

## Wettbewerb durch Mitarbeiter

# "Mein Mitarbeiter, mein Feind!?!"



Dr. Guido Norman Motz

Bei der Bewertung von Wettbewerbshandlungen steht meist zunächst ein wettbewerbswidriges Verhalten von Konkurrenten im Vordergrund, die versuchen, Mitarbeiter und Kunden abzuwerben. Nachdem ich diesen Aspekt in der Juli/August-Ausgabe des AIP beleuchtet habe, geht es nun um den Wettbewerb durch eigene Mitarbeiter und wie diesem begegnet werden kann. Hintergrund für einen solchen Wettbewerb kann eine bereits erfolgte Abwerbung durch einen Konkurrenten sein, der über den Mitarbeiter nun versucht, weitere interne und externe Mitarbeiter oder auch Kunden abzuwerben. Daneben gibt es aber auch Fälle, in denen Mitarbeiter sich selbstständig machen oder machen wollen und für die eigene Geschäftsgründung Mitarbeiter abwerben wollen.

Das OLG Oldenburg hat in einem aktuellen Urteil vom 18. September 2015 nochmals betont, dass das Abwerben von Mitarbeitern grundsätzlich zum freien Wettbewerb gehöre und nur bei Vorliegen besonderer unlauterer Umstände wettbewerbswidrig sei. Auch wenn solch ein Wettbewerb **um** Mitarbeiter grundsätzlich zulässig ist, sieht dies bei einem Wettbewerb **durch** Mitarbeiter anders aus. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind durch das Arbeitsverhältnis mit dessen wechselseitigen Rücksichtnahmepflichten verbunden. Dieses ist gerade nicht Teil des freien Marktes, auf dem – mehr oder weniger offen – um Mitarbeiter und Kunden gekämpft wird. Beim Wettbewerb durch Mitarbeiter steht vielmehr die durch das Arbeitsverhältnis begründete Pflichtenbindung im Vordergrund.

Zunächst ergeben sich aus dem zwischen dem Mitarbeiter und dem Arbeitgeber bestehenden Arbeitsverhältnis Beschränkungen, die vor allem dann greifen, wenn der Mitarbeiter von ihm betreute Kunden oder Zeitarbeiter „mitnehmen“ und zu einem Wechsel bewegen will oder sogar Kollegen zugunsten des neuen Arbeitgebers abwerben will. Zudem ist der Mitarbeiter aber auch an die durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) gesteckten Grenzen gebunden, auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist zudem an ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu denken.

### 1. Arbeitsrechtliche Beschränkungen des Wettbewerbs

#### a) Umfassendes Wettbewerbsverbot

Im Arbeitsverhältnis gilt ein umfassendes Wettbewerbsverbot. Dieses folgt bereits aus dem allgemeinen Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB. Der Mitarbeiter ist aufgrund der ihn treffenden Treuepflicht nicht berechtigt, seinem Arbeitgeber Wettbewerb zu machen. Verboten ist es damit, in der Branche des Arbeitgebers ein eigenes Unternehmen zu betreiben oder sonst Geschäfte für eigene oder Rechnung eines Dritten vorzunehmen. Dies ist auch

ausdrücklich in § 60 HGB für kaufmännische Angestellte geregelt. Nach allgemeiner Ansicht wird dies aber auch auf alle andere Arbeitnehmer angewendet.

Voraussetzung für das Eingreifen des arbeitsvertraglichen Wettbewerbsverbots ist das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses ist dabei maßgebend. Das Verbot greift also grundsätzlich auch dann ein, wenn der Mitarbeiter freigestellt ist oder das Arbeitsverhältnis bspw. ruht, weil der Mitarbeiter in Elternzeit ist. In der Praxis kommt es aber immer wieder vor, dass ein Arbeitsverhältnis vorschnell beendet wird (bspw. durch fristlose Kündigung) oder dass man bei einer Freistellung auf das Wettbewerbsverbot verzichtet.

#### b) Fristlose oder ordentliche Kündigung?

Verstößt ein Mitarbeiter gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot, denkt man zuerst an die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung. Allerdings ist zu beachten, dass Teile der Rechtsprechung auch bei verbotenen Wettbewerb durch den Mitarbeiter eine vorherige Abmahnung fordern. Eine fristlose Kündigung ist daher nicht stets berechtigt.

