WETTBEWERBSRECHT

Telefonische Abwerbung am Arbeitsplatz – Jagdverbot für Headhunter?

RA Rolf Krügermeyer-Kalthoff und Simon Reutershan, Köln

Es hat sich zu einem Massenphänomen in der Branche der Personalberatungsunternehmen entwickelt, potentiell für einen Arbeitsplatzwechsel in Betracht kommende Arbeitnehmer an ihrem Arbeitsplatz anzurufen und ihnen eine „berufliche Veränderung" oder zumindest ein persönliches Beratungsgespräch anzubieten. Dabei schien seit einem Urteil des OLG Stuttgart vom 12.2.1999 abschließend geklärt zu sein, dass diese Form der Abwerbung von Mitarbeitern als sittenwidrig und damit unzulässig anzusehen ist und der Arbeitgeber aus diesem Grund einen Unterlassungsanspruch, eventuell auch Schadensersatzansprüche, gegen die Personalberatungsfirma hat.[1] Diese Entscheidung fand umso mehr Beachtung, als die dagegen eingelegte Revision vom BGH als unzulässig abgewiesen wurde: das Urteil habe keine grundsätzliche Bedeutung und die Revision auch keine Aussicht auf Erfolg.[2] Gegen diese eindeutige Rechtsprechung stellt sich nun das OLG Karlsruhe mit einer Entscheidung vom 25.7.2001. Das Anrufen der sog. Headhunter am Arbeitsplatz des Umworbenen soll grundsätzlich zulässig sein.[3] Es ist aufgrund dieser unklaren Rechtslage zu prüfen, welche Argumente die Gerichte zu ihren Entscheidungen veranlasst haben und welcher Ansicht im Ergebnis zu folgen ist.

I. Verstoß gegen die guten Sitten

Es ist in Rechtsprechung und Literatur unumstritten, dass das Abwerben von Mitarbeitern eines Wettbewerbers Teil der freiheitlichen marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik Deutschland ist und deshalb grundsätzlich zulässig, damit ein Wettbewerb um die besten Arbeitskräfte stattfinden kann.[4] Allerdings findet diese Wettbewerbsfreiheit ihre Grenzen in den für Wertungen offenen Tatbeständen der §§ 823, 826 BGB und im § 1 UWG. Nach diesen Vorschriften ist das Abwerben von Mitarbeitern ausnahmsweise dann unzulässig, wenn das Ziel oder die Art und Weise des Vorgehens einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen.[5]

1. Bisherige Rechtsprechung

Als unzulässiges weil sittenwidriges Mittel wird von der Rechtsprechung die Abwerbung unter Eindringen in die fremde Betriebssphäre erachtet.[6] Dies soll nach Auffassung der bislang existierenden Rechtsprechung der Fall sein, wenn der Wettbewerber seine Werber in den fremden Betrieb sendet[7] oder er die Führungskräfte des Mitbewerbers direkt anschreibt.[8]

2. Neue Rechtsprechung

Aufgrund der geänderten technischen Möglichkeiten der Personalberater haben sich die Gerichte in neuerer Zeit damit auseinander zu setzen, ob **Telefonanrufe** oder **E-Mails** ein ähnliches, die Sittenwidrigkeit der Abwerbung begründendes Eindringen in die fremde Betriebssphäre darstellen. Dabei ist die Qualifizierung dieser Abwerbemethoden umstritten.

a. Striktes Verbot der telefonischen Abwerbung

Das OLG Stuttgart hat in seinem Urteil vom 17.12.1999 entschieden, dass der Anruf eines Headhunters am Arbeitsplatz des umworbenen Arbeitnehmers grundsätzlich wettbewerbswidrig ist.[9] Ausgangspunkt der Argumentation ist der Vergleich des Anrufens am Arbeitsplatz mit dem von der früheren Rechtsprechung als unzulässig beurteilten **körperlichen Eindringen in die fremde Betriebssphäre**. Aufgrund des technischen Fortschritts sei der persönliche Kontakt heute nicht mehr notwendig mit einem Besuch am Arbeitsplatz verbunden sondern geschehe regelmäßig über Telefon und E-Mail. Aus diesem Grunde bestehe kein Unterschied zwischen den beiden Sachverhalten. Deren Vergleichbarkeit resultiert nach der Ansicht des Gerichts aus folgenden Argumenten:

