



WOLF I.O. GROUP
UNTERNEHMENSBERATUNG

Arbeitshilfe
Headhunting

Chance oder Gefahr in Zeiten des
Fachkräftemangels?

Mit UWG-Normen und BGH-Urteilen

Arbeitshilfe Headhunting: Chance oder Gefahr in Zeiten des Fachkräftemangels? Mit UWG-Normen und BGH-Urteilen

In Zeiten des Fachkräftemangels neigen Arbeitgeber dazu, Personalberater einzusetzen, um ihre Vakanzen zu decken. Andererseits versucht man, die eigenen Spitzenkräfte gegen Abwerbungsversuche möglichst effektiv abzuschirmen.

1. "War for Talents"?

Ein kurzer Blick auf den Arbeitsmarkt genügt, um tiefschwarze Wolken am Himmel zu erkennen. Auf der einen Seite zeigt eine hohe Arbeitslosenquote auf, dass es in großer Zahl Personen gibt, die für Arbeitgeber schnell verfügbar sind. Diese besitzen jedoch zu einem großen Teil lediglich Qualifikationen für die Ausübung von solchen Tätigkeiten, die in "Niedriglohnländern" zu weitaus geringeren Kosten erbracht werden.

Auf der anderen Seite mangelt es an ausreichend qualifizierten und zugleich hoch motivierten Fach- und Führungskräften. Erst recht fehlen begabte Nachwuchs- und Spitzenkräfte:

- Spezialisten mit erfolgskritischen Kompetenzen ("Critical Skill Employees"),
- besonders leistungsstarke Mitarbeiter ("Top Performer") und
- Top-Talente ("High Potentials") bzw. Talente ("Potenzialträger")

Diese können sich ihren Wunsch-Arbeitgeber unter den vielen angebotenen Stellen aussuchen.

Im zunehmend globaleren Wettbewerb um Talente werden sich viele der Nachwuchs- und Spitzenkräfte den Wunsch verwirklichen, ins Ausland zu gehen. Sie werden dem hiesigen Arbeitsmarkt noch zusätzlich entzogen. Das Ringen um die begehrten Kräfte gewinnt an Brisanz.

Ähnlich wie sich vor einigen Jahrzehnten an den Absatzmärkten durch den Angebotsüberhang der Übergang von Verkäufer- zu Käufermärkten vollzog, wird sich die Machtkonstellation an Arbeitsmärkten zugunsten der Anbieter von Arbeitskraft verschieben. Wir stehen am Beginn des Wandels vom Arbeitgeber- zum Arbeitnehmermarkt.

2. Abwandern von Spitzenkräften

Die Suche nach einer neuen Spitzenkraft kostet heute das 1,5- bis 2-fache des die arbeitgeber- und arbeitnehmerseitigen Nebenkosten inkludierenden Jahresgehaltes. Bedenkt man künftige Nachfrageüberhänge, wird es sicher schon bald das 2- bis 2,5-fache sein. Spitzenkräfte nehmen oftmals enge Mitarbeiter z. B. aus dem gleichen Projekt mit oder ziehen sie nach; deren Fluktuationskosten sind hinzuzurechnen.

Dazu kommen die Kosten der Einarbeitung und die Opportunitätskosten der Vakanz: Geschäftspartner und Kunden vermissen den Ansprechpartner, Arbeit muss um- und

später wieder zurückverteilt werden, Mitarbeiter und Kollegen sind verunsichert und warten "den Neuen" ab.

Bis der sich aber orientiert hat und sein Potenzial entfalten kann, vergehen wertvolle Monate. Strategisch wichtige Projekte verzögern sich oftmals so lange, bis sich deren Umsetzung nicht mehr lohnt. Das Fehlen der Kraft in der vorgesehenen Position beeinträchtigt die Geschäftsfähigkeit des Unternehmens in enormem Maße.

Sollte den Entscheidern bei der Auswahl des Neuen eine Fehlbesetzung unterlaufen, schlagen die direkten und indirekten Kosten mit mindestens 2 weiteren Jahresgehältern zu Buche – selbst wenn dies noch innerhalb der Probezeit erkannt wird.

3. Abwerben von gefragten Kräften

In immer mehr Branchen können Vakanzen nur durch Abwerben abgedeckt werden. Headhunter nehmen bei ausscheidenden Spitzenkräften (50-60% der Wechsel) eine zentrale Rolle ein. Trotz der Möglichkeit von Wettbewerbsverboten besteht die Gefahr, dass abwanderungslustige Spezialisten betriebliches Know-how, interne Informationen und nützliche persönliche Kontakte zu Dritten mitnehmen. Sie stärken den Wettbewerb in dem gleichen Grade, wie sie Ihr Unternehmen schwächen.

Dazu kommt, dass sich bereits in einigen Branchen und engen, spezialisierten Arbeitsmarkt-Segmenten das "Abwerben und Zurückwerben" (bzw. "... lassen") verbreitet. Diese Mentalität hat in jüngster Vergangenheit mehrfach Gehälter- und Kostenspiralen in Gang gesetzt, bei denen kleine und mittelständische Unternehmen keine Chance haben.

Bei dieser Veröffentlichung handelt es sich lediglich um Gedankenanstöße und Informationen, die in jedem Einzelfall möglichst nach entsprechender Beratung angepasst werden müssen. Rechtliche Fragen sind ständigen Veränderungen unterworfen. Obwohl oder gerade weil wir ständig an der Verbesserung der Veröffentlichungen arbeiten, ist es möglich, dass Sie in dieser Veröffentlichung auf unrichtige, unvollständige, veraltete, widersprüchliche, in falschem Zusammenhang stehende oder verkürzte Angaben treffen. I.O. BUSINESS übernimmt keine Haftung für den Inhalt der Veröffentlichung, insbesondere im Hinblick auf Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der zur Verfügung gestellten Informationen. Das Geltendmachen von Ansprüchen jeglicher Art ist ausgeschlossen. Jedwede Verwendung dieses Textes geschieht auf eigenes Risiko und unter jeglichem Haftungsausschluss der Wolf I.O. Group GmbH.

Bitte kontaktieren Sie uns, wenn Sie sich über dieses Thema mit einem Experten austauschen möchten.

© Wolf I.O. Group GmbH | Engelsstraße 6 | D-42283 Wuppertal | +49 (0)202 4796290 | www.wiog.de. Alle enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Kopieren oder Nachdruck verboten; Ausnahmen nur mit ausdrücklicher Genehmigung. Das Zitieren von Auszügen kann nur gestattet werden, wenn die Wolf I.O. Group GmbH als Quelle genannt wird.

4. Handlungsoptionen

Die folgende Sammlung von relevanten Gesetzestexten (UWG, in Auszügen) und Urteilen des BGH, Stand 1.4.2013, soll Ihnen erste Informationen über die höchstrichterliche Rechtsprechung im Hinblick auf Möglichkeiten und Grenzen der Personalberatung bieten.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist es nicht wettbewerbswidrig, wenn ein Arbeitnehmer von einem Personalberater am Arbeitsplatz in einem zur ersten Kontaktaufnahme geführten Telefongespräch nach seinem Interesse an einer neuen Stelle befragt und diese kurz beschrieben wird.

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Anrufen zu Abwerbungszwecken, bei denen dienstliche Telefoneinrichtungen benutzt werden, ist nicht danach zu unterscheiden, ob Festnetz- oder Mobiltelefone benutzt werden¹.

Was können Sie tun?

Eine mit den guten Sitten im Wettbewerb nicht zu vereinbarende Störung des betrieblichen Arbeitsablaufs liegt hingegen vor, wenn sich der im Auftrag eines Wettbewerbers anrufende Personalberater bei einem solchen Gespräch darüber hinwegsetzt, dass der Arbeitnehmer daran kein Interesse hat, oder das Gespräch über eine knappe Stellenbeschreibung hinaus ausdehnt².

Weiterhin handelt ein Personalberater wettbewerbswidrig, der bei einem ersten Telefongespräch, das er mit einem Arbeitnehmer eines Mitbewerbers seines Auftraggebers zur Personalsuche an dessen Arbeitsplatz führt, diesem Daten zu dessen Lebenslauf und bisherigen Tätigkeiten vorhält. Hiermit, so das BGH, geht er über das für eine erste Kontaktaufnahme Notwendige hinaus³.

Schaden ja, Schadenersatz nein

Professionelle Personalberater kennen diese Grenzen genau und werden sich nur selten dazu hinreißen lassen, diese zu überschreiten. In nicht seltenen Fällen bedienen sich abwerbende Unternehmen jedoch derjenigen Mitarbeiter, die bereits zu ihnen gewechselt sind. Empfehlungsmarketing ist schließlich besonders erfolgsversprechend! Das gilt für Arbeitgebermarketing in besonderem Maße.

Indem diese ihre ehemaligen Kollegen kontaktieren, spart man sich zudem die Kosten der Personalberater, die üblicherweise um 30 Prozent des künftigen Jahresgehaltes der Zielperson liegen. Doch selbst wenn es gelingt, Wettbewerbsverstöße nachzuweisen, bleiben diese mitunter folgenlos, wenn man die Durchsetzbarkeit von Schadenersatzforderungen als Maßstab hinzuzieht.

¹ BGH, Urteil vom 09.02.2006 – I ZR 73/02, Wortlaut im Anhang

² BGH, Urteil vom 04.03.2004 – I ZR 221/01, Wortlaut im Anhang

³ BGH, Urteil vom 22.11.2007 – I ZR 183/ 04, Wortlaut im Anhang

Beispiel

Der Fall der insolventen Walter-Heilit Verkehrswegebau GmbH (nach dem Verkauf an Strabag: Heilit+Woerner Bau GmbH): Rund 50 Führungskräfte, vornehmlich Niederlassungsleiter, waren zum Baukonzern Bilfinger Berger gewechselt. "Danach, so Strabag-Jurist Michael Lück, **"fiel Heilit + Woerner wie ein Stück Blei vom Himmel"**. Da Bilfinger Berger diese aktiv abgeworben hatte, forderte Heilit+Woerner unter Bezug auf die wettbewerbsrechtlichen Regelungen Schadenersatz für die eingetretenen Verluste. Die Klägerin zog erfolglos bis in die höchstrichterliche Instanz. Landes- und Bundesarbeitsgericht konstatierten zwar unisono, Bilfinger Berger habe sich bei der Abwerbung wettbewerbswidrig verhalten, doch der Rechtsverstoß bleibt ohne Folgen für den Schädiger: Die Gerichte sahen sich außerstande, den Zusammenhang zwischen den Abwerbungen und den eingetretenen Verlusten sowie die Berechnungen des entstandenen Schadens nachzuvollziehen⁴.

Fazit

Wenn das Unternehmen von dem Wettbewerbsverstoß Kenntnis erlangt, wird es in der Mehrzahl der Fälle schon zu spät für eine Intervention sein. Insofern bietet das Wettbewerbsrecht wenig Unterstützung; es ist lediglich realistisch, möglicherweise zukünftig auftretende Wiederholungsfälle einzuschränken. Im Hinblick auf Schadenersatzforderungen bei wettbewerbswidrigem Abwerben von Mitarbeitern erweist sich das UWG als zahnloser Tiger.

Beispiel

Eine Maßnahme in der Nähe von Selbstjustiz hat sich SinnerSchrader einfallen lassen. Die Hamburger Agentur filmte einen ihrer Mitarbeiter bei der Entgegennahme von Headhunter-Anrufen und dankte im Abspann gegenüber etwa 20 namentlich genannten Wettbewerbern und Personalberatern "für die Wertschätzung". Das Video "Wir müssen reden" erregte großes Aufsehen in der Branche, als es via YouTube und andere Social Media Kanäle verbreitet wurde, zumal SinnerSchrader hiermit auch die Bindung der Belegschaft und die Steigerung der eigenen Attraktivität als Arbeitgeber im Auge hatte.

