

"Die Kirschen in Nachbars Garten sind immer die süßesten!"

## Wettbewerb um Mitarbeiter: Was geht, was geht nicht?



Dr. Guido Norman Motz

Die Gewinnung qualifizierten Personals wird in Zeiten des Fachkräftemangels immer wichtiger. Dabei geht es nicht nur um die Gewinnung externen Personals, auch wird es immer schwieriger, qualifizierte interne Mitarbeiter zu finden. Interessant sind insbesondere Mitarbeiter von Wettbewerbern, die gut mit Kunden und Mitarbeitern vernetzt sind. Durch deren Abwerben kann ggf. auch ein Wechsel der von diesem Mitarbeiter betreuten Kunden und der Wechsel weiterer externer Mitarbeiter erreicht werden.

Dieser Wettbewerb um Mitarbeiter ist in einer Marktwirtschaft nicht nur gewollt, sondern für das Funktionieren des Markts auch notwendig. Er ist aber nicht grenzenlos zulässig, sondern insbesondere durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) sowie arbeitsrechtliche Regelungen zu Wettbewerbsverboten begrenzt. In der Praxis sind dabei immer ähnliche Fälle der Mitarbeiterabwerbung zu beobachten. Es stellt sich dann stets die Frage, ob der Abwerbende (noch) rechtmäßig gehandelt hat und wie sich der Wettbewerber gegen Abwerbbehandlungen effektiv schützen kann.

Immer dann, wenn eine Wettbewerbshandlung im Hinblick ihre Zulässigkeit überprüft wird, sind die verschiedenen Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen auseinanderzuhalten. Aus dem zwischen dem Mitarbeiter und dem Arbeitgeber bestehenden Arbeitsverhältnis ergeben sich verschiedene Beschränkungen, die vor allem dann greifen, wenn dieser Mitarbeiter die von ihm betreuten Kunden oder Zeitarbeitnehmer „mitnehmen“ und zu einem Wechsel bewegen oder gar noch Kollegen zugunsten des neuen Arbeitgebers abwerben will.

Wichtig ist aber meist zunächst das Verhältnis zwischen den beiden Wettbewerbern, wobei ein Wettbewerber in diesem Sinn auch ein Headhunter sein kann, da dieser – wie ein Konkurrenzunternehmen – mit dem Arbeitgeber um die Arbeitskraft des Mitarbeiters in Wettbewerb tritt. Dies gilt auch dann, wenn der Headhunter nicht aufgrund eines konkreten Auftrags tätig wird, sondern quasi seine Datenbank „füllt“. Damit müssen Headhunter grundsätzlich dieselben Beschränkungen beachten, die gelten, wenn das Konkurrenzunternehmen selbst Mitarbeiter des Wettbewerbers abwerben will.

Zunächst soll der Wettbewerb zwischen Konkurrenzunternehmen beleuchtet werden. In einem weiteren Beitrag im

AIP wird es dann um wettbewerbswidriges Verhalten von Mitarbeitern gehen.

### 1. Unlauterer Wettbewerb

Bei der Bewertung der Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung ist im Verhältnis zwischen zwei Wettbewerbern insbesondere das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beachten. Unzulässig ist eine Abwerbung von Mitarbeitern, wenn die Maßnahme als sittenwidrig nach §§ 3, 4 Ziffer 10 UWG zu qualifizieren ist. Sie ist dies dann, wenn nicht nur eine Wettbewerbshandlung vorliegt, sondern unlautere Mittel eingesetzt oder unlautere Zwecke verfolgt werden. Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

#### a) Systematisches Abwerben

Ein systematisches Abwerben an sich stellt im Regelfall noch keinen Wettbewerbsverstoß dar. Unlautere Zwecke werden aber bspw. dann verfolgt, wenn durch ein systematisches Abwerben von Mitarbeitern der Betriebsablauf eines Wettbewerbers bewusst und gezielt gestört werden soll, also letztlich die Behinderung und Schädigung des Wettbewerbers bezweckt ist. Ein Indiz hierfür liegt vor, wenn ein Mitarbeiter abgeworben werden soll, der vom Abwerbenden gar nicht gebraucht wird, oder genügend vergleichbare Mitarbeiter mit entsprechender Qualifikation auf dem freien Arbeitsmarkt verfügbar sind, die Abwerbung des Mitarbeiters also gar nicht erforderlich ist.

