
Datum: 06.04.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 4/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:0406.4U4.06.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 25 O 162/05

Tenor:

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 15. November 2005 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster abgeändert:

Die Antragsgegnerin wird verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1. Mitarbeiter der Antragstellerin wie folgt anzuschreiben
und/oder

2. Mitarbeiter der Antragstellerin durch Y Berater erstmals und unaufgefordert an ihrem betrieblichen Arbeitsplatz zum Zwecke der Abwerbung mit einem Telefongespräch anzusprechen, das über eine erste kurze Kontaktaufnahme hinausgeht.

Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zum Betrag von 250.000,- EUR und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Gründe:

	1
I.	2
Die Antragstellerin vertreibt die von der F GmbH & Co. KG hergestellten Produkte durch Mitarbeiter und Handelsvertreter im Direktvertrieb.	3
Die Antragsgegnerin vertreibt Produkte auf dem Parfum- und Kosmetikbereich über Y-Berater. Der Bezirksleiter der Antragstellerin C erhielt von dem Y-Berater K, der dabei als Inhaber des "N" auftrat, ein Schreiben vom 30. September 2005, in dem ihm eine Nebentätigkeit angeboten und ein Telefonat angekündigt wurden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Schreiben Bezug genommen (Bl. 4 d.A.).	4
Nachdem der Y-Berater K vergeblich versucht hatte, den Bezirksleiter C telefonisch in den Räumen der Bezirksleitung zu erreichen, rief letzterer jenen am 6. Oktober 2005 an. Der Inhalt dieses Telefonates ist ebenso streitig wie der eines weiteren am 11. Oktober 2005 und weiterer Telefonate.	5
Die Antragstellerin hat in dem Schreiben einen Verstoß gegen § 4 Nr. 10 UWG gesehen und die Telefonate nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG beanstandet.	6
Der Y-Berater K gab am 19. Oktober 2005 eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung im Zusammenhang mit dem Schreiben vom 30. September 2005 ab (s. Anlage 9 und 10 - Bl. 102, 103 d.A.).	7
Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegnerin auf Unterlassung in Anspruch. Sie hat gemeint, der Y-Berater K sei als Beauftragter der Antragsgegnerin anzusehen.	8
Die Antragstellerin hat beantragt,	9
die Beklagte unter Ordnungsmittellandrohung zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs,	10
1. durch Y-Berater Personen anzuschreiben, von denen angenommen wird oder bekannt ist, dass sie als Mitarbeiter der Antragstellerin einem Nebentätigkeitsverbot unterliegen, und darauf hinzuwirken, dass diese eine Tätigkeit für die Y & N GmbH begründen, wenn dies wie folgt geschieht:	11
und/oder	12
2. Mitarbeiter der Antragstellerin durch Y Berater erstmals und unaufgefordert an ihrem betrieblichen Arbeitsplatz zum Zwecke der Abwerbung mit einem Telefongespräch anzusprechen, das über eine erste kurze Kontaktaufnahme hinausgeht.	13
Die Antragsgegnerin hat beantragt,	14
den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.	15
	16

Sie hat u.a. ausgeführt, der Y-Berater K sei nicht ihr Beauftragter, und bestritten, diesem sei bekannt gewesen, dass die Bezirksleiter der Antragstellerin einem Nebentätigkeitsverbot unterlägen.	
Bei den Telefonaten habe sich der Bezirksleiter der Antragstellerin beim ersten Gespräch sehr interessiert gezeigt. Es sei zu einer Verabredung am 11. Oktober 2005 in D gekommen, die der Bezirksleiter der Antragstellerin dann aber nicht wahrgenommen habe.	17
Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.	18
Mit ihrer Berufung hat die Antragstellerin zunächst ihre ursprünglichen Anträge weiterverfolgt.	19
Sie führt dazu u.a. aus, die Aktivitäten des Y-Beraters K seien auf die von ihrem Bezirksleiter geleitete personelle Vertriebsstruktur gerichtet gewesen. Mit der angestrebten Offenbarung von Mitarbeitern in dieser Struktur, damit diese zusätzlich die Produkte der Antragsgegnerin vertreiben könnten, sei auf eine Verletzung der vertraglichen Treuepflicht ihres Bezirksleiters ihr gegenüber abgezielt worden. Das dem Bezirksleiter angesonnene heimliche Agieren mache deutlich, dass bekannt gewesen sei, dass eine Nebentätigkeit von ihrer Zustimmung abhängig sei, die nach dem Schreiben gerade nicht habe eingeholt werden sollen. Es sei eine "Zweitbenutzung" ihres Vertriebssystems beabsichtigt gewesen. In Bezug auf den Antrag zu 2. habe das Landgericht unberücksichtigt gelassen, dass es mehrere Abwerbetelefonate gegeben habe, und zwar am 6., 11., 13. und 14. Oktober 2005.	20
Dieses Verhalten des Y-Beraters K müsse sich die Antragsgegnerin zurechnen lassen.	21
Die Antragsgegnerin beantragt,	22
das angefochtene Urteil abzuändern und die Antragsgegnerin zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs	23
1. (nach Hinweis des Senats) Mitarbeiter der Antragstellerin wie folgt anzuschreiben:	24
und/oder	25
2. Mitarbeiter der Antragstellerin durch Y Berater erstmals und unaufgefordert an ihrem betrieblichen Arbeitsplatz zum Zwecke der Abwerbung mit einem Telefongespräch anzusprechen, das über eine erste kurze Kontaktaufnahme hinausgeht.	26
Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zum Betrag von 250.000,- EUR und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.	27
Die Antragsgegnerin beantragt,	28
die Berufung zurückzuweisen.	29
Sie verteidigt das angefochtene Urteil im einzelnen mit vertiefenden Ausführungen.	30
II.	31
Die Berufung ist begründet.	32
	33

