

§ 1 UWG

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.

Urt. des BGH v. 4. 3. 2004 – I ZR 221/01.

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

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

Die Kl. 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 Bekl. unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Mitarbeiter der Kl. an ihrem Arbeitsplatz zum Zwecke der Abwerbung anzurufen und/oder anrufen zu lassen;

2. den Bekl. zu verurteilen, der Kl. Auskunft über diejenigen Telefongespräche, welche der Bekl. in der Vergangenheit mit Mitarbeitern der Kl. 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 Bekl. verpflichtet ist, denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher der Kl. aus den Handlungen gemäß Klageantrag Ziff. 1 und 2 entstanden ist und noch entstehen wird;

4. den Bekl. zur Zahlung von DM 6.554,53 nebst 4% Zinsen seit 15. 12. 2000 zu verurteilen.

Der Bekl. 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 Bekl. hat weiter vorgebracht, im konkreten Fall habe er die Mitarbeiterin der Kl. nicht abwerben wollen; vielmehr habe er sich von ihr Hinweise auf leitende Vertriebsfachleute von Softwareherstellern aus dem Kundenkreis der Kl. erhofft.

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

Mit ihrer Revision verfolgt die Kl. ihre Klageanträge weiter. Die Bekl. beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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 Kl. 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.

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

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich der Unterlassungsantrag – enger als sein Wortlaut – nur darauf bezieht, dass ein Mitarbeiter der Kl., 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 Kl., 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 Kl. während der Arbeitszeit an einem häuslichen Arbeitsplatz, über ein dienstliches Mobiltelefon sowie erneute Anrufe nach Aufnahme des Kontakts. Mit diesen Einschränkungen begehrt die Kl., dem Bekl. die telefonische Direktansprache ihrer Mitarbeiter (EDV-Spezialisten) am Arbeitsplatz allgemein zu verbieten.

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

1. Ein Personalberater, der in fremdem Auftrag den Mitar-

beiter 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.

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 unlautere Begleitumstände hinzukommen, insbesondere unlautere Mittel eingesetzt oder unlautere 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* a. a. O. § 1 UWG Rdn. 582 f.; GroßkommUWG/*Brandner/Bergmann*, § 1 Rdn. A 243 ff.; vgl. auch österr. OGH ÖBl. 1997, 158, 160 – S-Powerfrauen).

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* a. a. O. § 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.

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.).

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 – Kostostandsauskunft).

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).

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.

aa) Der Bekl. 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.

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.

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.).

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.).

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.

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.

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.

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.

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.

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.

Durch den Anruf des Personalberaters wird der angesprochene Mitarbeiter während der Arbeitszeit von seiner Tätigkeit für das Unternehmen abgehalten. Mit einem vom Arbeitgeber hingewonnenen 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.

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 Telefonanlage 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).

Ein Abwerbungs zwecken dienender Telefonanruf kann weiterhin vor allem dann, wenn er nicht unbemerkt bleibt, Unruhe in den Betrieb tragen. Es besteht auch die Gefahr, dass ein Abwerbungsge spräch 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 Abwerbungsge spräch 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.

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.

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* a. a. O. 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.

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.

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

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.

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 Bekl. sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung darüber überlassen bleibt, was dem Bekl. 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).

Müsste in Fällen der vorliegenden Art ein auf § 1 UWG gestützter Unterlassungsantrag entsprechend den Besonderheiten des festgestellten Einzelfalls gefasst werden, wäre für den Kl. 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 Bekl. und sein schützenswertes Interesse an Rechtsklarheit und

Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungswirkungen werden dadurch nicht unzumutbar beeinträchtigt.

C. I. An einer eigenen Sachentscheidung ist der Senat gehindert. Nach dem Vorstehenden ist der von der Kl. 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 Kl. 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 – Mishtonmeister).

II. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu beachten haben, dass die Anträge auf Verurteilung des Bekl. 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.).