#### b) Telefonanrufe am Arbeitsplatz

Lange Zeit war umstritten, wie das Abwerbemittel, Mitarbeiter des Wettbewerbers am Arbeitsplatz anzurufen, zu bewerten ist. Dies ist für die Praxis durch den BGH durch drei Grundsatzurteile im Wesentlichen geklärt: Zulässig sind kurze Anrufe, um sich bei dem Mitarbeiter danach zu er-

kundigen, ob dieser ggf. Interesse an einer Kontaktaufnahme hat, wobei die Stelle knapp beschrieben werden darf. Auch ist es zulässig, eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Unternehmens zu besprechen. Geht ein Anruf allerdings über eine solche kurze Ansprache hinaus, wird dem Angerufenen bspw. der zu besetzende Arbeitsplatz detailliert beschrieben oder werden Einzelheiten des Lebenslaufs des Mitarbeiters erläutert, geht dies über eine erste Kontaktaufnahme hinaus. Ein solcher Anruf ist dann als wettbewerbswidrig zu bewerten. Gleiches gilt, wenn der angerufene Mitarbeiter erklärt, kein Interesse zu haben, der Anrufer aber dennoch weiter versucht, dem Mitarbeiter die zu besetzende Stelle schmackhaft zu machen. Wettbewerbswidrig ist es ferner, bei dieser Gelegenheit nach weiteren potenziellen Abwerbe-Kandidaten zu fragen.

### **c) Falsche Behauptungen / Irreführung**

Unlautere Mittel werden bspw. genutzt, wenn über den Wettbewerber falsche Behauptungen aufgestellt werden. Gängig sind Behauptungen, der Wettbewerber stehe unmittelbar davor, Insolvenz anzumelden. Oder es wird gegenüber Zeitarbeitnehmern behauptet, der Kunde, bei dem der derzeitige Einsatz läuft, werde künftig nur noch Personal des abwerbenden Wettbewerbers einsetzen. So wertete das LG Heilbronn die objektiv falsche Behauptung des Abwerbenden, er werde die derzeit von dem Wettbewerber ausgeführten Tätigkeiten nach der Neuvergabe eines Auftrags in der Zukunft übernehmen, als wettbewerbswidrig. Diese falsche Behauptung sei geeignet, die Entscheidung des Angerufenen zu beeinflussen, da dieser ein Interesse habe, seinen – von diesem Auftrag abhängigen Arbeitsplatz – zu behalten.

Entsprechendes gilt insbesondere dann, wenn die Behauptung aufgestellt wird, dass der einem Personaldienstleister erteilte Auftrag zur Überlassung von Zeitarbeitnehmern endet. Die in diesem Auftrag eingesetzten Zeitarbeitnehmer haben regelmäßig ein Interesse, weiterhin bei dem Kunden im Einsatz zu bleiben, auch wenn dies in einem neuen Arbeitsverhältnis zum Abwerbenden erfolgt. Eine solche Behauptung ist geeignet, die Entscheidungsfreiheit der Zeitarbeitnehmer zu beeinflussen, auch wenn der Zeitarbeitnehmer bei einem Wechsel ggf. auf seinen sozialen Besitzstand verzichten müsste. Ist die Behauptung objektiv falsch, stellt dies einen Wettbewerbsverstoß dar.

Ebenso wettbewerbswidrig ist es, wenn ein Anrufer bei seinem Anruf über seine wahre Identität täuscht, um mit dem gewünschten Mitarbeiter verbunden zu werden. Das LG Bonn hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der Anrufer bei der Telefonzentrale eine falsche Identität angab, um mit dem abzuwerbenden Mitarbeiter verbunden zu werden. Es hat diese Handlung als unlauteren Wettbewerb gewertet und dies damit begründet, dass der Arbeitgeber bei einer Identitätstäuschung unzumutbar belästigt werde. Es sei ein elementarer Grundsatz wettbewerblichen Anstands, dass der Wettbewerbsteilnehmer sich offen zu seiner Identität bekennt und diese nicht verbirgt, quasi mit offenem Visier kämpft. In diesem Sinn hatte auch bereits zu-

vor das OLG Düsseldorf allgemein zur Täuschung bei Wettbewerbshandlungen entschieden.

