

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Vertraglicher Riegel: Gegen Mitarbeiterabwerbung durch Geschäftspartner

Die Informationstechnik wird immer mehr zum sensibelsten Bereich eines Unternehmensbereiches. Ganze Firmen aber auch Behörden sind handlungsunfähig, wenn die IT ausfällt. Gute IT-Mitarbeiter, die die IT-Infrastruktur eines Unternehmens lauffähig halten oder die die IT eines Kunden betreuen, sind daher oft unverzichtbar für die Lebensfähigkeit eines Betriebes.

Ihre Ausbildung ist kostspielig, ihr Know-how ein Betriebsvermögen. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, dass es manchen Unternehmen fast als Einbruch vorkommt, wenn ihre kostbaren IT-Mitarbeiter Abwerbungsversuchen von Headhuntern, Mitbewerbern oder Geschäftspartnern ausgesetzt sind.

Die IT-Recht-Kanzlei wird daher häufig um Rat gebeten, ob es gesetzlich erlaubt sei, einen Mitarbeiter einer Firma abzuwerben, oder, wenn dies nicht zutreffe, ob man diesem Tun zumindest einen vertraglichen Riegel vorschreiben könne.

Der nachfolgende Beitrag will hier Aufklärung schaffen:

1. Unterschiedliche Fallkonstellationen

Bei der Abwerbung von Mitarbeitern gibt es folgende unterschiedliche Fallkonstellationen.

1.1 Es bestehen keine vertraglichen Beziehungen zum Abwerber

1.1.1 Abwerbung durch einen Headhunter

Erfolgt der Abwerbversuch am Arbeitsplatz durch einen Headhunter, so gilt gemäß der **Entscheidung des BGH, Urt. v. 4. März 2004 - I ZR 221/01**, dass es nicht wettbewerbswidrig ist, 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 aber 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".

Erfolgt der Abwerbversuch durch einen Headhunter im Privatbereich, so kann sich lediglich der Beworbene wehren, wenn der Anrufer nicht lediglich den Zweck des Anrufs vorstellt und nachfragt, ob der Angerufene an einer Fortsetzung des Gesprächs oder gar an Folgegesprächen interessiert sei. Denn jede Form des Bedrängens des Mitarbeiters, z. B. durch Insistieren auf einer Fortsetzung des Gesprächs oder durch unerbetene Folgeanrufe, ist nach §§ 3, 4 Nr. 1, 7 UWG unlauter. Der Arbeitgeber hat hier keine gesetzliche Handhabe.

1.1.2 Abwerbung durch einen Wettbewerber

Unternehmer haben keinen Anspruch auf den Bestand ihrer Mitarbeiter. Das Abwerben von Mitarbeitern eines Konkurrenten ist daher grundsätzlich erlaubt.

Die Abwerbung kann aber unter Umständen eine unlautere Wettbewerbshandlung darstellen.

- Ein solche liegt gemäß § 4 Nr. 10 UWG vor, wenn das Abwerben mit dem Ziel der Beschränkung des Wettbewerbs, nämlich der Behinderung und Schädigung des bisherigen Arbeitgebers erfolgt. Eine wettbewerbswidrige Behinderung ist noch nicht anzunehmen, wenn die Abwerbung lediglich planmäßig erfolgt. Es müssen noch weitere Bedingungen erfüllt sein, um aus den Gesamtumständen auf die Unlauterkeit des Abwerbbesalles zu schließen. Die Rechtsprechung geht hier folgenden Fragen nach: Wie viele Mitarbeiter wurden abgeworben (ein ganzes Team?), wie wichtig waren sie für das Unternehmen, welche Folgen hat die Abwerbung für das Unternehmen, kam es dem Wettbewerber darauf an, seinen Konkurrenten zu behindern und zu schädigen? In der Praxis ist eine gezielte Behinderungs- und Schädigungsabsicht des Abwerbenden selten zu beweisen.
- Liegt in der Abwerbung der Versuch, gezielt an Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Mitbewerbers zu kommen und den Mitbewerber auszubeuten, dann ist eine solche Abwerbung auch gemäß § 4 Nr. 10 UWG unlauter. Hier müssen aber ebenfalls besonders schwerwiegende Umstände vorliegen. Die

planmäßige Abwerbung fremder Beschäftigter alleine, um sich deren besondere Kenntnisse der Geschäftsprozesse des Mitbewerbers zu beschaffen, ist noch nicht wettbewerbswidrig.