⁴ Der Verfahrensgang: ArbG Düsseldorf, 09.06.2008 (3 (8) Ca 336/06), LAG Düsseldorf, 23.02.2010 (17 Sa 1133/08) und schließlich BAG, 26.09.2012 (10 AZR 370/10), Wortlaut im Anhang

Anhang

Rechtsprechung des BGH

- BGH, Urteil vom 04.03.2004 – I ZR 221/01
- BGH, Urteil vom 09.02.2006 – I ZR 73/ 02
- BGH, Urteil vom 22.11.2007 – I ZR 183/ 04
- BAG, Urteil vom 26.09.2012 – 10 AZR 370/10

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

- Auszug §§ 1-7, in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010

BGH-Urteil vom 4. März 2004 - I ZR 221/01 - Direktansprache am Arbeitsplatz

Es ist nicht wettbewerbswidrig, wenn ein Arbeitnehmer von einem Personalberater am Arbeitsplatz in einem zur ersten Kontaktaufnahme geführten Telefongespräch nach seinem Interesse an einer neuen Stelle befragt und diese kurz beschrieben wird.

Eine mit den guten Sitten im Wettbewerb nicht zu vereinbarende Störung des betrieblichen Arbeitsablaufs liegt vor, wenn sich der im Auftrag eines Wettbewerbers anrufende Personalberater bei einem solchen Gespräch darüber hinwegsetzt, dass der Arbeitnehmer daran kein Interesse hat, oder das Gespräch über eine knappe Stellenbeschreibung hinaus ausdehnt.

1

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 2004 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant und Dr. Schaffert für Recht erkannt:

2

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 25. Juli 2001 aufgehoben.

3

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

4

Tatbestand: Die Klägerin beliefert gewerbliche Abnehmer mit Computer-Software und -Hardware, insbesondere mit der für Computernetzwerke erforderlichen Ausstattung. Sie beschäftigt hoch qualifizierte und spezialisierte Mitarbeiter, deren Kenntnisse und Fähigkeiten sie durch Schulungsmaßnahmen auf dem neuesten Stand hält. Der Beklagte befasst sich als selbständiger Unternehmer mit der Suche und Vermittlung von Führungs- und Fachkräften.

5

Aufgrund eines Personalsuchauftrags nahm der Beklagte mit einer Projektleiterin der Klägerin durch einen Anruf an ihrem Arbeitsplatz Kontakt auf. Nach der Behauptung der Klägerin bot er ihr bei diesem Gespräch eine Stelle als Projektleiterin bei einem ausländischen Software-Unternehmen an.

6

Die Klägerin hält ein solches Vorgehen zur Abwerbung von Mitarbeitern für wettbewerbswidrig. Sie hat - nach übereinstimmender Teilerledigterklärung eines erstmals im Berufungsverfahren gestellten Klageantrags - zuletzt beantragt, 1. den Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Mitarbeiter der Klägerin an ihrem Arbeitsplatz zum Zwecke der Abwerbung anzurufen und/ oder anrufen zu lassen; 2. den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin Auskunft über diejenigen Telefongespräche, welche der Beklagte in der Vergangenheit mit Mitarbeitern der Klägerin an deren Arbeitsplatz - zu Zwecken der Abwerbung der Mitarbeiter - geführt hat oder hat führen lassen, zu erteilen unter Angabe von Name, Anschrift des Anrufenden, Name des angerufenen Mitarbeiters, Zeitpunkt, Dauer und Inhalt des Telefonats, Name und Anschrift des Unternehmens, zu dessen Gunsten abgeworben werden sollte, sowie [über] weiter nach dem ersten Anruf erfolgte Telefonate; 3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, denjenigen

Schaden zu ersetzen, welcher der Klägerin aus den Handlungen gemäß Klageantrag Ziff. 1 und 2 entstanden ist und noch entstehen wird; 4. den Beklagten zur Zahlung von DM 6. 554, 53 nebst 4 % Zinsen seit 15. Dezember 2000 zu verurteilen.

7

Der Beklagte hat demgegenüber die Ansicht vertreten, es sei zulässig, Mitarbeiter eines Unternehmens an ihrem Arbeitsplatz anzurufen, um sie abzuwerben. Dieses Mittel der Personalsuche entspreche nicht nur den Interessen der angerufenen Mitarbeiter, sondern fördere auch einen wirksamen Wettbewerb um Arbeitskräfte. Der Beklagte hat weiter vorgetragen, im konkreten Fall habe er die Mitarbeiterin der Klägerin nicht abwerben wollen; vielmehr habe er sich von ihr Hinweise auf leitende Vertriebsfachleute von Softwareherstellern aus dem Kundenkreis der Klägerin erhofft.

8

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Mannheim WRP 2001, 974). Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG Karlsruhe WRP 2001, 1092 = NJW-RR 2002, 397).

9

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

10

Entscheidungsgründe: A. Das Berufungsgericht hat die Klageansprüche als unbegründet angesehen. Das Abwerben von Beschäftigten eines anderen Unternehmens sei in einer freien, auf Wettbewerb angelegten Marktwirtschaft grundsätzlich zulässig und könne nur bei Hinzutreten besonderer Umstände als wettbewerbswidrig angesehen werden.

Entgegen der Ansicht der Klägerin sei es nicht schlechthin unlauter, mit einem Arbeitnehmer, dessen Abwerbung in Betracht komme, an dessen Arbeitsplatz einen ersten telefonischen Kontakt aufzunehmen. Abzuwägen seien vielmehr die Belange des Arbeitgebers, die Interessen des umworbenen Arbeitnehmers sowie die Interessen des Abwerbenden und seines Auftraggebers. Durch einen ersten Telefonanruf werde der Betriebsablauf kaum beeinträchtigt. Der angerufene Mitarbeiter werde dadurch in aller Regel nur wenige Minuten in Anspruch genommen. Da spezialisierte und für Leitungsfunktionen geeignete Arbeitnehmer grundsätzlich daran interessiert seien, sich beruflich zu verbessern, liege es nahe, ihr mutmaßliches Einverständnis mit einem Werbeanruf eines Personalberaters anzunehmen. Ein allgemeines Verbot der Direktansprache am Arbeitsplatz würde die Tätigkeit der Personalberater unverhältnismäßig beschränken. Der Arbeitgeber sei nicht berechtigt, seine Mitarbeiter von jeder äußeren Einflussnahme und von telefonischen Kontaktaufnahmen am Arbeitsplatz abzuschirmen.

11

B. Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

12

I. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich der Unterlassungsantrag - enger als sein Wortlaut - nur darauf bezieht, dass ein Mitarbeiter der Klägerin, dessen Abwerbung in Betracht kommt, erstmals an seinem Arbeitsplatz unter Benutzung der betrieblichen Telefoneinrichtung auf einen Stellenwechsel angesprochen wird. Dies ergibt sich aus dem Vorbringen der Klägerin, das zur Auslegung ihres Antrags heranzuziehen ist (vgl. BGH, Urt. v. 2. 10. 2003 - I ZR 117/ 01, GRUR 2004, 247, 248 = WRP 2004, 337 - Krankenkassenzulassung, m. w. N.). Der Antrag erfasst dagegen nicht Anrufe bei Mitarbeitern der Klägerin während der Arbeitszeit an einem häuslichen Arbeitsplatz, über ein dienstliches Mobiltelefon sowie erneute Anrufe nach Aufnahme des Kontakts. Mit diesen Einschränkungen begehrt die Klägerin, dem

Beklagten die telefonische Direktansprache ihrer Mitarbeiter (EDV-Spezialisten) am Arbeitsplatz allgemein zu verbieten.

13

II. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - über den Inhalt des Telefongesprächs des Beklagten mit der Mitarbeiterin der Klägerin keine Feststellungen getroffen. Eine abschließende Entscheidung ist jedoch ohne solche Tatsachenfeststellungen nicht möglich.

14

1. Ein Personalberater, der in fremdem Auftrag den Mitarbeiter eines Unternehmens zum Zweck der Personalsuche anruft, handelt im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinne des § 1 UWG. Der Arbeitgeber des Angerufenen und der Auftraggeber des Personalberaters sind durch dessen Anruf in Wettbewerb um den Angerufenen als Arbeitskraft getreten (vgl. Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., § 1 UWG Rdn. 583; Piper, GRUR 1990, 643, 644; Trube, WRP 2001, 97, 99); es ist deshalb unerheblich, ob sie auch sonst Wettbewerber sind. Der Personalberater handelt in der Absicht, den Wettbewerb seines Auftraggebers zu fördern.

15

2. Das Abwerben fremder Mitarbeiter ist als Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich erlaubt. Es ist nur dann sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG, wenn wettbewerbsrechtlich unlaute Begleitumstände hinzukommen, insbesondere unlaute Mittel eingesetzt oder unlaute Zwecke verfolgt werden (vgl. BGH, Urt. v. 17. 3. 1961 - I ZR 26/ 60, GRUR 1961, 482, 483 - Spritzgußmaschine; Urt. v. 19. 11. 1965 - Ib ZR 123/ 63, GRUR 1966, 263, 264 f. - Bau-Chemie; Urt. v. 22. 9. 1983 - I ZR 166/ 81, GRUR 1984, 129, 130 f. = WRP 1984, 134 - shop-in-the-shop; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Kap. 33 Rdn. 13; Baumbach/ Hefermehl aaO § 1 UWG Rdn. 582 f.; Großkomm. UWG/ Brandner/ Bergmann, § 1 Rdn. A 243 ff.; vgl. auch österr. OGH ÖBl. 1997, 158, 160 - S-Powerfrauen).

16

3. In der Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob es ein wettbewerbsrechtlich unlauteres Mittel der Abwerbung ist, den Mitarbeiter eines Wettbewerbers am Arbeitsplatz anzurufen, um mit ihm erstmals über einen Stellenwechsel zu sprechen (bejahend u. a. OLG Stuttgart GRUR 2000, 1096, 1097 f. = WRP 2000, 318, Revision gemäß Beschl. v. 2. 11. 2000 - I ZR 22/ 00 - nicht angenommen; Baumbach/ Hefermehl aaO § 1 UWG Rdn. 583, 594; Piper in Köhler/ Piper, UWG, 3. Aufl., § 1 Rdn. 906; Trube, WRP 2001, 97 ff.; Schmidt, WRP 2001, 1138 ff.; Krügermeyer-Kalthoff/ Reutershan, MDR 2002, 139 ff.; vgl. weiter Schloßer, Personalabwerbung als Wettbewerbshandlung, 2002, S. 134 ff.; ders., WRP 2002, 1349, 1353 ff.; a. A. Quiring, WRP 2000, 33 ff.; ders., WRP 2001, 470 ff.; Reufels, GRUR 2001, 214, 216 ff.; differenzierend Lindacher, Festschrift für Erdmann, 2002, S. 647, 652 ff.). Nach zutreffender Beurteilung liegt ein Wettbewerbsverstoß nur dann vor, wenn der Anruf über eine erste kurze Kontaktaufnahme hinausgeht.

17

a) Zweck des § 1 UWG ist es, die Lauterkeit des Wettbewerbs im Interesse der Marktbeteiligten und der Allgemeinheit zu schützen. Der Begriff der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG ist demgemäß wettbewerbsbezogen - d. h. entsprechend dem Zweck der Vorschrift auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogen - auszulegen (vgl. BGHZ 147, 296, 303 - Gewinn-Zertifikat; BGH, Urt. v. 15. 5. 2003 - I ZR 292/ 00, GRUR 2003, 969, 970 = WRP 2003, 1350 - Ausschreibung von Vermessungsleistungen, jeweils m. w. N.).