### **d) Herabsetzende Äußerungen**

Auch herabsetzende Äußerungen können unlautere Mittel darstellen. So hatte das LG Heidelberg über einen Fall zu entscheiden, bei dem über den Wettbewerber negative Äußerungen über die Qualität des Unternehmens und des Verhaltens als Arbeitgeberin gemacht wurden. Im entschiedenen Fall reichten hierfür Formulierungen wie „*Sie wissen ja hoffentlich, was Sie sich da angetan haben?*“ und „*Sie wissen ja hoffentlich, in was für einem Unternehmen Sie gelandet sind?*“. Diese Äußerungen wurden nicht mit konkreten Informationen belegt, also nicht sachlich begründet. Das Gericht hat daher entschieden, dass eine solche negative Darstellung des Wettbewerbers unverhältnismäßig in dessen berechtigten Interessen auf angemessene Darstellung in der Öffentlichkeit eingreift.

Diese Äußerungen erfolgten in Nachrichten auf XING und wurden vom Gericht als Wettbewerbsverstöße gewertet. Den Einwand, es habe sich lediglich um private Äußerungen gehandelt, ließ das Gericht nicht gelten und betonte, dass (im entschiedenen Fall) das XING-Account zwar privat erstellt, jedoch eindeutig einen berufsbezogenen Inhalt hatte (was wohl regelmäßig der Fall sein dürfte). Nachdem der Wettbewerber den Abwerbenden abgemahnt hatte, hat es diesen zur Übernahme der Abmahnungskosten verurteilt.

### **e) Kontaktaufnahme per E-Mail**

Eine E-Mail an die betriebliche E-Mail-Adresse des abzuwerbenden Mitarbeiters ist nicht zulässig. Selbst bei personalisierten E-Mail-Adressen (bspw. Vorname.Nachname@Firma.de) handelt es sich um betriebliche E-Mail-Adressen. Wird versucht, mittels Nachrichten an eine solche E-Mail-Adresse einen Mitarbeiter abzuwerben, ist dies als wettbewerbswidrig einzustufen. Dies folgt auch daraus, dass das UWG an eine Kontaktaufnahme per E-Mail höhere Anforderungen stellt als an die telefonische Kontaktaufnahme.

Aber auch eine E-Mail an eine private E-Mail-Adresse kann problematisch sein. Hier ist grundsätzlich ein ausdrückliches Einverständnis mit der Kontaktaufnahme per E-Mail erforderlich. Unter Umständen kann sich dies bei einer Kontaktaufnahme bspw. über XING aus der Formulierung des dort hinterlegten Profils des Mitarbeiters ergeben, vor allem, wenn dieser ausdrücklich nach einer neuen Anstellung sucht. In jedem Fall muss der Abwerbende bei der Wahl dieser Form der Kontaktaufnahme vorsichtig sein, um einen Wettbewerbsverstoß zu vermeiden.

### **f) Verleiten zum Vertragsbruch**

Weiter werden unlautere Mittel angewendet, wenn der Abwerbende den abzuwerbenden Mitarbeiter zu einer Verletzung der gegenüber seinem Arbeitgeber bestehenden Pflichten (Verleiten zum Vertragsbruch) bewegen will, in-

dem er diesen beispielsweise auffordert, ohne wichtigen Grund fristlos zu kündigen oder gar Mitarbeiter- oder Kundendaten mitzunehmen.

### **g) Kündigungshilfe**

Es kann unlauter und damit unzulässig sein, dem abzuwerbenden Mitarbeiter bei der Formulierung der Kündigung oder der Ermittlung der richtigen Kündigungsfrist zu helfen, jedenfalls dann, wenn dies zuvor nicht erbeten wurde. Ein Wettbewerbsverstoß liegt danach bspw. vor, wenn dem Abzuwerbenden ungefragt eine vorformulierte Kündigungserklärung vorgelegt wird, die dieser nur noch unterzeichnen muss.

### **h) Direktes Ansprechen am Arbeitsplatz**

Ein persönliches Aufsuchen am Arbeitsplatz ist ohne Weiteres als wettbewerbswidrig einzustufen, da hierbei in den räumlichen Herrschaftsbereich des Wettbewerbers eingedrungen wird. Dies stellt eine nicht nur unwesentliche Störung der betrieblichen Tätigkeit des Wettbewerbers dar.