Soweit die Antragstellerin den Unterlassungsanspruch zu 1. in der jetzt ausgeurteilten Form gestellt hat, liegt darin lediglich eine Klarstellung ihres ursprünglichen Begehrens, das von Anfang an auf das Verbot der konkreten Verletzungshandlung das Anschreiben von ihren Mitarbeitern mit dem beanstandeten Schreiben gerichtet gewesen ist.

Dieses Begehren der Antragstellerin ist begründet (§§ 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1; 3; 4 Nr. 10; 8 Abs. 2 UWG). 34

Das gem. §§ 8 Abs. 3 Nr. 1 und 4 Nr. 10 UWG erforderliche Wettbewerbsverhältnis und damit die Mitbewerbereigenschaft zwischen der Antragstellerin und dem Y-Berater K ist gegeben. Maßgebend für die Beurteilung des Wettbewerbsverhältnisses ist hier das Vorliegen eines Nachfragewettbewerbs im Dienstleistungsbereich. Denn der Y-Berater K hat mit dem beanstandeten Schreiben im Bereich der Antragstellerin nach Mitarbeitern nachgefragt, um sie im eigenen Bereich als Y-Berater einzusetzen (vgl. dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl., § 2 UWG Rdn. 2.18 und § 4 UWG Rdn. 10.104). 35

Die Antragstellerin hat zwar nicht glaubhaft gemacht, dass der Y-Berater K von der Antragsgegnerin beauftragt worden ist, neue Vertriebsmitarbeiter für sie zu rekrutieren. Denn die Angaben des Bezirksleiters C in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 15. Oktober 2005 (Bl. 99 d.A.) reichen dazu nicht aus, da es sich insoweit lediglich um Angaben des Y-Beraters K handeln soll, also um Angaben vom Hörensagen. 36

Der Y-Berater K ist aber im Strukturvertrieb der Antragsgegnerin tätig, der u.a. darauf angelegt ist, dass er als Berater weitere Berater anwirbt. Im Hinblick darauf, dass sich das Wettbewerbsverhältnis ausschließlich auf die Nachfragesituation bei Arbeitskräften bezieht, ist es nicht erforderlich, dass der Y-Berater K, der insoweit in seiner Abwerbetätigkeit als Unternehmer anzusehen ist, auch im Absatzwettbewerb mit der Antragstellerin steht (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 2 Rdn. 73 und § 4 Rdn. 10.104). 37

Die Wettbewerbsabsicht wird hier vermutet, da der Y-Berater K insoweit als Unternehmer gehandelt hat. Für eine Widerlegung dieser Vermutung ist nichts dargetan oder ansonsten ersichtlich. 38

In dem beanstandeten Schreiben liegt der Versuch, die Antragstellerin als Mitbewerberin auf diesem Nachfragemarkt zu behindern (§ 4 Nr. 10 UWG). 39

Das Abwerben eines Mitarbeiters ist grundsätzlich erlaubt. Das gilt unabhängig davon, ob die Beteiligten auf dem Nachfragemarkt Mitbewerber sind oder nicht, und zwar auch dann, wenn das Abwerben bewusst und planmäßig geschieht. Demnach müssen besondere Umstände hinzutreten, um das Vorgehen unlauter erscheinen zu lassen, wie das bei der Verfolgung verwerflicher Zwecke sowie bei der Anwendung verwerflicher Mittel oder Methoden der Fall ist (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 4 Rdn. 10.105). 40

Hier liegt die Unlauterkeit in den Mitteln und Methoden, derer sich der Y-Berater K mit dem beanstandeten Schreiben bedient hat. 41

Ein Verleiten zum Vertragsbruch liegt allerdings nicht in der Form vor, dass der Bezirksleiter C gegen ein Nebentätigkeitsverbot verstoßen sollte. Ein solches Verbot besteht nämlich nicht, wie die Antragstellerin selbst dargelegt hat. 42

Stattdessen ist die Aufnahme einer Nebentätigkeit von der Zustimmung des Vorstandes der Antragstellerin abhängig. Auf eine Umgehung dieses Erfordernisses, mit dem die 43