18

Die Beurteilung, ob ein beanstandetes Wettbewerbsverhalten sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG ist, erfordert regelmäßig eine am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtende

Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens nach seinem konkreten Anlass, seinem Zweck, den eingesetzten Mitteln, seinen Begleitumständen und Auswirkungen. Die Bedeutung der Grundrechte ist dabei schon bei der Prüfung, ob das angegriffene Verhalten sittenwidrig ist, mit abzuwägen (vgl. BVerfGE 32, 311, 316 ff. = GRUR 1972, 358 - Grabsteinwerbung; BVerfG GRUR 2001, 1058, 1060 = WRP 2001, 1160; BGH, Urt. v. 16. 12. 1993 - I ZR 285/ 91, GRUR 1994, 380, 382 = WRP 1994, 262 - Lexikothek). Unerheblich ist es, ob eine solche Vorgehensweise in der Branche verbreitet oder gar üblich ist (vgl. BGH, Urt. v. 27. 6. 2002 - I ZR 86/ 00, GRUR 2002, 1093, 1094 = WRP 2003, 975 - Kontostandsauskunft).

19

b) Ein bestimmtes typisches Wettbewerbsverhalten kann unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls schon als solches unlauter im Sinne des § 1 UWG sein, wenn von ihm seiner Art nach eine besondere Gefahr für die Lauterkeit des Wettbewerbs ausgeht. Wenn der mit einem solchen Wettbewerbshandeln typischerweise verbundenen Rechtsgutgefährdung nicht hinreichend durch ein auf den Einzelfall abstellendes Verbot begegnet werden kann, ist es auf Antrag allgemein zu verbieten, wobei aber von einem Verbot jedenfalls Verhaltensweisen auszunehmen sind, deren allgemeine Untersagung nicht zur Wahrung des lautereren Wettbewerbs notwendig ist (vgl. BGH, Urt. v. 8. 7. 1999 - I ZR 118/ 97, GRUR 2000, 235, 236 = WRP 2000, 168 - Werbung am Unfallort IV). Eine derartige Orientierung des Lauterkeitsurteils an typischen Situationen der Gefährdung des Schutzguts des § 1 UWG muss allerdings den miteinander kollidierenden grundrechtlichen Positionen - wenn auch in abstrakter Weise - Rechnung tragen und darf nicht im Einzelfall zu einem unverhältnismäßigen Verbot führen (vgl. BVerfG WRP 2003, 69, 71).

20

c) Bei der Beurteilung, ob ein Personalberater wettbewerbswidrig handelt, wenn er zum Zweck der Personalsuche durch Telefonanruf am Arbeitsplatz ein erstes Gespräch mit dem Mitarbeiter eines Wettbewerbers seines Auftraggebers führt, sind die Interessen des Personalberaters und seines Auftraggebers, des betroffenen Mitarbeiters und seines Arbeitgebers, soweit sie im Rahmen des § 1 UWG berücksichtigungsfähig sind, gegeneinander abzuwägen. Diese Abwägung ergibt, dass eine erste Kontaktaufnahme, bei der ein Mitarbeiter nach seinem Interesse an einer neuen Stelle befragt und diese kurz beschrieben wird sowie gegebenenfalls eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Unternehmens besprochen wird, nicht wettbewerbswidrig ist.

21

aa) Der Beklagte hat als Personalberater ein durch Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Recht an der freien Ausübung seines Berufs, solange sich diese in erlaubten Formen bewegt. Sein Interesse, bei der Suche nach Bewerbern für eine offene Stelle möglichst wenigen Einschränkungen zu unterliegen, deckt sich im Einzelfall mit den Interessen seines jeweiligen Auftraggebers.

22

Der Anruf bei Personen, die für die Besetzung einer offenen Stelle geeignet sein könnten, an deren Arbeitsplatz ist ein einfaches, zeitsparendes und kostengünstiges Mittel, um mit ihnen in Kontakt zu treten. Dies gilt einmal dann, wenn eine Stelle zu besetzen ist, für die nur ein kleinerer Kreis von Personen in Betracht kommt. Ein praktisch noch wichtigerer Vorteil der telefonischen Direktansprache am Arbeitsplatz liegt für den Personalberater aber darin, dass er auf diese Weise auch an Personen herantreten kann, von denen er kaum mehr als ihre gegenwärtige Stellung bei einem auf dem Markt tätigen Unternehmen kennt.

23

Ein Personalberater hat allerdings auch vielfache andere Möglichkeiten, Bewerber für eine offene Stelle zu suchen und anzusprechen. Neben der Werbung durch Anzeigen oder im Internet (z. B. im Rahmen von Internet-Jobbörsen) können mögliche Bewerber - wenn der Personalberater über die dazu notwendigen Informationen verfügt - außerhalb des Unternehmens persönlich (auch unter Einschaltung Dritter) angesprochen werden, z. B. auch - bei einem mutmaßlichen Einverständnis - durch Telefonanruf im privaten Bereich (vgl. OLG Karlsruhe WRP 2002, 338, 339 f., Revision gemäß Beschl. v. 13. 12. 2001 - I ZR 54/ 01 - nicht angenommen; OLG Jena GRUR-RR 2003, 158 f.).

24

Der Umstand, dass andere Wege weniger bequem und kostengünstig sind als die telefonische Kontaktaufnahme am Arbeitsplatz und dieser aus der Sicht des Personalberaters auch sonst häufig nicht gleichwertig sind, kann die nachfolgend dargelegten wettbewerbsrechtlichen Bedenken nicht ausgleichen, die gegen diesen Weg des Ansprechens von Mitarbeitern bestehen, wenn der Anruf über eine erste Kontaktaufnahme hinausgeht (vgl. dazu auch Schloßer, WRP 2002, 1349, 1363 f.).

25

bb) Die angesprochenen Mitarbeiter werden in vielen Fällen mit einem Anruf am Arbeitsplatz, mit denen ein Personalberater einen ersten Kontakt aufnehmen will, einverstanden sein. Es liegt nicht fern, dass ein Mitarbeiter ein Interesse daran hat, von Möglichkeiten zu erfahren, wie er seine berufliche Situation durch einen Arbeitsplatzwechsel verbessern oder verändern könnte. Seine Freiheit, über sein berufliches Fortkommen nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses selbst zu bestimmen, vor allem den Arbeitsplatz frei zu wählen, wird durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt (vgl. BVerfGE 97, 169, 175 = NJW 1998, 1475; BAG ZIP 1994, 642, 645). Die Entgegennahme des Anrufs eines Personalberaters am Arbeitsplatz kann für den Mitarbeiter ein einfaches und wichtiges Informationsmittel sein.

26

Ein Interesse der angerufenen Mitarbeiter mit der telefonischen Kontaktaufnahme am Arbeitsplatz kann aber nicht uneingeschränkt angenommen werden. Auch aus ihrer Sicht ist es deshalb geboten, die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit dieser Form der Kontaktaufnahme zu beschränken.

27

Der Werbeanruf eines Personalberaters wird für den angesprochenen Mitarbeiter schon seinem Inhalt nach vielfach ohne Interesse sein (vgl. dazu auch Schmidt, WRP 2001, 1138, 1139). Ein Personalberater wird mit einem Mitarbeiter oft gerade deshalb an dessen Arbeitsplatz telefonisch Kontakt aufnehmen, weil er nur dessen Stellung bei dem gegenwärtigen Arbeitgeber kennt (vgl. dazu auch Quiring, WRP 2001, 470, 478; Krügermeyer-Kalthoff/ Reutershan, MDR 2002, 139; Schloßer, WRP 2002, 1349, 1361). In vielen Fällen wird eine Besetzung der offenen Stelle mit dem angerufenen Mitarbeiter dementsprechend von vornherein kaum in Betracht kommen. Dies vermindert das allgemeine Interesse der Mitarbeiter an einer telefonischen Direktansprache am Arbeitsplatz auch dann erheblich, wenn diese Werbemaßnahme seriös und unaufdringlich eingesetzt wird und der Angerufene nicht lediglich einer von vielen auf einer Liste ist, die bei einem weitmaschigen Suchen "abgearbeitet" wird.

28

Der anrufende Personalberater kennt zudem nur ausnahmsweise die Umstände am Arbeitsplatz, unter denen er den Mitarbeiter erreicht. Er muss deshalb damit rechnen, dass er diesen schon durch den Anruf als solchen belästigt (vgl. dazu auch BGHZ 54, 188, 191 f. - Telefonwerbung I). Das aufgedrängte Gespräch kann den Angerufenen bei

eiligen oder Konzentration erfordernden Arbeiten stören; sein Telefon ist vorübergehend blockiert, auch wenn ihm daran gelegen ist, auf diesem Weg erreichbar zu sein.

29

Hinzu kommt, dass nicht jeder Arbeitnehmer in der für ihn so wichtigen und oft heiklen Frage eines möglichen Arbeitsplatzwechsels unvermutet von einer ihm fremden Person - und dies noch dazu am Arbeitsplatz - angerufen werden will.

30

cc) Aus der Sicht des Arbeitgebers betreibt ein Personalberater, der einen seiner Mitarbeiter am Arbeitsplatz telefonisch zum Zweck der Abwerbung anspricht, in seinem eigenen Betrieb eine gegen ihn gerichtete Werbung zugunsten eines Wettbewerbers. Der Arbeitgeber muss zwar als Folge des freien Wettbewerbs hinnehmen, dass Mitarbeiter abgeworben werden. Sein durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Recht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit würde aber unzumutbar beeinträchtigt, wenn er auch unbeschränkt dulden müsste, dass zum Zweck der Abwerbung Mittel seines Betriebs in Anspruch genommen werden und der Arbeitsablauf in seinem Betrieb gestört wird.

31

Durch den Anruf des Personalberaters wird der angesprochene Mitarbeiter während der Arbeitszeit von seiner Tätigkeit für das Unternehmen abgehalten. Mit einem vom Arbeitgeber hingenommenen oder zugelassenen Anruf aus privaten Gründen ist der Anruf eines Personalberaters, mit dem dieser von sich aus einen ersten Kontakt sucht, nicht vergleichbar. Es gibt - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - auch keinen Grund anzunehmen, dass ein erstes Telefongespräch in aller Regel nur wenige Minuten dauert und den Angerufenen (auch bei einer nachwirkenden Beschäftigung mit dem für ihn meist ungewöhnlichen Gespräch) nur geringfügig in seiner Konzentration auf die Arbeit beeinträchtigt. Der Personalberater muss zu Beginn eines Gesprächs in aller Regel sich und sein Unternehmen vorstellen und den Grund seines Anrufs darlegen. Wenn das Gespräch danach nicht gleich endet, wird der Personalberater Einzelheiten zu der Stelle, die zu besetzen ist, zumindest insoweit angeben, als dies erforderlich ist, um das Interesse des Angerufenen als eines möglichen Bewerbers um diese Stelle zu wecken oder zu erhalten.

32

Der Personalberater bedient sich zudem bei seinem Anruf, gleichgültig wie lange der erste Kontakt dauert, im Interesse eines Wettbewerbers der Betriebsorganisation des Unternehmens, in dem der Angerufene tätig ist, insbesondere der betrieblichen Telefoneinrichtung sowie gegebenenfalls der Vermittlung durch eine Telefonzentrale oder durch Kollegen des Angerufenen. Für den Personalberater wäre dieser ohne seine Eingliederung in den Betrieb mangels näherer Kenntnisse oft gar nicht erreichbar. Das betroffene Unternehmen wird so vom Personalberater ungewollt als Helfer in Anspruch genommen (vgl. OLG Stuttgart GRUR 2000, 1096, 1098; Krügermeyer-Kalthoff/Reutershan, MDR 2002, 139, 140).