Das LG Stuttgart hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Mitarbeiter des Konkurrenzunternehmens die Filiale des Wettbewerbers aufgesucht hatte, um den dortigen Filialleiter abzuwerben. Zwischen den Parteien war dabei streitig, wie der Mitarbeiter aufgetreten war und was er gesagt hat. Das LG Stuttgart hat dies nicht weiter aufgeklärt und lediglich darauf abgestellt, dass der abzuwerbende Mitarbeiter in der Filiale des Wettbewerbers und damit an dessen Arbeitsplatz angesprochen wurde.

## **2. Folgen eines unlauteren Wettbewerbs**

Liegt eine wettbewerbswidrige Handlung vor, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen dem Abwerbenden drohen oder – spiegelbildlich – wie der Wettbewerber, dessen Mitarbeiter abgeworben werden sollte (oder wurde), sich effektiv wehren kann.

### **a) Befristetes Beschäftigungsverbot**

Der Arbeitgeber, dessen Mitarbeiter unlauter abgeworben wurde, kann zunächst vom Abwerbenden verlangen, dass dieser den Mitarbeiter befristet nicht beschäftigt, wenn und soweit dieser sich durch die Beschäftigung des Mitarbeiters einen Wettbewerbsvorsprung verschafft hat. Die Dauer des befristeten Beschäftigungsverbots hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Da es den Vorteil aus der unerlaubten Abwerbung kompensieren soll, muss es verhältnismäßig sein.

Ein solches Verbot kann (dies ist der Regelfall) durch eine einstweilige Verfügung durchgesetzt werden. Verhängt das Gericht ein solches Beschäftigungsverbot, darf der Mitarbeiter nicht beschäftigt werden, soweit der Wettbewerbsverstoß reicht. Hatte der abgeworbene Mitarbeiter bspw. eine Kündigungsfrist von drei Monaten einzuhalten und hat er auf die Initiative des Wettbewerbers hin fristlos gekün-

digt, könnte das Gericht entscheiden, dass der Mitarbeiter erst nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten wieder beschäftigt werden darf. Das Gericht kann aber bei weiteren wettbewerbswidrigen Umständen hierüber hinausgehen. Die Anwendung eines unlauteren Mittels kann dann schnell teuer werden, da das mit dem Abgeworbenen begründete Arbeitsverhältnis nicht in jedem Fall unwirksam ist.

### **b) Abmahnung / Strafbewehrte Unterlassungserklärung**

Ein Mittel, um weiteren unlauteren Wettbewerb zu verhindern, ist die Aufforderung an den Abwerbenden, den unlauteren Wettbewerb zu unterlassen und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. In dieser Erklärung verpflichtet sich der Abgemahnte gegenüber dem Wettbewerber, eine oder mehrere Wettbewerbshandlungen – die vom Wettbewerber für wettbewerbswidrig gehalten werden – zukünftig zu unterlassen. Zudem verspricht er für den Fall, dass er gegen diese Verpflichtung zukünftig verstößt, eine Vertragsstrafe zu zahlen.

Das Einfordern einer solchen Erklärung ist somit zukunftsbezogen. Es soll außergerichtlich und ohne Inanspruchnahme des Gerichts eine Befriedung des Konflikts erreicht werden. Der Gesetzgeber hat hiermit eine Entlastung der Gerichte bezweckt. Gleichwohl wird in einer solchen Erklärung zum Teil auch geregelt, bereits entstandene Schäden zu erstatten.

Wird ein Wettbewerbsverstoß abgemahnt, hat der Abgemahnte die Kosten des Abmahnenden zu tragen. Zwar ist in einfach gelagerten Fällen mit dem LG Heidelberg (vgl. oben) ggf. nur ein Streitwert von 10.000,00 Euro anzunehmen. Sind jedoch mehrere Mitarbeiter, Mitarbeiter in Schlüsselstellungen oder größere Unternehmen beteiligt, ergeben sich schnell Streitwerte von 25.000,00 Euro, 50.000,00 Euro oder mehr. Ein wettbewerbswidriges Verhalten wird dann schnell teuer.