- Die Abwerbung ist ebenfalls unlauter, wenn der Abwerbende den ehemaligen Mitarbeiter zum Vertragsbruch verleitet. Mit Vertrag ist hier der Arbeitsvertrag gemeint. Hier liegt das Verwerfliche darin, dem Mitbewerber unter Bruch bestehender Vereinbarungen, einen Mitarbeiter zu entziehen. Solche Vereinbarungen können z.B. nachvertragliche Wettbewerbsverbote sein. Als Verleitung zum Vertragsbruch wird aber auch angesehen, wenn der Mitarbeiter angehalten wird, seine Arbeit bei seinem Arbeitgeber überhaupt nicht aufzunehmen oder sich so zu verhalten, dass er fristlos gekündigt wird.

Ist die Abwerbung unlauter, hat der ehemalige Arbeitgeber einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gegen seinen Wettbewerber gemäß § 8 Abs. 1 UWG und bei Verschulden des Konkurrenten sogar einen Schadensersatzanspruch gemäß § 9 UWG.

1.2 Es bestehen vertraglichen Beziehungen zum Abwerber

Es ist somit grundsätzlich gesetzlich zulässig, fremde Mitarbeiter abzuwerben. Dieses stellt nur in Ausnahmefällen eine wettbewerbswidrige Handlung dar.

Wie sehen die Rechte eines Arbeitgebers aber aus, wenn sein Vertragspartner Mitarbeiter abwirbt? Eine solche Abwerbung geschieht häufig, wenn IT-Spezialisten im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen beim Auftraggeber arbeiten und dieser Gefallen an dem Know-How der Mitarbeiter findet und sie einzustellen wünscht. Im umgekehrten Fall kann aber auch ein IT-Dienstleister Gefallen an den Mitarbeitern seines Auftraggebers finden und sie für seine Firma abwerben. Gerade Behörden, die ihre IT-Spezialisten oft nicht marktgerecht bezahlen können, fürchten diese "Ausspann-Attacken" der IT-Firmen, denen sie regelmäßig ausgesetzt sind, wenn IT-Firmen die Mitarbeiter ihrer Behörde und deren Qualifikationen im Rahmen gemeinsamer IT-Projekte kennen- und bedauerlicher Weise schätzen lernen.

1.2.1 Pflicht zur Rücksichtnahme während der Dauer des Vertragsverhältnisses

§ 241 Abs. 2 BGB postuliert, dass das Vertragsverhältnis neben der Erfüllung der Hauptleistung auch zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des jeweils anderen Vertragsteils verpflichtet. Es ist verständlich, dass diese Rücksichtnahmepflicht mit der Stärke der Bindung der Vertragsparteien zunimmt.

Das heißt: haben die Vertragsparteien lediglich auf der Grundlage eines Kaufvertrages miteinander zu tun gehabt, sind die Schutzpflichten relativ gering. Je länger aber ein Vertragsverhältnis dauert, zum Beispiel auf der Grundlage eines Dauerschuldverhältnisses (Dienst-, Miet- oder Werkvertrages), desto länger wird die Liste der gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten.

So entschied der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1978, BGH, Urteil vom 03.02.1978, Az.: I ZR 163/76, dass der Vertragspartner während der Dauer seines Vertrages nicht in den Kundenkreis seines Vertragspartners eindringen durfte und nicht berechtigt war, Kunden abzuwerben und zu entziehen. Eine solche Abwerbung der Kunden während des Vertragsverhältnisses verletze die aus § 242 BGB (heute § 241 Abs. 2 BGB!) abgeleitete Pflicht des Subunternehmers zur Wahrung der Interessen seines Vertragspartners und damit zugleich auch § 1 UWG a. F.

Was für Kunden des Vertragspartner gilt, muss auch für Mitarbeiter des Auftraggebers oder Auftragnehmers gelten. Im IT-Bereich ist das Interesse am Erhalt seines qualifizierten Mitarbeiterstammes mindestens so hoch wie das Interesse am Erhalt des Kundenstammes.

Verletzt ein Vertragspartner eine solche Nebenpflicht des Vertrages auf Rücksichtnahme kann er gemäß § 280 BGB i. V. mit § 1004 BGB auf Unterlassung und gemäß § 280 BGB bei Verschulden auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

1.2.2 Pflicht zur Rücksichtnahme nach Beendigung des Vertragsverhältnisses

Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses enden auch die Rücksichtnahmepflichten der Vertragspartner. Nur in ganz seltenen Ausnahmefällen wird eine solche nachvertragliche Pflicht aus dem Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB vermutet. Ein nachvertragliches Abwerbungsverbot kann zum Beispiel angenommen werden, wenn der Zweck des Vertrags durch das Abwerben von Mitarbeitern nachträglich vereitelt wird.