33

Ein Abwerbungszwecken dienender Telefonanruf kann weiterhin vor allem dann, wenn er nicht unbemerkt bleibt, Unruhe in den Betrieb tragen. Es besteht auch die Gefahr, dass ein Abwerbungsgespräch dazu benutzt wird, die Mitarbeiter auszuhorchen. Diese Gefahr ist zwar mit jedem Abwerbungsversuch verbunden, wird hier aber dadurch verstärkt, dass der Angesprochene bei einem unvermuteten ersten Abwerbungsgespräch in eine Lage gebracht wird, in der ihm - zumindest zunächst - die in Aussicht gestellte Möglichkeit eines Arbeitsplatzwechsels für die eigene berufliche Entwicklung besonders bedeutsam erscheinen kann.

34

dd) Bei Abwägung der beteiligten und berücksichtigungsfähigen Interessen ist es - gerade auch unter Einbeziehung des Interesses der Allgemeinheit an einem wirksamen Wettbewerb um Arbeitskräfte - grundsätzlich nicht als wettbewerbswidrig zu beurteilen, wenn der Mitarbeiter eines Unternehmens zum Zweck der Abwerbung erstmals mit einem kurzen Telefonanruf am Arbeitsplatz angesprochen wird.

35

Angerufene Mitarbeiter, die während der üblichen Arbeitszeiten meist nur am Arbeitsplatz persönlich erreichbar sind, werden immer wieder ein Interesse daran haben, mit einem Personalberater, der Bewerber für eine offene Stelle sucht, erst einmal in Kontakt zu kommen. Der Personalberater und sein Auftraggeber haben ebenfalls ein Interesse an einer solchen Kontaktaufnahme, dem auf anderem Weg in vielen Fällen nicht gleichwertig entsprochen werden kann. Bei dieser Sachlage ist es anderen Mitarbeitern, die den erstmaligen Telefonanruf eines Personalberaters am Arbeitsplatz als belästigend ansehen, sowie dem Arbeitgeber grundsätzlich zuzumuten, eine erste (und einmalige) telefonische Kontaktaufnahme durch einen Personalberater hinzunehmen. Dies gilt jedoch nur für die Kontaktaufnahme als solche. Diese muss sich demgemäß auf das dazu Notwendige beschränken. Auf eine bestimmte Dauer des Gesprächs kann dabei zwar nicht abgestellt werden, da die Grenzziehung weitgehend willkürlich und in der Praxis kaum durchzuführen wäre. Eine wenige Minuten überschreitende Gesprächsdauer ist aber ein Indiz dafür, dass der Personalberater bereits den ersten Kontakt in wettbewerbswidriger Weise, insbesondere zu einem unzulässigen Umwerben des Angerufenen, genutzt hat (vgl. Lindacher aaO S. 647, 655). Der Personalberater ist gehalten, nachdem er sich bekannt gemacht und den Zweck seines Anrufs mitgeteilt hat, zunächst festzustellen, ob der Angerufene an einer Kontaktaufnahme als solcher und zu diesem Zeitpunkt Interesse hat. Nur wenn dies der Fall ist, darf er die in Rede stehende offene Stelle knapp umschreiben und, falls das Interesse des Mitarbeiters danach fortbesteht, eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Arbeitsbereichs verabreden. In jedem Fall handelt ein Personalberater wettbewerbswidrig, wenn er das Gespräch fortsetzt, obwohl der Angerufene - sei es auch ohne Angabe von Gründen - zu erkennen gegeben hat, dass er an einem Wechsel des Arbeitsplatzes allgemein kein Interesse hat oder das Gespräch jedenfalls nicht zu diesem Zeitpunkt führen will.

36

Ein zu Abwerbungszwecken geführtes Telefongespräch, das über eine solche Kontaktaufnahme hinausgeht, ist als unlauterer Wettbewerb zu beurteilen, weil dann vor allem die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers des angesprochenen Mitarbeiters weit überwiegen. Je weniger der erste Telefonanruf am Arbeitsplatz auf das zur ersten Kontaktaufnahme Notwendige beschränkt wird, desto mehr werden die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers und gegebenenfalls auch die Interessen eines Mitarbeiters, der einen solchen Anruf als belästigend ansieht, beeinträchtigt.

37

4. Ein Unterlassungsantrag kann dahingehend gefasst werden, dass dem Beklagten untersagt werden soll, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Mitarbeiter des Klägers erstmals und unaufgefordert an ihrem betrieblichen Arbeitsplatz zum Zweck der Abwerbung mit einem Telefongespräch anzusprechen, das über eine erste Kontaktaufnahme hinausgeht.

38

Ein solcher Antrag ist nicht unbestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn aus seiner Begründung hervorgeht, dass der verwendete Begriff der ersten Kontaktaufnahme so verstanden werden soll, wie dies vorstehend dargelegt ist. Auch

nach dieser Konkretisierung enthält ein solcher Klageantrag allerdings mit dem Bezug auf ein Telefongespräch, "das über eine erste Kontaktaufnahme hinausgeht", eine auslegungsbedürftige Wendung. Eine solche Antragsfassung ist jedoch im Hinblick auf die Besonderheiten der Werbemethode, um die es hier geht, im Interesse eines wirksamen Schutzes vor unlauterem Wettbewerb zuzulassen.

39

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag - und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung - nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht mehr klar umrissen sind, der Beklagte sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung darüber überlassen bleibt, was dem Beklagten verboten ist (vgl. BGHZ 144, 255, 263 - Abgasemissionen; BGH, Urt. v. 17. 7. 2003 - I ZR 259/ 00, GRUR 2003, 958, 960 = WRP 2003, 1341 - Paperboy, m. w. N., für BGHZ 156, 1 vorgesehen). In besonders gelagerten Fällen können aber bei der Bemessung der Anforderungen, die zur Sicherung der Bestimmtheit des Unterlassungsantrags und des entsprechenden Urteilsausspruchs aufzustellen sind, die Erfordernisse der Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes mit abzuwägen sein (vgl. BGHZ 142, 388, 391 - Musical-Gala). Die Anforderungen an die Konkretisierung des Streitgegenstands in einem Unterlassungsantrag sind demgemäß auch abhängig von den Besonderheiten des jeweiligen Sachgebiets (vgl. BGH, Urt. v. 4. 7. 2002 - I ZR 38/ 00, GRUR 2002, 1088, 1089 = WRP 2002, 1269 - Zugabenbündel).

40

Müsste in Fällen der vorliegenden Art ein auf § 1 UWG gestützter Unterlassungsantrag entsprechend den Besonderheiten des festgestellten Einzelfalls gefasst werden, wäre für den Kläger eine antragsgemäße Verurteilung in aller Regel nutzlos, weil der konkrete Wettbewerbsverstoß kaum jemals in gleicher Weise wiederholt werden wird. Dies würde auch die Wirksamkeit des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb durch Abwerbungsversuche mittels Telefonanruf am Arbeitsplatz entscheidend beeinträchtigen. Es ist deshalb bei der Fassung des Klageantrags und des entsprechenden Urteilsausspruchs hinzunehmen, dass das Vollstreckungsgericht bei der Beurteilung behaupteter Verstöße gegen ein in der dargelegten Weise gefasstes Unterlassungsgebot auch Wertungen vornehmen muss (vgl. BGH GRUR 2002, 1088, 1089 - Zugabenbündel, m. w. N.). Die Rechtsverteidigung eines Beklagten und sein schützenswertes Interesse an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungswirkungen werden dadurch nicht unzumutbar beeinträchtigt.

41

C. I. An einer eigenen Sachentscheidung ist der Senat gehindert. Nach dem Vorstehenden ist der von der Klägerin gestellte Unterlassungsantrag allerdings zu weit gefasst. Der Antrag ist jedoch nicht bereits deshalb als unbegründet abzuweisen. Im Hinblick darauf, dass die Rechtslage im Berufungsverfahren noch ungeklärt war, ist es aus Gründen der prozessualen Fairness geboten, der Klägerin durch erneute Eröffnung des Berufungsverfahrens Gelegenheit zu geben, sich durch eine sachdienliche Antragsfassung auf die dargelegte Rechtslage einzustellen (vgl. BGHZ 151, 15, 19 - Stadtbahnfahrzeug; 151, 92, 102 - Mischtonmeister).

42

II. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu beachten haben, dass die Anträge auf Verurteilung des Beklagten zur Auskunftserteilung und Feststellung seiner Schadensersatzpflicht nur insoweit begründet sein können, als sie sich auf die konkret beanstandete Handlung beziehen. Ohne Anführung weiterer Verstöße - an der es hier fehlt - ist die Wahrscheinlichkeit eines weitergehenden Schadenseintritts nicht dargelegt. Ein Anspruch auf Auskunftserteilung darüber, ob ein

Verletzer ähnliche Handlungen begangen hat, die weitergehende Schadensersatzansprüche rechtfertigen könnten, besteht nicht (vgl. BGH, Urt. v. 14. 11. 2002 - I ZR 137/ 00, GRUR 2003, 446, 447 = WRP 2003, 509 - Preisempfehlung für Sondermodelle, m. w. N.).

43

D. Auf die Revision der Klägerin war danach das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

BGH-Urteil vom 9. Februar 2006 - I ZR 73/ 02 - Direktansprache am Arbeitsplatz II

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Anrufen bei Mitarbeitern anderer Unternehmen zu Abwerbungszwecken, bei denen dienstliche Telefoneinrichtungen benutzt werden, ist nicht danach zu unterscheiden, ob Festnetz- oder Mobiltelefone benutzt werden (Fortführung von BGHZ 158, 174 - Direktansprache am Arbeitsplatz I).

1

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Dr. Büscher und Dr. Bergmann für Recht erkannt:

2

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 20. November 2001 aufgehoben.

3

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

4

Tatbestand: Die Parteien sind Wettbewerber bei der Herstellung und bei dem Vertrieb von Rohren.

5

Die Beklagte beauftragte das Personalberatungsbüro A. GmbH (im Folgenden: A.), Arbeitnehmer für ihren Vertrieb zu suchen. Zu diesem Zweck riefen Mitarbeiter der A. am 12. Februar 2001 drei Außendienstmitarbeiter der Klägerin an und boten ihnen Stellen im Vertrieb der Beklagten an. Die Mitarbeiter M. und K. wurden auf ihren Dienstmobiltelefonen angerufen, der Mitarbeiter B. zweimal auf seinem dienstlichen Festnetzanschluss.

6

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, es sei wettbewerbswidrig, über die von ihr eingerichteten dienstlichen Telefone Kontakt zu ihren Mitarbeitern aufzunehmen, um sie abzuwerben.

7

Sie hat beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, 1. es zu unterlassen, Mitarbeiter der Klägerin über deren Dienst- und/ oder Dienstmobiltelefone zum Zwecke der Abwerbung anzurufen und/ oder anrufen zu lassen; 2. Auskunft darüber zu erteilen, seit wann und in welchem Umfang sie Handlungen gemäß Ziffer 1. bisher begangen hat, und zwar aufgeschlüsselt nach Tagen unter Angabe von Namen der angerufenen Mitarbeiter der Klägerin; 3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, [erg. der Klägerin] allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die zu Ziffer 1. beschriebene Handlung entstanden ist und/ oder noch entstehen wird.

8

Die Beklagte hat ihr Verhalten als wettbewerbsgemäß verteidigt.