Die Abgabe einer solchen strafbewehrten Unterlassungserklärung ist für den Abgemahnten meist sinnvoll, um eine ggf. noch teurere gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden. Auch dann, wenn der Abgemahnte ohnehin solche Wettbewerbshandlungen dieser Art nicht wiederholen will, ist die Abgabe einer Unterlassungserklärung sinnvoll. In den Fällen, in denen nicht eindeutig ist, ob nun ein Verstoß vorliegt oder nicht (Letzteres bspw. dann, wenn ein Unternehmen abgemahnt wird und der beschuldigte Mitarbeiter überzeugend seine Unschuld beteuert), kann trotzdem die Abgabe der Unterlassungserklärung sinnvoll sein, sofern – möglichst vor Abgabe der Erklärung – mit dem Abmahnenden eine Kostenregelung getroffen werden kann, mit der beide Seiten leben können. Auch dies ist im Ergebnis regelmäßig preiswerter, als die gerichtliche Auseinandersetzung.

### **c) Gerichtlicher (einstweiliger) Rechtsschutz**

Statt einer außergerichtlichen Abmahnung kann es sinnvoll

sein, den Abwerbenden gerichtlich auf Unterlassung zu verklagen. Wegen der Eilbedürftigkeit geschieht dies in der Regel im Wege des sog. einstweiligen Rechtsschutzes. Das Gericht kann dann – ggf. sogar ohne den Abwerbenden vorher anzuhören, was zu einem entsprechenden Überraschungseffekt führt – eine Unterlassungsverfügung erlassen. Diese Vorgehensweise ist zudem dann sinnvoll, wenn der Abgemahnte die geforderte strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung nicht abgegeben hat oder Wettbewerbshandlungen unverändert vorgenommen werden.

Stellt sich heraus, das kein wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt, oder kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass eine vorherige außergerichtliche Abmahnung ausgereicht hätte, hat der Wettbewerber, der das gerichtliche Verfahren angestoßen hat, die Kosten zu tragen. Andernfalls trägt der unlauter Abwerbende die Kosten. Daher sollte vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens immer genau geprüft werden, ob nicht in einem ersten Schritt eine außergerichtliche Abmahnung erfolgen sollte.

#### **d) Schadenersatzansprüche**

Schließlich können dem Wettbewerber, dem Mitarbeiter unlauter abgeworben wurden, Schadenersatzansprüche zustehen. Zu deren Durchsetzung können ihm auch Auskunftsansprüche zustehen.

In der Praxis ist hier regelmäßig die Berechnung der Schäden schwierig. In Betracht kommen zusätzlich zu vergütende Überstunden der verbliebenen Mitarbeiter, Kosten für Ersatzkräfte oder der entgangene Gewinn. Nachgewiesen werden muss dabei, dass der Schaden gerade auf der unlauteren Abwerbung beruht. Die Hürden sind hier hoch und erfahrungsgemäß machen die Gerichte von dem Ins-

trument der Schadensschätzung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO nur zurückhaltend Gebrauch. In jedem Fall nehmen Gerichte eine solche Schätzung ohnehin nur auf Grundlage eines detaillierten Sachvortrags vor.

### **3. Fazit**

So verlockend die Fachkräfte anderer Unternehmen – die Kirschen in Nachbars Garten – auch sein mögen: Ein Wettbewerbsverstoß kann schnell teuer werden. Betroffenen Arbeitgebern stehen wirksame Instrumente zur Seite, um sich gegen wettbewerbswidriges Verhalten zu wehren. Bei allen Regeln, die der deutsche Gesetzgeber dem Wettbewerb um Mitarbeiter gesetzt hat, ist aber stets im Hinterkopf zu behalten, dass Wettbewerb – auch um Mitarbeiter – ein zentraler Mechanismus einer Marktwirtschaft ist. Er ist damit grundsätzlich erlaubt und wichtig. Daher ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob bereits der Bereich des zulässigen Wettbewerbs verlassen ist oder ob der Abwerbende noch rechtmäßig handelt.

Auch wenn sich ein Unternehmen gegen weiteren unlauteren Wettbewerb wirksam gewehrt hat, kann ein Ausgleich der wirklich entstandenen Schäden oftmals nur zum Teil erreicht werden. Daher sollten Arbeitgeber stets auch an einen weiteren Punkt denken: Der effektivste Weg, sich gegen die Abwerbung von Mitarbeitern zu wehren, sind zufriedene Mitarbeiter, die gerne für ihren Arbeitgeber arbeiten und – auch auf Nachfrage von Wettbewerbern – ihren Arbeitsplatz erst gar nicht wechseln wollen.

*Dr. Guido Norman Motz,  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Motz Fichtner Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft mbB, Düsseldorf*