 301), er ist aber weder im erstinstanzlichen Tatbestand aufgeführt noch sachlich beschieden, also übergangen worden. Allerdings sind seitens der Klägerin keine Anträge nach §§ 320, 321 ZPO gestellt worden, wodurch die Rechtshängigkeit dieses Antrags entfiel (BAG v. 26.06.2008, 6 AZN 1161/07, NZA 2008, 1028). Die nun dazu im Berufungsverfahren wieder aufgenommene Antragstellung stellt eine partielle Klageänderung im Sinne einer nachträglichen Klagehäufung dar (Zöller/Greger, aaO, § 263 Rdnr. 2). Es gelten also die Grundsätze des § 533 ZPO. Der Beklagte hat ausdrücklich widersprochen und die Berufungskammer erkennt keine Sachdienlichkeit (§ 533 Nr. 1 ZPO). Weiter waren die tatsächlichen Umstände dieses Antrags (Telefonat am 28.12.2010) für die Verhandlung und Entscheidung nicht ohnehin heranzuziehen (§ 533 Nr. 2 ZPO);

sie sind darauf ohne Einfluss.

Allerdings hält die Berufungskammer den Auskunftsanspruch auch sachlich nicht für begründet. Die Klägerin hat für das Geschehen am 28.12.2010 keine solchen Umstände dargelegt, dass ihre auf den Vermögensschaden bezogenen Interessen Vorrang beanspruchen könnten. Die bloße zeitliche Nähe zwischen der Information an den Beklagten durch die Geschäftsführer-Assistentin R... und dem Telefonat rechtfertigt keinen so erheblichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) des Beklagten und eines unbekanntenen Dritten.

4. Die im Wege des Stufenantrags begehrte Auskunft zu den Leistungen in Geld oder Geldeswert seitens H... für die Tätigkeit im Januar 2011 und die entsprechende Herausgabe dieser Erlöse (§ 61 Abs. 1, 2. HS HGB) sind unbegründet. § 61 HGB gibt dem durch unerlaubte Konkurrenz geschädigten Prinzipal/Arbeitgeber ein Wahlrecht auf Schadensersatz oder Erlösherausgabe gegenüber dem Arbeitnehmer. Die Ansprüche bestehen alternativ, nicht kumulativ (Schaub/Vogelsang, AR-Handbuch, 15. Auflage, § 54 Rdnr. 23). Der Geschädigte übt sein Wahlrecht auch durch eine Klageerhebung mit entsprechender Antragstellung aus; diese Wahl ist nicht widerruflich (HWK/Diller, aaO, § 61 HGB Rdnr. 7 mWN).

So liegen die Dinge hier: Mit der am 23.03.2011 erhobenen Klage hat die Klägerin ihr Wahlrecht ausgeübt und sich für den Schadensersatz entschieden. Für die Herausgabe des Erlöses aus der behaupteten Konkurrenzaktivität mit der Antragstellung erstmals im Termin vom 05.10.2011 ist deshalb kein Raum mehr. Die darauf zielenden Anträge sind nach 1. und 2. Stufe unbegründet. Im Übrigen greift auch die vom Beklagten erhobene Verjährungseinrede (§ 61 Abs. 2 HGB) durch. Bei der Forderung auf Schadensersatz und derjenigen auf Herausgabe des Erlöses handelt es sich um verschiedene Ansprüche. Die kurze (3-monatige Verjährungsfrist) ist für jeden Anspruch gesondert zu beachten. Es genügt die Kenntnis von der Konkurrenzaktivität als solche; jede Einzelheit muss nicht bekannt sein. Eine Kenntnis in diesem Sinne bestand bei der Klägerin spätestens seit Mitte Januar 2011.

- 20 -

Nach alledem hat das arbeitsgerichtliche Urteil im Ergebnis Bestand; die Berufungsanträge der Klägerin waren - soweit zulässig in die 2. Instanz gelangt - als unbegründet zurückzuweisen.

C.

Die Klägerin trägt die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Für die Zulassung der Revision bestand keine gesetzliche Veranlassung (§§ 72 Abs. 2 ArbGG).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Heider
Präsident des
Landesarbeitsgerichts
Nürnberg

Zeiler
ehrenamtlicher Richter

Beer
ehrenamtlicher Richter