9

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

10

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

11

Entscheidungsgründe: A. Das Berufungsgericht hat die Klageansprüche als begründet angesehen. Dazu hat es - teilweise unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil - ausgeführt:

12

Die Klägerin sei als unmittelbar Verletzte aktivlegitimiert. Das Personalberatungsbüro A. habe als Beauftragte der Beklagten gehandelt. Das Abwerben von Beschäftigten anderer Unternehmen sei zwar grundsätzlich zulässig.

13

Es sei aber wettbewerbswidrig, für Abwerbungsversuche die Telefonanschlüsse zu benutzen, die der betroffene Arbeitgeber seinen Mitarbeitern zur Verfügung gestellt habe. Der Anrufende wisse, dass der Abwerbungsversuch dem Arbeitgeber höchst unerwünscht sei. Er handele schon dann wettbewerbswidrig, wenn er nur ein einziges Mal mit einem Arbeitnehmer über die geschäftliche Telefonverbindung Kontakt aufnehme, um ein Gespräch auf privater Ebene zu vereinbaren, nicht nur, wenn er nachhaltig und wiederholt abzuwerben versuche. Eine solche Unterscheidung wäre auch kaum praktikabel und würde zu Rechtsunsicherheit führen.

14

Die Berücksichtigung der Interessen der umworbenen Arbeitnehmer ergebe nichts anderes. Es sei bereits fraglich, ob ein mutmaßliches Einverständnis der Zielperson mit dem Anruf angenommen werden könne. Arbeitnehmern sei zwar grundsätzlich daran gelegen, sich beruflich zu verbessern; nicht wenige würden aber derartige Anrufe, gerade wenn sie häufig seien, als lästig empfinden. Entscheidend sei, dass ein Arbeitnehmer nicht von jeder äußeren Einflussnahme abgeschirmt werde, wenn eine Abwerbung unter Benutzung von Diensttelefonen schlechthin untersagt sei. Dem Abwerbenden sei es ohne weiteres zumutbar, die Privatanschrift zu ermitteln, um den Erstkontakt unter dieser zu suchen. Das Verbot der Personalwerbung unter Benutzung von Diensttelefonen beschränke zwar die Berufsausübungsfreiheit des Personalberatungsbüros, sei aber im Interesse der Berufsfreiheit des Arbeitgebers und der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer gerechtfertigt, weil es möglich sei, weniger belastende Formen der Abwerbung zu wählen.

15

Die Ansprüche auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und auf Auskunftserteilung seien begründet, weil ein Schaden zumindest wegen der Inanspruchnahme der Arbeitszeit der angerufenen Arbeitnehmer möglich erscheine.

16

B. Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Dem Senat ist eine abschließende Entscheidung über die Klageanträge nicht möglich, weil das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - über den Inhalt der Telefongespräche des Personalberatungsbüros A. mit den Mitarbeitern der Klägerin keine Feststellungen getroffen hat.

17

I. Nach Erlass des Berufungsurteils ist das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 in Kraft getreten. Der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch

der Klägerin, der auf Wiederholungsgefahr gestützt ist, kann nur bestehen, wenn das beanstandete Wettbewerbsverhalten der Beklagten zur Zeit seiner Begehung solche Unterlassungsansprüche begründet hat und diese Ansprüche auch auf der Grundlage der nunmehr geltenden Rechtslage noch gegeben sind. Die Frage, ob der Klägerin Schadensersatzansprüche und - als Hilfsansprüche zur Durchsetzung der Schadensersatzansprüche - Auskunftsansprüche zustehen, richtet sich nach dem zur Zeit der beanstandeten Handlung, am 12. Februar 2001, geltenden früheren Recht (vgl. BGH, Urt. v. 7. 4. 2005 - I ZR 140/ 02, GRUR 2005, 603, 604 = WRP 2005, 874 - Kündigungshilfe, m. w. N.).

18

II. Der Klägerin steht wegen des beanstandeten Wettbewerbsverhaltens ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte jedenfalls nicht in dem geltend gemachten Umfang zu. Die für diese Beurteilung maßgebliche Rechtslage hat sich inhaltlich durch das Inkrafttreten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 nicht geändert.

19

1. Der Unterlassungsantrag der Klägerin richtet sich nach seinem Wortlaut und seiner Begründung allgemein dagegen, dass die Beklagte Mitarbeiter der Klägerin über ihre dienstlichen Festnetz- oder Mobiltelefone zum Zweck der Abwerbung anruft oder anrufen lässt.

20

2. Das beanstandete Wettbewerbsverhalten ist nicht nur nach altem, sondern auch nach neuem Recht auf der Grundlage der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel (§ 1 UWG a. F., § 3 UWG) zu beurteilen, da nur auf diese Weise die rechtlich geschützten Interessen aller Beteiligten bei der Entscheidung abgewogen werden können. Dem Beispielstatbestand des § 4 Nr. 10 UWG (gezielte Behinderung eines Mitbewerbers) und dem Tatbestand der unzumutbaren Belästigung (§ 7 Abs. 1, 2 Nr. 2 UWG) können zwar Richtlinien für die Abwägung entnommen werden; diese Tatbestände erfassen aber jeweils nur bestimmte, wenn auch wesentliche Gesichtspunkte, unter denen die mit dem Unterlassungsantrag angegriffenen Wettbewerbshandlungen zu beurteilen sind.

21

3. Gegen die Beklagte, die unmittelbare Wettbewerberin der Klägerin ist, kann ein Unterlassungsanspruch bestehen, wenn die Mitarbeiter des Personalberatungsbüros A., das nach den getroffenen Feststellungen ihr Beauftragter war (§ 13 Abs. 4 UWG a. F., § 8 Abs. 2 UWG), bei den Abwerbbeanrufen wettbewerbswidrig gehandelt haben.

22

4. Das Abwerben der Mitarbeiter eines anderen Unternehmens ist als Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich erlaubt. Es ist nur dann wettbewerbswidrig, wenn wettbewerbsrechtlich unlaute Begleitumstände hinzukommen, insbesondere unlautere Mittel eingesetzt oder unlautere Zwecke verfolgt werden (vgl. BGHZ 158, 174, 178 - Direktansprache am Arbeitsplatz I, m. w. N.).

23

a) Nach Erlass des Berufungsurteils hat der Senat entschieden, dass der Anruf bei Mitarbeitern eines anderen Unternehmens am Arbeitsplatz nur dann ein wettbewerbsrechtlich unlauteres Mittel der Abwerbung ist, wenn er über eine erste kurze Kontaktaufnahme hinausgeht (BGHZ 158, 174, 178 ff. - Direktansprache am Arbeitsplatz I). Ein Anruf, bei dem ein Mitarbeiter erstmalig nach seinem Interesse an einer neuen Stelle befragt und diese kurz beschrieben wird sowie gegebenenfalls eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Unternehmens besprochen wird, ist danach grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig. Auf die Entscheidungsgründe dieser den Parteien bekannten Entscheidung kann Bezug genommen werden. Der Senat hält - auch unter

der Geltung des neuen Rechts - an der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung fest, wie sie in der Entscheidung "Direktansprache am Arbeitsplatz I" dargelegt ist. Bei Abwägung der rechtlich geschützten Interessen der Beteiligten - der betroffenen Unternehmen, der angesprochenen Arbeitnehmer, der Arbeitskräfte suchenden Unternehmen und der in ihrem Auftrag handelnden Personalberater - kann ein vollständiges Verbot, einen ersten Kontakt zu Arbeitnehmern durch Anruf an ihrem Arbeitsplatz herzustellen, nicht durch das Erfordernis des Schutzes vor unlauterem Wettbewerb gerechtfertigt werden. Die auch vom Berufungsgericht betonten praktischen Schwierigkeiten, die sich im Einzelfall bei der Feststellung ergeben können, ob die Grenzen des Zulässigen überschritten worden sind, müssen deshalb hingenommen werden.

24

b) Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Anrufen bei Mitarbeitern anderer Unternehmen zu Abwerbungszwecken, bei denen dienstliche Telefoneinrichtungen benutzt werden, ist nicht danach zu unterscheiden, ob Festnetz- oder Mobiltelefone benutzt werden. In jedem Fall bedient sich der anrufende Personalberater des Kommunikationssystems des betroffenen Unternehmens für eine Tätigkeit, die gegen dessen Interessen gerichtet ist. Der Personalberater weiß bei einem Anruf auf einem Mobiltelefon in aller Regel nicht, in welcher Situation er den Angerufenen erreicht. Falls er nicht zu einer Zeit anruft, in der mit einer beruflichen Tätigkeit keinesfalls zu rechnen ist, nimmt er zumindest in Kauf, dass er den Angerufenen bei einer Tätigkeit für sein Unternehmen, etwa auch am Arbeitsplatz oder bei einem Kundengespräch, stört und dessen Diensttelefon für andere eingehende Gespräche vorübergehend blockiert. Ebenso wie bei einem Anruf auf dem Festnetzanschluss wird zudem nicht jeder Arbeitnehmer in der für ihn so wichtigen und oft heiklen Frage eines möglichen Arbeitsplatzwechsels unvermutet von einer ihm fremden Person - und dies in einem von ihm nicht gewählten Umfeld - angerufen werden wollen.

25

c) Anrufe, mit denen Mitarbeiter anderer Unternehmen auf Diensttelefonen zu Abwerbungszwecken angesprochen werden, sind auch geeignet, den Wettbewerb nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, wenn sie über eine erste kurze Kontaktaufnahme hinausgehen (§ 3 UWG). Bei dieser Beurteilung kommt es nicht allein auf die Wirkungen des einzelnen Anrufs an, die je nach Fallgestaltung recht unterschiedlich sein können. Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass mit dieser Art von Wettbewerbshandlungen - wie dargelegt - notwendig und regelmäßig wettbewerbswidrige Wirkungen verbunden sind. Hinzu kommt die naheliegende Gefahr, dass sich Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen zur Nachahmung dieser belästigenden Werbemaßnahme gezwungen sehen können (vgl. auch BGH, Urt. v. 9. 9. 2004 - I ZR 93/ 02, GRUR 2005, 443, 445 = WRP 2005, 485 - Ansprechen in der Öffentlichkeit II, m. w. N.).

26

5. Der gestellte Unterlassungsantrag ist allerdings zu weit gefasst, da er auch Telefonanrufe einbezieht, die nicht über eine erste kurze Kontaktaufnahme hinausgehen. Der Antrag ist jedoch nicht bereits deshalb als unbegründet abzuweisen. Im Hinblick darauf, dass die Rechtslage im Berufungsverfahren noch ungeklärt war, ist es aus Gründen der prozessualen Fairness geboten, der Klägerin durch erneute Eröffnung des Berufungsverfahrens Gelegenheit zu geben, sich durch eine sachdienliche Antragsfassung auf die dargelegte Rechtslage einzustellen (vgl. dazu BGHZ 158, 174, 185 ff. - Direktansprache am Arbeitsplatz I).

27

Auf besondere Unlauterkeitsumstände, wie sie die Klägerin in ihrer Revisionserwiderung unter Bezugnahme auf Vorbringen in den Vorinstanzen geltend macht, ist ihr Unterlassungsantrag nicht gestützt.

28

III. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu beachten haben, dass die Haftung des Inhabers des Unternehmens für das Handeln von Beauftragten gemäß § 13 Abs. 4 UWG a. F. (nunmehr § 8 Abs. 2 UWG) keine Haftung auf Schadensersatz einschließt. Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte nach § 1 UWG a. F. sind bisher nicht festgestellt. Die Anträge auf Verurteilung der Beklagten zur Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht können zudem in jedem Fall nur insoweit begründet sein, als sie sich auf die konkret beanstandete Handlung beziehen. Ohne Anführung weiterer Verstöße - an der es hier fehlt - ist die Wahrscheinlichkeit eines weitergehenden Schadenseintritts nicht dargelegt. Ein Anspruch auf Auskunftserteilung darüber, ob ein Verletzter ähnliche Handlungen begangen hat, die weitergehende Schadensersatzansprüche rechtfertigen könnten, besteht nicht (vgl. BGHZ 158, 174, 187 f. - Direktansprache am Arbeitsplatz I).