Anmerkung

Die Entscheidung des 1. Zivilsenats des BGH vom 4. 3. 2004 spielt in der Schnittmenge zweier Praktiken, die bereits für sich genommen lauterkeitsrechtliche Probleme aufwerfen können: Abwerbung von Arbeitnehmern und unbestellte Telefonanrufe. Der BGH hatte über die Frage zu entscheiden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen es gegen § 1 UWG (a. E.) verstoße, wenn ein Personalberater einen bei einem anderen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer an dessen Arbeitsplatz anrufe, um ihn nach seinem Interesse an einem neuen Arbeitsplatz zu befragen und diesen Arbeitsplatz zu beschreiben. Das ist bisher in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich bewertet worden. Während z. B. das OLG Stuttgart solche Anrufe für unlauter erklärte¹, hatten die Vorinstanzen im vorliegenden Fall eine Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzklage des gegenwärtigen Arbeitgebers abgewiesen². Der BGH hat in seiner aktuellen Entscheidung eine vermittelnde Position eingenommen (und den Fall zur abschließenden Entscheidung in der Sache zurückverwiesen). Ausgehend von dem Grundsatz, dass die Abwerbung fremder Arbeitnehmer als Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich zulässig ist, betont der BGH, dass in einem unbestellten Telefonanruf zu diesem Zwecke nur dann ein Wettbewerbsverstoß liege, wenn der Anruf über eine erste kurze Kontaktaufnahme hinausgehe.

Bei der Würdigung des Gesamtcharakters eines lauterkeitsrechtlich zweifelhaften Anrufs seien konkreter Anlass, Zweck, eingesetzte Mittel, Begleitumstände und Auswirkungen desselben sowie Grundrechte und Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen. Auf den konkreten Fall bezogen fielen auf der einen Seite die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten beruflichen Interessen des »Headhunters« und die oftmals (aber nicht notwendig) gleichgerichteten beruflichen Interessen der angerufenen Arbeitnehmer in die Waagschale. Zudem sei ein Anruf das einfachste, zeit- und kostengünstigste Mittel, um in Kontakt zu potentiellen Stelleninteressenten zu treten. Dies reiche freilich noch nicht aus, um die wettbewerblichen Bedenken zu überspielen. Solche Bedenken resultierten hier aus der Möglichkeit,

¹ Vgl. OLG Stuttgart GRUR 2000, 1096, 1097 f.

² Vgl. LG Mannheim, WRP 2001, 974; OLG Karlsruhe WRP 2001, 1092.

den Arbeitnehmer bereits durch den Anruf als solchen zu belästigen, vor allem aber aus dem Interesse des gegenwärtigen Arbeitgebers an einem ungestörten Betriebsablauf sowie daran, nicht durch Nutzung seiner Betriebsmittel (Telefon, Vermittlung) ungewollt zum Helfer für die Abwerbung der eigenen Mitarbeiter gemacht zu werden. In Abwägung dieser Aspekte kommt der BGH zu dem Schluss, dass nur ein erster, einmaliger, kurzer und auf das Notwendige beschränkter Anruf am Arbeitsplatz im Sinne einer »Kontaktaufnahme als solcher« nicht in Konflikt mit § 1 UWG gerate.

Bei dieser Feststellung bleibt der BGH freilich nicht stehen. Vielmehr macht er auch recht genaue Vorgaben für Ablauf und Inhalt einer erlaubten »ersten Kontaktaufnahme«. Der Personalberater müsse sich im ersten Schritt bekannt machen und den Zweck des Anrufs mitteilen. Sodann habe er festzustellen, ob der Angerufene an einer Kontaktaufnahme als solcher zu diesem Zeitpunkt interessiert sei; nur dann dürften eine knappe Stellenumschreibung und die Vereinbarung einer Kontaktaufnahme außerhalb der Arbeitszeit folgen. Zwar lehnt es der BGH ab, sich auf eine bestimmte Höchstdauer für eine solche Kontaktaufnahme festzulegen, doch könne eine wenige Minuten übersteigende Dauer bereits ein Indiz für ihre Unzulässigkeit sein³. Wettbewerbswidrig sei zudem jede Fortsetzung des Gesprächs, nachdem der Angerufene deutlich gemacht habe, dass er – warum auch immer – kein Interesse an einem Arbeitsplatzwechsel oder auch nur an einer Fortführung des Gesprächs habe.