- Durch den Anruf des Headhunters wird die Telefonleitung des Arbeitgebers für andere Anrufer blokkiert. Hierdurch können in einem gewerblichen Unternehmen unerwünschte Störungen der beruflichen Tätigkeit auftreten. Der Headhunter nutzt so für seine eigene Tätigkeit technische Ressourcen des Arbeitgebers, und schädigt diesen darüber hinaus noch durch die Abwerbung von Mitarbeitern.
- Der Telefonanruf des Headhunters führt nicht nur während der Dauer des Gesprächs dazu, dass der Arbeitnehmer von seiner Leistungserbringungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber abgehalten wird. Vielmehr wirkt der Gesprächsinhalt auch noch längere Zeit nach, wenn der Mitarbeiter über das Angebot und seine Folgen nachdenkt sowie Vor- und Nachteile eines Arbeitsplatzwechsels abwägt, es entsteht ein materieller Schaden.
- Neben den technischen Einrichtungen nutzt der Headhunter auch die betriebliche Organisation des Arbeitgebers aus, um auf einfache Art und Weise in Kontakt zu Mitarbeitern mit speziellen Kenntnissen und Fähigkeiten zu treten. Der Unternehmer gliedert seinen Betrieb in Funktionseinheiten, der Personalberater muss auf die Mitarbeiter der Abteilung, deren Tätigkeitsprofil er sucht, nur noch zugreifen. Das grundsätzlich zulässige Abwerben des Mitarbeiters schlägt nach Ansicht des Gerichts deshalb in den sittenwidrigen Bereich um, da der Arbeitgeber mittelbar geschädigt wird und diese Schädigung mit von ihm zur Verfügung gestellten Ressourcen geschieht. Dies stellt eine unzumutbare Situation für den Arbeit-

▷ Rechtsanwalt *Rolf Krügermeyer-Kalthoff* ist geschäftsführender Mitgesellschafter der Eisenbeis Rechtsanwaltsgesellschaft mbH und *Simon Reutershan* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter, beide in Köln.

1 OLG Stuttgart, Urt. v. 17.12.1999 – 2 U 133/99, DB 2000, 372 f.
2 BGH, Beschl. v. 2.11.2000 – I ZR 22/00, JurPC Web-Dok. 253/2000.
3 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.7.2001 – 6 U 145/00 nicht rkr., MDR 2002, 165 (in diesem Heft).
4 *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl. 2000, § 51 IV.
5 BGH GRUR 1966, 263.
6 BGH GRUR 1967, 104; OLG Stuttgart NJW 1969, 986; OLG Celle GRUR 1962, 366.
7 *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 UWG Rz. 594.
8 LG Hamburg NJW 1973, 2302.
9 OLG Stuttgart, Urt. v. 17.12.1999 – 2 U 133/99, DB 2000, 372 f.

geber dar, da sie ihn einseitig und unverhältnismäßig belastet.

b. Gelockertes Verbot der telefonischen Abwerbung

Nach der Ansicht des OLG Karlruhe ist die **Aufnahme des Erstkontaktes** über die geschäftliche Telefonverbindung am Arbeitsplatz mit dem Ziel, ein Gespräch mit dem Umworbenen auf privater Ebene zu vereinbaren, **nicht zu beanstanden.**[10] Nur nachhaltige oder wiederholte Abwerbungsversuche über einen geschäftlichen Telefonapparat seien als wettbewerbswidrig zu qualifizieren. Es ist eine **Interessenabwägung** erforderlich, bei der neben Belangen des Arbeitgebers auch die des Arbeitnehmers und des Abwerbenden berücksichtigt werden müssen. Dabei überwiegen nach Auffassung des Gerichts die Interessen des Umworbenen und des Vermittlers aufgrund der folgenden Argumente:

- Die Interessen des Arbeitgebers an einem störungsfreien Betriebsablauf werden durch einen kurzen Telefonanruf kaum beeinträchtigt. In aller Regel handelt es sich nur um einen Anruf von wenigen Minuten und damit kaum messbare und wirtschaftlich quantifizierbare Schäden.
- Entsprechend den vom BGH entwickelten Grundsätzen zur Sittenwidrigkeit von Telefonwerbung, wonach für die Zulässigkeit des Anrufs ein Einverständnis des Angerufenen vorausgesetzt wird, sieht das Gericht das Interesse des Arbeitnehmers an einer Einschätzung seiner Arbeitsmarktsituation als mutmaßliches Einverständnis an. Auf die Interessen des Arbeitgebers soll nicht abzustellen sein.
- Für den Personalberater spricht das Recht auf freie Berufsausübung aus Art. 12 GG, das durch ein generelles Verbot der Direktansprache am Arbeitsplatz unverhältnismäßig eingeschränkt würde.