29

C. Auf die Revision der Beklagten war danach das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

BGH-Urteil vom 22.11.2007 - I ZR 183/ 04 - Direktansprache am Arbeitsplatz III

Ein Personalberater, der bei einem ersten Telefongespräch, das er mit einem Arbeitnehmer eines Mitbewerbers seines Auftraggebers zur Personalsuche an dessen Arbeitsplatz führt, dem Arbeitnehmer Daten zu dessen Lebenslauf und bisherigen Tätigkeiten vorhält, geht über das für eine erste Kontaktaufnahme Notwendige hinaus und handelt daher wettbewerbswidrig (Fortführung von BGHZ 158, 174 - Direktansprache am Arbeitsplatz I).

1

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 2007 durch die Richter Dr. Bergmann, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffer, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch für Recht erkannt:

2

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 27. Oktober 2004 aufgehoben.

3

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

4

Tatbestand: Die Klägerin vertreibt Computer-Software. Sie beschäftigt hoch qualifizierte und spezialisierte Mitarbeiter, deren Kenntnisse und Fähigkeiten sie durch Schulungen auf dem neuesten Stand hält. Der Beklagte befasst sich als selbständiger Unternehmer mit der Suche und Vermittlung von Führungs- und Fachkräften. Aufgrund eines Personalsuchauftrags nahm er am 22. September 1999 telefonisch Kontakt mit der Zeugin M., einer Projektleiterin der Klägerin, an deren Arbeitsplatz auf. Nach der Darstellung der Klägerin bot er der Zeugin bei diesem Gespräch eine Stelle als Projektleiterin bei einem ausländischen Softwareunternehmen an.

5

Die Klägerin hat jeden Telefonkontakt am Arbeitsplatz zur Abwerbung von Mitarbeitern für wettbewerbswidrig gehalten und den Beklagten auf Unterlassung, Auskunftserteilung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Zahlung in Anspruch genommen.

6

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Mannheim WRP 2001, 974). Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG Karlsruhe WRP 2001, 1092). Im ersten Revisionsverfahren hat der Senat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGHZ 158, 174 - Direktansprache am Arbeitsplatz I).

7

Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat die Klägerin unter Berücksichtigung der Ausführungen im ersten Revisionsurteil beantragt, den Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Mitarbeiter der Klägerin erstmals und unaufgefordert an ihrem betrieblichen Arbeitsplatz zum Zwecke der Abwerbung mit einem Telefongespräch anzusprechen, das über eine erste Kontaktaufnahme hinausgeht.

8

Hinsichtlich der weiteren Klageanträge hat die Klägerin den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Der Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht

angeschlossen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin wiederum zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Klageanträge weiter. Der Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

9

Entscheidungsgründe: I. Das Berufungsgericht hat die Klage auch mit den zuletzt verfolgten Anträgen für unschlüssig gehalten. Die Klägerin habe nichts Erhebliches dafür vorgetragen, dass der Beklagte sich bei dem zu Abwerbungszwecken geführten Telefongespräch nicht auf das zur ersten Kontaktaufnahme Notwendige beschränkt habe. Insbesondere sei das Telefongespräch nach der Darstellung der Klägerin sofort beendet worden, als die Zeugin M. erklärt habe, an der Stelle nicht interessiert zu sein, und es fehle an schlüssigem Vortrag dazu, dass der Beklagte das Gespräch über Gebühr ausgedehnt und die Zeugin unlauter umworben habe. Der Beklagte habe die Zeugin zwar mit zentralen Daten aus ihrer Arbeitsbiographie konfrontiert. Damit habe er ihr jedoch lediglich in zulässiger Weise das Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle aufgezeigt und ihr persönliches Interesse daran zu wecken gesucht.

10

II. Die Revision der Klägerin führt erneut zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat entscheidungserheblichen Vortrag der Klägerin nicht berücksichtigt. Infolgedessen hat es den Klagevortrag zu Unrecht als unschlüssig angesehen.

11

1. Nach dem ersten Revisionsurteil vom 4. März 2004 sind bei der Beurteilung, ob ein Personalberater wettbewerbswidrig handelt, wenn er zum Zweck der Personalsuche mit dem Mitarbeiter eines Wettbewerbers seines Auftraggebers ein erstes Telefongespräch an dessen Arbeitsplatz führt, die berücksichtigungsfähigen Interessen des Personalberaters, seines Auftraggebers, des betroffenen Mitarbeiters und dessen Arbeitgebers gegeneinander abzuwägen.

12

Danach ist eine erste Kontaktaufnahme nicht wettbewerbswidrig, wenn der Mitarbeiter lediglich nach seinem Interesse an einer neuen Stelle befragt, diese kurz beschrieben und gegebenenfalls eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Unternehmens besprochen wird. Ein solcher erster Telefonanruf am Arbeitsplatz muss sich auf das zur ersten Kontaktaufnahme Notwendige beschränken.

13

Eine wenige Minuten überschreitende Gesprächsdauer ist ein Indiz dafür, dass der Personalberater bereits den ersten Kontakt in wettbewerbswidriger Weise, insbesondere zu einem unzulässigen Umwerben des Angerufenen, genutzt hat.

14

Der Personalberater ist gehalten, nachdem er sich bekannt gemacht und den Zweck seines Anrufs mitgeteilt hat, zunächst festzustellen, ob der Angerufene an einer Kontaktaufnahme als solcher und zu diesem Zeitpunkt Interesse hat.

15

Nur wenn dies der Fall ist, darf der Personalberater die in Rede stehende offene Stelle knapp umschreiben und, falls das Interesse des Mitarbeiters danach fortbesteht, eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Arbeitsbereichs verabreden.

16

Ein zu Abwerbungszwecken geführtes Telefongespräch, das über eine solche Kontaktaufnahme hinausgeht, ist als unlauterer Wettbewerb zu beurteilen (BGHZ 158, 174, 180, 185; vgl. dazu Köhler in Hefermehl/ Köhler/ Born Kamm, 25. Aufl., § 7 UWG

Rdn. 65; Harte/ Henning/ Omsels, UWG, § 4 Nr. 10 Rdn. 32; Fezer/ Götting, UWG, § 4-10 Rdn. 43 f.; Wulf, NJW 2004, 2424, 2425; Dittmer, EWIR 2004, 881).

17

Die für diese Beurteilung in dem ersten Revisionsurteil vom 4. März 2004 maßgebliche Rechtslage hat sich durch das In-Kraft-Treten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 inhaltlich nicht geändert.

18

Ein zum Zwecke der Abwerbung eines Mitarbeiters geführter Telefonanruf an dessen Arbeitsplatz, der über eine erste Kontaktaufnahme hinausgeht, ist nunmehr nach § 3 UWG unlauter (BGH, Urt. v. 9. 2. 2006 - I ZR 73/ 02, GRUR 2006, 426 Tz. 14, 16 = WRP 2006, 577 - Direktansprache am Arbeitsplatz II).

19

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe nichts Erhebliches dafür vorgetragen, dass im vorliegenden Fall das zur ersten Kontaktaufnahme Notwendige überschritten worden sei. Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht tatsächliches Vorbringen der Klägerin übergangen hat.

20

a) Nach dem ersten Revisionsurteil hat der Personalberater, nachdem er sich bekannt gemacht und den Zweck seines Anrufs mitgeteilt hat, zu Beginn des Gesprächs zunächst festzustellen, ob der Angerufene an einer Kontaktaufnahme als solcher und zu diesem Zeitpunkt Interesse hat. Nach dem Vortrag der Klägerin in der wiedereröffneten Berufungsinstanz hat der Beklagte diese Anforderung nicht erfüllt, weil er die Zeugin M. zunächst mit Informationen über sie selbst (insbesondere ihre Handy-Nummer, ihren Lebenslauf und ihre bisherigen Tätigkeiten) konfrontiert habe.

21

b) Zudem war es - unabhängig vom zeitlichen Ablauf des Telefongesprächs - bei der ersten Kontaktaufnahme unter keinem Gesichtspunkt notwendig, der Zeugin Daten vorzuhalten, die sie selbst betrafen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es nicht erforderlich, den Angerufenen mit (detaillierten) Kenntnissen seines eigenen beruflichen Werdegangs zu konfrontieren, um das Anforderungsprofil der offenen Stelle in einer Weise darzulegen, die dem Angerufenen die Entscheidung ermöglicht, das Gespräch sofort oder zu einem späteren Zeitpunkt fortzusetzen oder davon Abstand zu nehmen.

22

Vielmehr ist, wie die Revision zutreffend ausführt, die (umfangreiche) Konfrontation mit Lebenslaufkenntnissen schon Teil des Umwerbens, das dem Angerufenen den Eindruck vermittelt, der Personalberater habe sich bereits näher mit seiner Persönlichkeit befasst und er sei aufgrund seiner konkreten Berufsbiographie für die offene Stelle besonders geeignet. Ein solches Umwerben geht über den notwendigen Inhalt einer ersten Kontaktaufnahme am Arbeitsplatz hinaus und ist wettbewerbsrechtlich unzulässig, wie der Senat in seinem ersten Revisionsurteil ausdrücklich ausgeführt hat (BGHZ 158, 174, 185). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es wettbewerbswidrig, wenn der Personalberater bei der ersten unaufgeforderten Kontaktaufnahme versucht, das persönliche Interesse der Zielperson an der betreffenden Stelle in einer Weise zu wecken, wie dies hier nach der Behauptung der Klägerin geschehen ist.

23

c) Die Klägerin hat ferner ausdrücklich unter Bezug auf den von ihr detailliert dargestellten Ablauf des Gesprächs vorgetragen, das Telefonat mit der Zeugin M. habe länger als nur wenige Minuten gedauert. Die Gesprächstaktik des Beklagten sei nicht auf einen kurzen Erstanruf, sondern darauf gerichtet gewesen, die Zeugin M. in ein längeres Gespräch zu verwickeln.

24

Dies sei dem Beklagten auch gelungen. Das Berufungsgericht hat diesen Sachvortrag übergangen. Nach dem ersten Revisionsurteil ist eine wenige Minuten überschreitende Gesprächsdauer ein Indiz dafür, dass der Personalberater bereits den ersten Kontakt in wettbewerbswidriger Weise genutzt hat (BGHZ 158, 174, 185). Das Berufungsgericht hätte daher Feststellungen zur Gesprächsdauer treffen und das danach gegebenenfalls vorliegende Indiz für die Wettbewerbswidrigkeit bei seiner Bewertung des Verhaltens des Beklagten berücksichtigen müssen.

25

3. Hingegen vermag die Klägerin ihr Begehren nicht darauf zu stützen, der Beklagte habe die Zeugin M. unstreitig zunächst nicht erreicht und das Telefonat mit ihr sei deshalb nur aufgrund von deren Rückruf zustande gekommen, den der Beklagte über die Telefonzentrale der Klägerin veranlasst gehabt habe. Unabhängig von den näheren Umständen dieser Rückrufbitte, die zwischen den Parteien streitig sind, hat die Klägerin den Umstand, dass das Telefongespräch erst nach einem Rückruf des Mitarbeiters zustande gekommen ist, nicht zum Gegenstand ihres Unterlassungsantrags gemacht. Dem Beklagten sollen vielmehr über eine erste Kontaktaufnahme hinausgehende Telefongespräche generell verboten werden, ohne Rücksicht darauf, wie sie im Einzelfall zustande kommen.