Die hohe praktische Bedeutung dieser detaillierten Vorgaben als Leitschnur für die Praxis von »Headhuntern« und auch für die Rechtspraxis wird schon in der Entscheidung selbst deutlich. Denn gleich im Anschluss daran erklärt es der BGH für möglich, einen Unterlassungsantrag dahingehend zu formulieren, dass es dem Beklagten untersagt werden solle, »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«. Der Gerichtshof betont dazu ausdrücklich, ein solcher Antrag sei nicht unbestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn aus der Begründung hervorgehe, dass der verwendete Begriff der »ersten Kontaktaufnahme« im Sinne der obigen Umschreibung durch den BGH verstanden werden solle.

Die Entscheidung hat in ersten Stellungnahmen Zustimmung⁴, aber auch Kritik erfahren: *Krügermeier-Kalthoff* beschwört die Gefahr einer Verleitung der Arbeitnehmer zum Vertragsbruch⁵. Dies wäre freilich kein Spezifikum *telefonischer* Abwerbersuche, sondern stellt den anerkannten Grundsatz des freien Wettbewerbs um die Arbeitnehmer eher als solchen in Frage. *Reutershan* bezweifelt die praktische Eignung der BGH-Maßstäbe zur effektiven Begrenzung unerwünschter Telefonate und hält insbesondere die Vorgaben für Dauer und Inhalt für zu unbestimmt⁶. Eine Festsetzung starrer Größen würde sich angesichts der Vielfalt des modernen Arbeitslebens freilich erst Recht (und zu Recht) den Vorwurf der Praxisferne (und letztlich Willkür) einhandeln; es sei denn, man setzt beides bei »Null« an, und hält solche Anrufe samt und sonders für unzulässig. *Berlit* weist auf das wohl zentrale Problem: Anders als etwa in den Fällen des § 7 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. UWG n. F. geht es vorliegend nicht um ein Zweipersonenverhältnis zwischen Anrufer und Angerufenem. Auch und vor allem betroffen ist ein Dritter: der gegenwärtige Arbeitgeber, dessen Interessen bereits der Anruf als solcher stets widerspricht und dem die Arbeitskraft, gerade weil der angerufene Arbeitnehmer möglicherweise ein persönliches Interesse an dem Anruf hat, nicht nur für die Zeit des Anrufs, sondern auch für eine nicht unerhebliche Phase des »Nachgrübelns« darüber entzogen wird⁷. Da es zudem durchaus möglich, wenn auch für den »Headhunter« weniger bequem ist, den Arbeitnehmer außerhalb seiner Arbeitszeit zu kontaktieren, erweisen sich tele-

fonische Abwerbersuche am Arbeitsplatz auch unter Berücksichtigung der Berufsfreiheit des »Headhunters« als unverhältnismäßige Belästigungen. Ein solcher Anruf zu Hause dürfte mit Blick auf das mutmaßliche Interesse des Arbeitnehmers zulässig sein, wenn er den vom BGH in dieser Entscheidung aufgestellten Grundsätzen genügt⁸. Ein Anruf am Arbeitsplatz sollte es – entgegen dem BGH – nicht sein.

Prof. Dr. *Torsten Körber*, LL.M., Düsseldorf

(Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Schaub* in Heft 1, JR 2005, 23).

3 Das LG Mannheim hatte in erster Instanz eine Dauer von fünf Minuten für hinnehmbar gehalten, vgl. WRP 2001, 974, 975.

4 Vgl. DITTMER, EWIR § 1 UWG 7/04, 881; INSAM/KLEIN, BB 2004, 1468; WULF, NJW 2004, 2424.

5 Vgl. KRÜGERMEIER-KALTHOFF, MDR 2004, 1071 f.

6 Vgl. REUTERSHAN, BGH Report 2004, 1179.

7 Vgl. BERLIT, LMK 2004, 141.

8 Vgl. auch § 7 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. UWG n. F.