Aber auch wenn man wegen der Schwere des Verstoßes eine Abmahnung für entbehrlich hält und eine fristlose Kündigung an sich möglich wäre, sollte immer geprüft werden, ob es nicht sinnvoller ist, besser „nur“ eine fristgemäße Kündigung auszusprechen, damit der Mitarbeiter während der Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses weiterhin dem Wettbewerbsverbot unterliegt. Dies ist in Wettbewerbsfällen oftmals wichtig, um weiteren Schaden zu begrenzen. Gestützt auf das noch bestehende vertragliche Wettbewerbsverbot kann eine Unterlassung von Wettbewerbshandlungen – ggf. gerichtlich – auch einfacher durchgesetzt werden.

#### c) Freistellung von der Arbeitspflicht

Neben dem Ausspruch einer fristlosen Kündigung kommt einem auch die Freistellung in den Sinn, insbesondere

wenn es heißt, weiteren Kontakt mit Kunden oder Kollegen zu verhindern. Dann muss bei der Formulierung einer Freistellungserklärung darauf geachtet werden, dass nicht stillschweigend auf die Einhaltung des vertraglichen Wettbewerbsverbots verzichtet wird. Sonst wäre der „Vorteil“ der Kündigungsfrist im Vergleich zur fristlosen Kündigung vertan. Hier sollte unbedingt sorgfältig gearbeitet werden, um böse Überraschungen zu vermeiden und dem Mitarbeiter seinen Wettbewerb oder Wechsel zum Wettbewerber nicht noch durch die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu erleichtern. Dies gilt natürlich auch dann, wenn der Mitarbeiter bereits eine Eigenkündigung ausgesprochen hat und hierauf mit einer Freistellung reagiert wird.

#### **d) Wettbewerb oder zulässige Vorbereitung?**

Bei der Bewertung, ob der Mitarbeiter unerlaubten Wettbewerb macht, muss eine Abgrenzung zur grundsätzlich erlaubten Vorbereitung einer selbstständigen Tätigkeit erfolgen. Nach der Rechtsprechung darf ein Mitarbeiter auch während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses eine selbstständige Konkurrenzfähigkeit vorbereiten.

Im Einzelfall kann diese Abgrenzung schwierig sein. Zum erlaubten Verhalten gehört das Anmieten von Räumen, der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags oder eine Eintragung im Handelsregister. Erlaubt sind bspw. auch Mitteilungen an andere Mitarbeiter, dass man den Arbeitgeber verlassen werde, um sich selbstständig zu machen oder zu einem Konkurrenten zu wechseln. Erlaubt ist es ferner, wenn sich mehrere Mitarbeiter zusammen hierzu entschließen. Nicht erlaubt ist es allerdings, eine Mitteilung über den bevorstehenden Wechsel damit zu verbinden, weitere Mitarbeiter ebenfalls zu einem Wechsel zu bewegen. Damit ist die Anwerbung von Mitarbeitern für die bevorstehende Konkurrenzfähigkeit erlaubt, jedoch gerade nicht, wenn es sich um Mitarbeiter des eigenen Arbeitgebers handelt. In der Praxis wird oftmals nicht beachtet, dass bereits die Ankündigung gegenüber Kunden des Arbeitgebers über die geplante Aufnahme einer eigenen Konkurrenzfähigkeit einen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot darstellen kann.

## **2. Unlauterer Wettbewerb**

Wie bei der Bewertung der Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung im Verhältnis zwischen zwei Wettbewerbern ist auch beim Wettbewerb durch einen Mitarbeiter das UWG zu beachten. Der Umstand, dass zwischen zwei Wettbewerbern ein Arbeitsverhältnis besteht oder früher bestand, führt nicht dazu, dass das UWG nicht anwendbar wäre. Dies gilt auch, wenn kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wurde. Denn das UWG verbietet unlauteren Wettbewerb. Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot untersagt sämtlichen lautereren, also an sich erlaubten Wettbewerb. Beide Regelungen stehen somit nebeneinander und ergänzen sich.

Setzt der (ehemalige) Mitarbeiter bei seiner Konkurrenzfähigkeit unlautere Mittel ein oder verfolgt er unlautere Zwecke, kann dies somit als sittenwidrig nach §§ 3, 4 Ziffer 10

UWG zu qualifizieren sein. Von den im AIP Juli/August 2015, S. 18 ff. erläuterten Fallgruppen kommt in der Praxis das systematische Abwerben, das Aufstellen falscher Behauptungen oder Irreführungen gegenüber Kollegen, herabsetzende Äußerungen gegenüber dem Arbeitgeber, ein Verleiten zum Vertragsbruch oder eine Kündigungshilfe vor. Praxisrelevant sind auch Fälle, in denen Kundenlisten kopiert und mitgenommen werden, um die Kunden bereits während des noch laufenden Arbeitsverhältnisses anzusprechen oder um nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Kontakt mit diesen aufzunehmen.