26

III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im erneut eröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht nunmehr die bereits im ersten Revisionsurteil für erforderlich gehaltenen Tatsachenfeststellungen zu Inhalt und Dauer des beanstandeten Telefongesprächs nachzuholen haben. Sollte sich der Vortrag der Klägerin als zutreffend erweisen, könnte ihr Unterlassungsantrag nicht abgewiesen werden. Ferner wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, in welchem Umfang die auf Auskunftserteilung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Zahlung gerichteten Ansprüche bis zur Erledigungserklärung der Klägerin zulässig und begründet waren (vgl. dazu BGHZ 158, 174, 187 f. - Direktansprache am Arbeitsplatz I).

BAG-Urteil vom 26.09.2012 - 10 AZR 370/10 - Schadensersatz - tatrichterliche Schätzung - unlautere Abwerbung von Mitarbeitern

Leitsätze

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 Schätzung eines Schadens darf nur dann unterbleiben, wenn sie mangels konkreter Anhaltspunkte vollkommen "in der Luft hänge" und daher willkürlich wäre. Eine völlig abstrakte Berechnung eines Schadens, auch in Form eines Mindestschadens, ist unzulässig. Dies gilt auch bei unlauterer Abwerbung von Mitarbeitern eines Konkurrenzunternehmens.

Tenor

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

Tatbestand

1

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

2

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

3

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

4

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

Beklagten erfolgte unter Mithilfe der Sekretärinnen der Streitverkündeten zu 2. und zu 3. Bis zum 31. März 2005 kündigten 25 und bis zum 31. Mai 2005 weitere 32 Mitarbeiter der Klägerin ihr Arbeitsverhältnis und wechselten im Laufe des Jahres zur Beklagten. Weitere 47 Arbeitnehmer gingen zu anderen Arbeitgebern. Insgesamt reduzierte sich die Belegschaft der Klägerin von 1.329 Mitarbeitern zum Stichtag 31. Dezember 2004 auf 1.101 Mitarbeiter zum Stichtag 31. Dezember 2005. Im Zusammenhang mit dem Wechsel der Mitarbeiter zur Beklagten wurden Daten der Klägerin gelöscht und für die Beklagte genutzt. Bei einer von der Staatsanwaltschaft veranlassten Durchsuchung von Büroräumen der Beklagten wurden Kalkulations-, Projektsteuerungs- und weitere Unterlagen der Klägerin gefunden. In einer E-Mail eines Mitglieds der Führungsebene der Beklagten an den Vorstandsvorsitzenden der Beklagten vom 15. März 2005 heißt es: „... **Der Ball rollt weiter und wir haben heute sechs weitere Schlüsselpersonen wie Kalkulatoren, Arbeitsvorbereiter etc. ... verpflichtet. Übrigens, die zukünftige Geschäftsführung arbeitet nun (noch informell) mit Volldampf an der Sache. ...**“

5

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

6

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

7

Im Lagebericht der Klägerin für das Jahr 2005 heißt es:

"Geschäftsergebnis

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

...

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

...

Ertragslage

...

Für die negative Unternehmensentwicklung waren insbesondere die durch die Insolvenz der W-Bau AG entstandenen Unsicherheiten aus konzerninternen Auftragsverhältnissen zur W-Bau-Gruppe, Abwerbung von Führungspersonal durch

Wettbewerber, sowie Nachtragsbereinigungen und Leistungskorrekturen im Zuge des S-Erwerbs verantwortlich.

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

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

...

Chancen und Risiken der künftigen Entwicklung

...

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

...

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

8

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

9

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

10

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

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

11

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

12

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

Entscheidungsgründe

13

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

14

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

15

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

16

2. Es liegt nahe, dass die Beklagte die wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Schwelle für Kontaktaufnahmen am Arbeitsplatz überschritten hat, indem sie mithilfe der noch im Arbeitsverhältnis zur Klägerin stehenden Streitverkündeten zu 2. und zu 3. und unter Nutzung sächlicher und personeller Betriebsmittel der Klägerin Führungspersonal angeworben hat; das die Anwerbung steuernde und begleitende Handeln des Mitglieds ihrer Führungsebene ist der Beklagten dabei nach den Grundsätzen der Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB zuzurechnen (vgl. BGH 5. März 1998 - III ZR 183/96 - zu III 1 a der Gründe, NJW 1998, 1854).

17

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

18

1. Nach § 249 Abs. 1 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (Naturalrestitution). Ist die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend, hat der Ersatzverpflichtete den Gläubiger in Geld zu entschädigen, § 251 Abs. 1 BGB. Ob ein Vermögensschaden vorliegt, ist nach der Differenzhypothese durch Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die sich ohne dieses Ereignis ergeben hätte, zu beurteilen (BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 47 mwN, EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 4; BGH 18. Januar 2011 - VI ZR 325/09 - Rn. 8 mwN, BGHZ 188, 78). Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

19

2. Nach § 287 Abs. 1 ZPO entscheidet der Tatrichter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch er ist. Die Norm dehnt das richterliche Ermessen für die Feststellung der Schadenshöhe über die Schranken des § 286 ZPO aus. Das Gesetz nimmt 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).

20

3. Der Geschädigte muss die Umstände darlegen und in den Grenzen des § 287 ZPO beweisen, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge oder den besonderen Umständen des Falls die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt. Da

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

21

4. Beruft sich der Schädiger darauf, entgegen dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wäre kein oder nur ein geringerer Gewinn angefallen, ist er für den behaupteten anderen Kausalverlauf darlegungs- und beweispflichtig (BGH 30. Mai 2001 - VIII ZR 70/00 - zu II 1 a der Gründe mwN, NJW-RR 2001, 1542; MüKoBGB/Oetker 6. Aufl. § 252 Rn. 40). Auch dem Schädiger kommt § 287 ZPO zugute, denn den naturwissenschaftlichen Beweis eines anderen Kausalverlaufs kann auch er nicht erbringen. Der Schädiger, der sich auf eine Reserveursache beruft, muss daher seinerseits Anknüpfungstatsachen darlegen und beweisen, aus denen das Gericht mit hinlänglicher Wahrscheinlichkeit auf die Einschränkung oder den Ausschluss des Ersatzanspruchs schließen kann (vgl. Staudinger/Schiemann (2005) Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 93; MüKoBGB/Oetker aaO).

22

5. § 287 ZPO bietet damit Erleichterungen für das Beweismaß und das Verfahren, hat aber keine Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast (BGH 7. Juni 2006 - XII ZR 47/04 - zu II 1 a der Gründe, NJW-RR 2006, 1238; MünchKommZPO/Prütting 3. Aufl. § 287 Rn. 32). Gelangt das Gericht zu keiner für eine Schätzung hinreichenden Überzeugung, ist das non-liquet nach den allgemeinen Regeln zu bewältigen (Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. § 287 Rn. 43; MünchKommZPO/Prütting § 287 Rn. 31).

23

6. Das Landesarbeitsgericht hat einen Schadensersatzanspruch mit der Begründung abgelehnt, die Klägerin habe keine greifbaren Anknüpfungstatsachen dafür vorgetragen, welcher Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte; der geltend gemachte Schaden könne nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Beklagten zugeordnet werden. Eine Vielzahl weiterer Faktoren außer dem Ausscheiden von Mitarbeitern habe das Betriebsergebnis der Klägerin in den Jahren 2005 und 2006 beeinflusst. Dazu gehöre insbesondere die Insolvenz der Muttergesellschaft. Die Klägerin habe zwar behauptet, das Insolvenzgeschehen habe keinen nachhaltigen Einfluss gehabt, dies stehe jedoch im Widerspruch zu den Aussagen im Lagebericht für das Geschäftsjahr 2005. Weitere Faktoren wie die Abwanderung einer Vielzahl von Arbeitnehmern zu anderen Mitbewerbern, die Konjunktur-, Lohn- und Materialpreisentwicklung und die unterschiedliche Ausschreibungsdichte in den betroffenen Regionen hätten Einfluss auf das negative Geschäftsergebnis gehabt. Äußerungen des Mehrheitsaktionärs der S-Gruppe gegenüber Führungskräften sowie die Presseberichterstattung hätten für zusätzliche Verunsicherung gesorgt. Die zur Beklagten gewechselten Mitarbeiter seien überwiegend unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist erst in der zweiten Hälfte des Jahres 2005 ausgeschieden, sodass nicht nachvollzogen werden könne, dass der Verlust gerade auf ihr Ausscheiden zurückzuführen sei. Mangels ausreichender

Anknüpfungstatsachen sei eine Schätzung, ob und in welchem Umfang die verschiedenen Ereignisse für das negative Betriebsergebnis der Klägerin verantwortlich seien, nicht möglich und würde ins Blaue hinein erfolgen. Es fehlten ausreichende Anhaltspunkte, die es ermöglichten, den behaupteten Schaden dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Beklagten zumindest zu einem Teil zuzuordnen.

24

7. Diese Begründung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

25

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

26

b) Das Landesarbeitsgericht hat alle wesentlichen Bemessungsfaktoren in seine Beurteilung einbezogen, ob eine Schadensschätzung möglich ist. Es ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Klägerin durch das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten ein Schaden, insbesondere ein Gewinnausfall entstanden sein kann; es hat aber zu Recht darauf abgestellt, dass die Geschäftstätigkeit der Klägerin nicht nur durch einen allgemeinen Rückgang der Bauleistung und konjunkturelle Einflüsse, sondern auch durch weitere Sonderfaktoren geprägt war. Ausweislich des eigenen Lageberichts bestimmten zudem die Verunsicherung der Bauherrenschaft und wichtiger Nachunternehmer sowie ein erhöhter Materialaufwand das Ergebnis. Insbesondere entsprach ein vom Insolvenzgeschehen der Konzernmutter ungetrübter Geschäftsverlauf aber nicht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge. Durch die Insolvenz der Muttergesellschaft der Klägerin **bestand eine Schadensanlage, die keine „planmäßige“ Gewinnerzielung** und Fortschreibung der Erträge der Vergangenheit, wohl aber eine spürbare Eintrübung erwarten ließ. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch die Abwanderung einer Vielzahl von Arbeitnehmern zu anderen Wettbewerbern in seine Bewertung einbezogen und berücksichtigt, dass die zur Beklagten gewechselten Mitarbeiter der Klägerin noch zu einem Großteil des Jahres 2005 zur Verfügung standen. Dass es in Arbeitsverhältnissen wechselwilliger Arbeitnehmer zu Äquivalenzstörungen kommt, kann zwar vermutet werden; es ist aber nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht ohne näheren Sachvortrag hierin keinen tauglichen Bemessungsfaktor für eine Schadensschätzung gesehen hat. Revisionsrechtlich ist nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht von einem multikausalen Geschehensablauf ausgegangen ist.

27

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

die Höhe eines Schadens nach bloßer Billigkeit anzunehmen. § 287 BGB soll dem Geschädigten die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs erleichtern, nicht aber den Rechtsschutz des Schädigers schmälern. Dieser muss die Möglichkeit haben, sich im Prozess mit den Schätzungsgrundlagen auseinanderzusetzen und Einwände geltend zu machen (BGH 5. Dezember 1995 - X ZR 121/93 - zu I 2 der Gründe, NJW 1996, 775). Dies kann er nicht, wenn - wie vorliegend - ein negatives Geschäftsergebnis einer Verletzungshandlung nicht ausreichend zugeordnet und ein hinreichender Zusammenhang zwischen den Abwerbungen und den eingetretenen Verlusten nicht erkennbar wird. Eine Schätzung des Schadens nach reiner Billigkeit ohne konkrete Zuordnung zum Verletzungserfolg gestattet die Norm nicht.