Antragstellerin sich den Einfluss auf die Art und den Umfang der Nebentätigkeiten ihrer Vertreter sichern kann, zielt das beanstandete Schreiben als denkbare Möglichkeit der Aufnahme der Nebentätigkeit auch ab. Es wird dem Umworbenen ein Weg der Umgehung aufgezeigt, indem er darauf hingewiesen wird, einige seiner Kollegen wickelten den Kontakt mit "uns" über Ehe- oder Lebenspartner oder die Kinder ab. Im Falle einer Tätigkeit könne kein Dritter, also auch die Berater(innen) keinen Bezug auf ihn finden. Das gilt dann gleichermaßen für die Antragstellerin. Besonders "schmackhaft" gemacht wird die Tätigkeit und damit auch deren "problemlose" Aufnahme ohne Genehmigung durch die Antragstellerin durch Einkommensangaben von zwischen 3.000,00 und 10.000,00 € pro Monat.

In diesem Vorschlag liegt der Versuch, von der Antragstellerin gleichsam unbemerkt, sich deren Vertriebsnetzes für den Vertrieb der eigenen Produkte wenn auch als Nebentätigkeit zu bemächtigen. Darin liegt aber der Versuch der gezielten Behinderung der Antragstellerin, deren Vertreter dann ohne ihre Kenntnis ein völlig anderes Produkt zusätzlich zu dem der Antragstellerin anbieten sollen. 44

Das Unterlassungsbegehren unter Nr. 2 ist gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG gleichfalls begründet. 45

Dabei ist hinsichtlich des Adressaten der Anrufe des Y-Beraters K nicht auf den Bezirksleiter der Antragstellerin abzustellen, sondern auf die Antragstellerin selbst, da die Telefonate gleichsam am Arbeitsplatz des Bezirksleiters erfolgt sind. 46

Zwar ist eine telefonische Kontaktaufnahme trotz fehlender mutmaßlicher Einwilligung des Arbeitgebers zulässig, wenn er sich auf eine erste Kontaktaufnahme unter Hinweis auf die Möglichkeit eines Stellenwechsels und eine kurze Beschreibung der Stelle beschränkt (vgl. BGH GRUR 2004, 696 ff - Direktansprache am Arbeitsplatz). 47

Bei den nach dem am 6. Oktober 2005 erfolgten Gesprächen liegen diese Ausnahmen aber nicht mehr vor. Wenn auch das Gespräch am 6. Oktober 2005 durch den Bezirksleiter der Antragstellerin erfolgt ist, hat das für die folgenden Gespräche nicht dazu geführt, dass diese mit der mutmaßlichen Einwilligung der Antragstellerin erfolgt sind, auf die allein in diesem Zusammenhang abzustellen ist. Daher ist es auch unbeachtlich, ob der Bezirksleiter der Antragstellerin nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin an den weiteren Gesprächen Interesse gezeigt und sich mit dem Y-Berater K in D verabredet hat. 48

Diese Ansprüche sind gem. § 8 Abs. 2 UWG gegen die Antragsgegnerin gegeben. 49

Der Y-Berater K ist als Beauftragter der Antragsgegnerin im Sinne dieser Vorschrift anzusehen. 50

Beauftragter ist jeder, der im oder für das Unternehmen eines anderen aufgrund eines vertraglichen oder anderen Verhältnisses tätig ist, ohne Mitarbeiter zu sein. Er muss in die betriebliche Organisation derart eingegliedert sein, dass einerseits der Erfolg seiner Handlung zumindest auch dem Unternehmensinhaber zugute kommt, andererseits dem Unternehmensinhaber ein bestimmender und durchsetzbarer Einfluss eingeräumt ist. Dabei kommt es nicht darauf an, welchen Einfluss er sich gesichert hat, sondern welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste (vgl. BGH GRUR 1995, 605 ff, 607 - Franchise-Nehmer). 51

Die Y-Berater sind derart in den Strukturvertrieb der Antragsgegnerin eingebunden, dass sie als Beauftragte anzusehen sind. Das ergibt sich schon aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragsgegnerin (s. Bl. 21 d.A.), wie dort der Pflichtenkatalog ab Nr. 6 zeigt. Der Vertrieb von Konkurrenzprodukten ist nur nach Einwilligung gestattet. Die 52

Antragsgegnerin hat sich über die Kündigungsmöglichkeit nach Nr. 22 den notwendigen Einfluss gesichert. Schließlich kommt der Erfolg des Abwerbens weiterer Berater der Antragsgegnerin auch wirtschaftlich zugute.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist die Wiederholungsgefahr nicht deshalb weggefallen, weil der Y-Berater K sich wegen des ersten Begehrens strafbewehrt unterworfen hat. 53

Wegen der rechtlichen Selbständigkeit des gegen den Unternehmensinhaber gerichteten Anspruchs muss dieser folglich unabhängig vom Verhalten des Beauftragten selbst die Vermutung der Wiederholungsgefahr ausräumen, etwa durch Abgabe einer eigenen Unterwerfungserklärung (vgl. Harte/Henning/Bergmann, UWG, § 8 Rdn. 256 m.w.N.). 54

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 55