2. Gültigkeit von Abwerbungsverboten

Das Gesetz bietet daher bei der Abwerbung von Mitarbeitern nur dann zuverlässig Schutz, wenn die Abwerbung während einer laufenden Vertragsbeziehung geschieht. Will ein Auftraggeber oder ein Auftragnehmer nach Beendigung eines Vertrages gegen das Ausspannen seiner Mitarbeiter gefeit sein, dann bieten sich vertragliche Abwerbeverbote an.

Gemäß § 75f HGB gilt, dass eine Vereinbarung, durch die sich ein Arbeitgeber einem anderen Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, Arbeitnehmer des anderen nicht einzustellen, nicht durchsetzbar ist. Hierdurch soll vermieden werden, dass ein Arbeitnehmer durch Sperrabreden zwischen Unternehmern in seinem beruflichen Fortkommen unangemessen behindert wird; er soll seinen Arbeitsplatz frei wählen können. Es kann aber auch nach § 138 BGB sittenwidrig sein, solche Sperrabreden zu tätigen, wenn die Absprache sittenwidrigen Zwecken dient, etwa dazu die Gehälter in einer bestimmten Sparte einzufrieren. In einem Vertrag kann daher die Einstellung des Arbeitnehmers bei dem Vertragspartner nicht wirksam vereinbart werden.

Ein Teil der Literatur dehnt diese Regelung auch auf das aktive Abwerben aus. Andere Stimmen, die soweit ersichtlich die herrschende Meinung wiedergeben, plädieren dafür, dass § 75f für Abreden, die lediglich die Unterlassung von Abwerbungen zum Gegenstand haben, keine Anwendung findet. Durch ein solches Abwerbeverbot werde gerade nicht die Entscheidungsfreiheit des Mitarbeiters, einen Arbeitsplatz zu wechseln, eingeschränkt. Es werden den Mitbewerbern lediglich Handlungen untersagt, die darauf abzielen, das Interesse eines Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz zu wechseln, erst zu wecken. Eine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage liegt bisher nach unserem Kenntnisstand noch nicht vor.

Folgt man der herrschenden Meinung, dann ist also ein vertragliches Abwerbeverbot zulässig.

Wie sollte nun ein vertragliches Abwerbeverbot gestaltet werden? Die Vereinbarung sollte eine Vertragsstrafe für den Fall der Nichteinhaltung beinhalten, da der Nachweis eines Schadens, der durch die Nichtbeachtung verursacht wurde, regelmäßig nicht gelingt. Gemäß § 1 GWB und § 138 BGB muss das Abwerbeverbot auch eine zeitliche Begrenzung aufweisen, damit die Vertragspartner nicht in unangemessener Weise in ihrer geschäftlicher Betätigungsfreiheit beschränkt werden.

Auch sollte derjenige, der sich auf ein Abwerbeverbot berufen will, dem Vertragspartner die Beweislast auferlegen und die Darlegungs- und Beweislast damit anders regeln, als Gesetz und Gewohnheitsrecht dies vorsehen. Die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Beweislastverträge ist zwischenzeitlich anerkannt und auch sinnvoll. Denn nur der neue Arbeitgeber und der frühere Mitarbeiter können wissen, aus welchen Gründen die Einstellung erfolgte. Dies bleibt für den alten Arbeitnehmer im Unklaren, wenn er nicht gerade Zeuge eines Abwerbeversuches war. Es ist also für denjenigen, der sich auf ein Abwerbeverbot berufen will, sinnvoll und zulässig zu vereinbaren, dass der Vertragspartner darzulegen und ggf. zu beweisen hat,

dass die Einstellung des früheren Mitarbeiters des anderen Vertragsteils nicht auf gezielter Abwerbung beruht. Solche Vereinbarungen können in Individualvereinbarungen aber auch wirksam in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen werden.

3. Fazit

- Ein Abwerbungsversuch durch Headunter ist nur dann unzulässig, wenn die Abwerbung am Arbeitsplatz oder im Privatbereich erfolgt und über die bloße Kontaktaufnahme hinausgeht.
- Erfolgt die Abwerbung durch einen Mitbewerber, ist dies in den seltenen Fällen der Behinderung, Schädigung und Ausbeutung des Mitbewerbers sowie der Verleitung zum Vertragsbruch wettbewerbswidrig.
- Besteht zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis, stellt die Abwerbung während der Vertragslaufzeit die Verletzung einer nebenvertraglichen Rücksichtnahmepflicht dar. Nach Vertragsschluss ist eine solche Pflichtverletzung nur in Ausnahmefällen denkbar.
- Ein vertragliches Abwerbeverbot ist zulässig.

Autor:

RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff
Rechtsanwältin