## **3. Handlungsoptionen**

Steht fest, dass der Mitarbeiter unerlaubten Wettbewerb betreibt oder betrieben hat oder gegen das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot verstoßen hat, sollte in einem ersten Schritt die Unterlassung von Wettbewerbshandlungen verlangt und ggf. durchgesetzt werden. Wie bei Wettbewerbshandlungen durch Konkurrenten ist dabei zunächst an ein außergerichtliches Vorgehen zu denken, bei dem der Arbeitnehmer sich mittels einer strafbewehrten Unterlassungserklärung verpflichtet, den Wettbewerb zu unterlassen. In Frage kommt allerdings wiederum das Erwirken einer gerichtlichen Unterlassungsverfügung im einstweiligen Rechtsschutz vor den Arbeitsgerichten. Hierdurch kann kurzfristig eine notfalls über ein Ordnungsgeld durchsetzbare Unterlassung erwirkt werden. Wie beim gerichtlichen Vorgehen gegenüber Wettbewerbern ist (ggf. zur Vermeidung unnötiger Kosten) genau abzuwägen, welche Vor- und Nachteile die außergerichtliche und die gerichtliche Verfolgung (vor den Arbeitsgerichten ohne Kostensatz) bieten. Es ist weiterhin zu beachten, dass ein gerichtliches Vorgehen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes schwieriger wird (und ggf. ausgeschlossen ist), falls nicht umgehend reagiert, sondern zu lange gewartet wird.

Zwar sehen die §§ 60, 61 HGB auch die Möglichkeit vor, das vom Mitarbeiter getätigte Geschäft an sich zu ziehen und hierin einzutreten. Dies ist für den Arbeitgeber aber nur selten sinnvoll.

Entsteht durch eine Wettbewerbshandlung ein Schaden oder kann ein solcher noch entstehen, ist zu beachten, dass für dessen Geltendmachung ebenfalls kurze Fristen gelten, die in der Praxis immer wieder versäumt werden.

Ist für den Fall eines Wettbewerbsverstoßes eine Vertragsstrafe vereinbart, ist zu bewerten, ob die Klausel (noch) der strengen Rechtsprechung genügt. Solche Klauseln sind der für Formulararbeitsverträge geltenden Inhaltskontrolle unterworfen. Die danach geltenden Grenzen sind insbesondere bei der vereinbarten Höhe der Vertragsstrafe zu berücksichtigen. Auch muss die Klausel klar und eindeutig formuliert sein. In der Praxis haben solche Klauseln neben Ansprüchen aus dem UWG nur geringe Bedeutung.

## **4. Wettbewerb nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

Solange der Mitarbeiter noch im Arbeitsverhältnis steht,

kann eine Unterlassung wirksam durchgesetzt werden. Ist das Arbeitsverhältnis hingegen beendet, ist der Mitarbeiter nicht mehr aufgrund der arbeitsvertraglichen Treuepflicht verpflichtet, Wettbewerb zu unterlassen. Er kann dann grundsätzlich auch versuchen, ehemalige Kollegen abzuwerben, wenn er sich an die hierfür vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung aufgestellten Spielregeln hält.

#### **a) Unlauterer Wettbewerb**

Er ist selbstverständlich auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses an die vom UWG gesteckten Grenzen gebunden. Ferner kann ein während des bestehenden Arbeitsverhältnisses begangener Wettbewerbsverstoß über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses fortwirken. Wurde bspw. die Kundendatenbank während des bestehenden Arbeitsverhältnisses kopiert und mitgenommen, bleibt die Verwertung dieser Daten zu Zwecken des Wettbewerbs auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach dem UWG selbstverständlich verboten. Vor einem unlauteren Wettbewerb ist der Arbeitgeber somit unabhängig vom Bestand des Arbeitsverhältnisses umfassend geschützt.

#### **b) Verhinderung eines lautereren Wettbewerbs**

Hält der Mitarbeiter sich an die durch das UWG gesetzten Grenzen, ist die Sache für den Ex-Arbeitgeber schwieriger. Zur Verhinderung eines nachvertraglichen Wettbewerbs, also quasi einer Verlängerung des vertraglichen Wettbewerbsverbots gem. § 60 HGB, muss dann mit dem Mitarbeiter ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden, §§ 74 ff. HGB. Dies erfolgt in der Praxis aber meist nur, wenn der Mitarbeiter eine Schlüsselstellung innehat, aufgrund der er – auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses – besonders „gefährlich“ ist. Da das nachvertragliche Wettbewerbsverbot voraussetzt, dass dem Mitarbeiter für die Dauer des nachvertraglichen Verbots eine Entschädigung als Gegenleistung dafür gezahlt wird, dass er einen Wettbewerb unterlässt (sog. bezahlte Karenz), scheidet das nachvertragliche Wettbewerbsverbot als flächendeckendes Mittel zur Verhinderung eines Wettbewerbs bereits aus finanziellen Gesichtspunkten aus.