28

d) Entgegen der Auffassung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht nicht eine konkrete Schadensberechnung verlangt. Für die Schätzung eines Schadens war aber erforderlich, greifbare Anknüpfungstatsachen darzulegen, die bei einer Gesamtbetrachtung die Folgen der Abwerbung des Führungspersonals erkennen lassen. **Der Hinweis auf „fehlende Akquisitionstärke in den Regionen“ ist unzureichend und** bietet keine Grundlage für eine Schadensschätzung. Ohne ergänzenden Vortrag kann wegen der erheblichen Zeitspannen zwischen Ausschreibung, Baubeginn und Abrechnung nicht nachvollzogen werden, dass eine geringere Akquise im Geschäftsjahr 2005 bereits in diesem Jahr ergebniswirksam geworden ist. Exemplarisch hätte deshalb die zeitliche Abfolge zwischen Ausschreibung, Zuschlag und ergebniswirksamer Abrechnung von Straßenbauvorhaben dargelegt werden müssen. Notwendig wäre auch gewesen, die Tätigkeiten der abgeworbenen (Führungs-)Kräfte und ihren Einfluss auf Geschäft und Betriebsergebnis näher zu beschreiben. Ein Rückgang bei der Vereinbarung von Nachträgen zu erteilten Aufträgen, eine rückläufige Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen oder negative Veränderungen bei der Erteilung von Zuschlägen hätten Rückschlüsse auf die Auswirkung der unlauteren Abwerbung ermöglicht und Grundlage für die Schätzung eines Schadens sein können. Solchen, ihr ohne Weiteres möglichen Vortrag hat die Klägerin nicht gehalten. Weder ist klar, welche Vergabeverfahren im Marktbereich der Klägerin in den Jahren 2005 und 2006 stattfanden, an wie vielen Verfahren sie teilgenommen hat oder infolge Personalmangels nicht teilnehmen konnte, noch ob sie in diesen Jahren unterdurchschnittlich häufig den Zuschlag erhalten hat und wann etwaige Veränderungen ergebniswirksam geworden sind. Aus einem bloßen Auftragsrückgang ergibt sich kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, dass dieser dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Beklagten (teilweise) zugerechnet werden kann und in den Geschäftsjahren 2005 oder 2006 zu einem Ergebnissrückgang geführt hat. Angesichts der konkreten Marktbedingungen hat das Landesarbeitsgericht deshalb zu Recht nicht auf einen Sachvortrag, der eine erfolgreiche Teilnahme an Vergabeverfahren jedenfalls zu einem Teil wahrscheinlich macht, verzichtet.

29

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

angesichts der jeweiligen Marktsituation eine kausale Schadensverursachung nach § 287 ZPO für wahrscheinlich halten kann (zur Vornahme von Abschlägen bei einer Schätzung: vgl. BGH 6. Februar 2001 - VI ZR 339/99 - zu II 2 b bb der Gründe, NJW 2001, 1640).
30

f) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch die Schätzung eines (Mindest-)Schadens auf Grundlage eines Verlustes an Unternehmenswert durch Abfluss von Humankapital abgelehnt. Unabhängig von methodischen Fragen der Bewertung eines nicht börsennotierten Unternehmens im Hinblick auf dessen Personalstamm scheidet ein Ersatz dieses Schadens daran, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Bemessung der Schadenshöhe, im Regelfall der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (vgl. BGH 18. April 2002 - IX ZR 72/99 - zu C I 3 b der Gründe, BGHZ 150, 319), der Personalabfluss ausweislich des Lageberichts 2005 bereits kompensiert war. Es liegt zudem nahe, dass ein möglicher, aus dem Verlust an Know-how abgeleiteter Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Beklagten eingetreten wäre, weil die Führungskräfte auch bei lauterer Abwerbung die Klägerin verlassen hätten.
31

g) Da das Landesarbeitsgericht zu Recht vom Fehlen greifbarer Anknüpfungstatsachen für einen hinreichenden Zusammenhang zwischen den Abwerbungen und den negativen Betriebsergebnissen ausgegangen ist, war es entgegen der Auffassung der Revision auch nicht verpflichtet, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Ob und in welchem Umfang eine Beweisaufnahme durchgeführt wird, steht nach § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO im Ermessen des Gerichts. Ermessensfehler oder ein Willkürverstoß sind nicht zu erkennen.
32

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

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Auszug: §§ 1-7)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010

§ 1 Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

§ 2 Definitionen

(1) Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet

1. **„geschäftliche Handlung“** jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen;
2. **„Marktteilnehmer“** neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind;
3. **„Mitbewerber“** jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht;
4. **„Nachricht“** jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird; dies schließt nicht Informationen ein, die als Teil eines Rundfunkdienstes über ein elektronisches Kommunikationsnetz an die Öffentlichkeit weitergeleitet werden, soweit die Informationen nicht mit dem identifizierbaren Teilnehmer oder Nutzer, der sie erhält, in Verbindung gebracht werden können;
5. **„Verhaltenskodex“** Vereinbarungen oder Vorschriften über das Verhalten von Unternehmern, zu welchem diese sich in Bezug auf Wirtschaftszweige oder einzelne geschäftliche Handlungen verpflichtet haben, ohne dass sich solche Verpflichtungen aus Gesetzes- oder Verwaltungsvorschriften ergeben;
6. **„Unternehmer“** jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen Person handelt;
7. **„fachliche Sorgfalt“** der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Marktgepflogenheiten einhält.

(2) Für den Verbraucherbegriff gilt § 13 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

§ 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

(2) Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern sind jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dabei ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftigen und eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern ist abzustellen, wenn für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass seine geschäftliche Handlung nur diese Gruppe betrifft.

(3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.

§ 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

Unlauter handelt insbesondere, wer

1. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen;
2. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen;
3. den Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen verschleiert;
4. bei Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Preisnachlässen, Zugaben oder Geschenken die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme nicht klar und eindeutig angibt;
5. bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter die Teilnahmebedingungen nicht klar und eindeutig angibt;
6. die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden;
7. die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft;
8. über die Waren, Dienstleistungen oder das Unternehmen eines Mitbewerbers oder über den Unternehmer oder ein Mitglied der Unternehmensleitung Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Unternehmens oder den Kredit des Unternehmers zu schädigen, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind; handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist die Handlung nur dann unlauter, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet wurden;

9. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er
 - a. eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt,
 - b. die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder
 - c. die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat;
10. Mitbewerber gezielt behindert;
11. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

§ 5 Irreführende geschäftliche Handlungen

(1) Unlauter handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält:

1. die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung wie Verfügbarkeit, Art, Aus-führung, Vorteile, Risiken, Zusammensetzung, Zubehör, Verfahren oder Zeitpunkt der Herstellung, Lieferung oder Erbringung, Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge, Beschaffenheit, Kundendienst und Beschwerdeverfahren, geographische oder betriebliche Herkunft, von der Verwendung zu erwartende Ergebnisse oder die Ergebnisse oder wesentlichen Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen;
2. den Anlass des Verkaufs wie das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils, den Preis oder die Art und Weise, in der er berechnet wird, oder die Bedingungen, unter denen die Ware geliefert oder die Dienstleistung erbracht wird;
3. die Person, Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers wie Identität, Vermögen einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums, den Umfang von Verpflichtungen, Befähigung, Status, Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen, Auszeichnungen oder Ehrungen, Beweggründe für die geschäftliche Handlung oder die Art des Vertriebs;
4. Aussagen oder Symbole, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen oder sich auf eine Zulassung des Unternehmers oder der Waren oder Dienstleistungen beziehen;
5. die Notwendigkeit einer Leistung, eines Ersatzteils, eines Austauschs oder einer Reparatur;
6. die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat, wenn er auf diese Bindung hinweist, oder
7. Rechte des Verbrauchers, insbesondere solche auf Grund von Garantieverprechen oder Gewährleistungsrechte bei Leistungsstörungen.

(2) Eine geschäftliche Handlung ist auch irreführend, wenn sie im Zusammenhang mit der Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen einschließlich vergleichender Werbung eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Ware oder Dienstleistung oder mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft.

(3) Angaben im Sinne von Absatz 1 Satz 2 sind auch Angaben im Rahmen vergleichender Werbung sowie bildliche Darstellungen und sonstige Veranstaltungen, die darauf zielen und geeignet sind, solche Angaben zu ersetzen.

(4) Es wird vermutet, dass es irreführend ist, mit der Herabsetzung eines Preises zu werben, sofern der Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist. Ist streitig, ob und in welchem Zeitraum der Preis gefordert worden ist, so trifft die Beweislast denjenigen, der mit der Preisherabsetzung geworben hat.

§ 5a Irreführung durch Unterlassen

(1) Bei der Beurteilung, ob das Verschweigen einer Tatsache irreführend ist, sind insbesondere deren Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung nach der Verkehrsauffassung sowie die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung zu berücksichtigen.

(2) Unlauter handelt, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des § 3 Absatz 2 dadurch beeinflusst, dass er eine Information vorenthält, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkungen des Kommunikationsmittels wesentlich ist.

(3) Werden Waren oder Dienstleistungen unter Hinweis auf deren Merkmale und Preis in einer dem verwendeten Kommunikationsmittel angemessenen Weise so angeboten, dass ein durchschnittlicher Verbraucher das Geschäft abschließen kann, gelten folgende Informationen als wesentlich im Sinne des Absatzes 2, sofern sie sich nicht unmittelbar aus den Umständen ergeben:

1. alle wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung in dem dieser und dem verwendeten Kommunikationsmittel angemessenen Umfang;
2. die Identität und Anschrift des Unternehmers, gegebenenfalls die Identität und Anschrift des Unternehmers, für den er handelt;
3. der Endpreis oder in Fällen, in denen ein solcher Preis auf Grund der Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung nicht im Voraus berechnet werden kann, die Art der Preisberechnung sowie gegebenenfalls alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- und Zustellkosten oder in Fällen, in denen diese Kosten nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können;
4. Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen sowie Verfahren zum Umgang mit Beschwerden, soweit sie von Erfordernissen der fachlichen Sorgfalt abweichen, und
5. das Bestehen eines Rechts zum Rücktritt oder Widerruf.

(4) Als wesentlich im Sinne des Absatzes 2 gelten auch Informationen, die dem Verbraucher auf Grund gemeinschaftsrechtlicher Verordnungen oder nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden dürfen.

§ 6 Vergleichende Werbung

(1) Vergleichende Werbung ist jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht.

(2) Unlauter handelt, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich

1. sich nicht auf Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung bezieht,
2. nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbar und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen ist,
3. im geschäftlichen Verkehr zu einer Gefahr von Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen führt,
4. den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt,
5. die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft oder
6. eine Ware oder Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer unter einem geschützten Kennzeichen vertriebenen Ware oder Dienstleistung darstellt.

§ 7 Unzumutbare Belästigungen

(1) Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen

1. bei Werbung unter Verwendung eines in den Nummern 2 und 3 nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht;
2. bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung,
3. bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt, oder
4. bei Werbung mit einer Nachricht, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

(3) Abweichend von Absatz 2 Nummer 3 ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung unter Verwendung elektronischer Post nicht anzunehmen, wenn

1. ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,
2. der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,
3. der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und
4. der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

WOLF I.O. GROUP GMBH
UNTERNEHMENSBERATUNG

Engelsstrasse 6 (Villa Engels)
D-42283 Wuppertal
www.wiog.de

Tel. +49 (0)202 479629-0
Fax +49 (0)202 479629-29
Mail info@wiog.de

USt-IdNr.: DE267693528
Geschäftsführung: Diplom-Betriebswirt (FH) Yvonne Wolf
Handelsregister: HRB 22341, Amtsgericht Wuppertal