Dennoch sollte es in Einzelfällen in Betracht gezogen werden. So muss die maximale Dauer von zwei Jahren nicht ausgeschöpft werden, wodurch dies preiswerter gestaltet werden kann. Ohnehin muss im Einzelfall geprüft werden, für welche Dauer ein Verbot angemessen und damit zulässig ist. Oftmals kann schon eine hinreichende Absicherung gegen unliebsamen Wettbewerb erreicht werden, wenn der Mitarbeiter sich bspw. für sechs Monate einem Wettbewerb enthalten muss, um in der Zwischenzeit die Beziehungen zu den vormaligen von diesem Mitarbeiter betreuten Kunden zu stabilisieren. Der finanzielle Aufwand ist dann begrenzt.

#### **c) Lösung von einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot**

Zudem bestehen für den Unternehmer auch Möglichkeiten, sich von einem Wettbewerbsverbot zu lösen, wenn sich im

Lauf des Arbeitsverhältnisses herausstellt, dass der Mitarbeiter nicht (mehr) so „gefährlich“ ist, wie bei Vereinbarung des Wettbewerbsverbots angenommen, oder der Mitarbeiter in einem anderen „nicht-sensitiven“ Bereich eingesetzt wird. In Betracht kommt hier eine einvernehmliche Aufhebung des Wettbewerbsverbots oder ein einseitiger Verzicht des Arbeitgebers auf das vereinbarte Verbot. Allerdings ist es für einen solchen Verzicht zu spät, wenn das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist. Auch kann nur insoweit verzichtet werden, als die Pflicht zur Zahlung der Karenzentschädigung frühestens ein Jahr nach Ausspruch des Verzichts endet. Die Pflicht des Arbeitnehmers zur Unterlassung des Wettbewerbs endet bei einem solchen Verzicht hingegen sofort. Daher ist es umso weniger sinnvoll, sich von einem Wettbewerbsverbot zu lösen, je näher das Ende des Arbeitsverhältnisses rückt. Ggf. kann lediglich erreicht werden, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung nicht länger als ein Jahr andauert, wenn der Verzicht erst unmittelbar vor Vertragsbeendigung ausgesprochen wird.

Bestehende Vereinbarungen sollten in regelmäßigen Abständen darauf geprüft werden, ob das vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbot noch erforderlich ist oder ob hierauf nicht verzichtet werden kann. Hierbei kann zugleich überprüft werden, ob das Verbot überhaupt alle Anforderungen des Gesetzes und der Rechtsprechung erfüllt und wirksam vereinbart wurde. Sollte dies nicht der Fall sein, kann ein Verbot komplett unwirksam sein oder der Arbeitnehmer hat die Wahl, ob er in Wettbewerb tritt oder diesen unterlässt und die Karenzentschädigung kassiert.

Eine solche Überprüfung bestehender Vereinbarungen sollte nicht zuletzt deshalb erfolgen, weil verschiedene Arbeitsgerichte in der letzten Zeit Wettbewerbsverbote „geheilt“ haben. Wenn ein Arbeitgeber sich also ggf. darauf verlässt, dass ein seinerzeit vereinbartes Verbot unwirksam ist und er keine Karenzentschädigung schuldet, und eine Vertragsanpassung unterlässt, weil er ohnehin kein Interesse mehr am Verbot hat, kann dies trügerisch sein.

#### **5. Fazit**

Einem Wettbewerb durch Mitarbeiter kann – aus rechtlicher Sicht – bereits wegen des gesetzlichen Wettbewerbsverbots im bestehenden Arbeitsverhältnis recht gut begegnet werden. Problematischer ist meist die tatsächliche Durchsetzbarkeit, wenn Verstöße von Mitarbeitern gut vertuscht und oftmals erst recht spät offenbar werden.

Einem Wettbewerb nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann grundsätzlich nur dann wirksam begegnet werden, wenn der Mitarbeiter unlauter handelt oder ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wurde. Auch wenn Unternehmen einem solchen oft kritisch gegenüber stehen, sollte im Einzelfall stets an diese Möglichkeit zumindest bei Mitarbeitern in Schlüsselpositionen gedacht werden.

*Dr. Guido Norman Motz,  
Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Arbeitsrecht, Düsseldorf*