II. Interessenabwägung

Ein Anspruch des Arbeitgebers auf Unterlassen[11] der telefonischen Abwerbungsversuche setzt voraus, dass sein Interesse an einem ungestörten Betrieb des Unternehmens das Interesse des Headhunters an der ungestörten Ausübung seines Berufes überwiegt.

1. Störung des Betriebsablaufs

Es ist zunächst festzuhalten, dass eine Störung des Betriebsablaufs tatsächlich besteht, da der Arbeitnehmer für einige Minuten von seiner Arbeit abgehalten wird und der Telefonanschluss für diese Zeit nicht genutzt werden kann. Der Ansicht des OLG Karlsruhe ist dabei zuzugestehen, dass die Störung bei einem kurzen Anbahnungsgespräch den Betriebsablauf nicht wesentlich beeinträchtigt und dem Arbeitgeber nur ein sehr geringer materieller Schaden zugefügt wird. Das Gericht lässt jedoch unberücksichtigt, dass im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit eines Handelns insbesondere die Art und Weise der Handlung Beachtung finden muss.[12] **Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens** des Headhunters liegt darin, dass dieser ohne aufwändige Recherchen Kontakt zu einem Arbeitnehmer bekommt, der die vom Auftraggeber gewünschten Fähigkeiten und Kenntnisse aufweist, indem er sich von der Telefonzentrale des Arbeitgebers mit einem Mitarbeiter des Unternehmens verbinden lässt, der für einen bestimmten Bereich zuständig ist. Hierdurch nutzt er die vom Auftraggeber geschaffenen technischen und organisatorischen Ressourcen aus, um diesen mittelbar durch Abwerbung eines Mitarbeiters zu schädigen. Dabei spielt die Länge des Telefonats für die Beurteilung dessen Unzulässigkeit keine entscheidende Rolle, da das sittenwidrige Ausnutzen der Organisation mit jedem Anruf vorliegt. Würde man nun die Zulässigkeit eines Anrufs des Headhunters annehmen, müsste der Arbeitgeber, ohne eine Möglichkeit zu haben, Gegenmaßnahmen zu ergreifen, tatenlos zusehen, wie sein Unternehmen durch von ihm selbst zur Verfügung gestellte Ressourcen langfristig Schaden nimmt.

Aus diesem Grund führte die Annahme der Zulässigkeit auch nur kurzer Anbahnungsanrufe zu einer unverhältnismäßigen einseitigen Belastung des Arbeitgebers, die als sittenwidrig anzusehen ist, wenn nicht **höherrangige Interessen** wie das Recht auf freie Berufsausübung des Headhunters oder das Informationsinteresse des Arbeitnehmers die schwere Beeinträchtigung des Rechts am Unternehmen rechtfertigen können.

2. Recht auf freie Berufsausübung des Headhunters

Die Ausnutzung der betrieblichen Organisation eines Unternehmens stellt für den Headhunter eine sehr effektive Methode dar, einen den Ansprüchen seines eigenen Auftraggebers entsprechenden Mitarbeiter zu finden und direkt anzusprechen. Die Unzulässigkeit dieser Art der Abwerbung würde zu einem sehr viel **größeren Aufwand** für den Headhunter führen, geeignete Personen ausfindig zu machen. Demnach stellte es eine Einschränkung seiner Arbeitsmethoden dar und beeinträchtigt sein Recht auf Freiheit der Berufsausübung aus Art. 12 GG.

Allerdings handelt es sich dabei lediglich um eine nur unwesentliche Einschränkung der Tätigkeit eines Headhunters. Weder ist es ihm unmöglich gemacht, auf andere Art und Weise, etwa auf Karrieremessen oder durch Zeitungsanzeige Kontakt zu geeigneten Arbeitnehmern aufzunehmen, noch ist es ihm untersagt, bestimmte Arbeitnehmer direkt, allerdings nur im privaten Bereich anzusprechen.

Während die Zulässigkeit der Abwerbungsanrufe dem Arbeitgeber vollständig die Möglichkeit nimmt, gegen einen Abwerbungsversuch vorzugehen, würde durch ein Verbot dem Headhunter allein ein Mehr an Möglichkeiten genommen, Mitarbeiter von einem Arbeitsplatzwechsel zu überzeugen. Die Verteilung der Nachteile bei Annahme der Zulässigkeit stellt also keinen verhältnismäßigen Interessenausgleich dar, da sie einseitig zu Lasten des Unternehmers geht und seine Interessen überhaupt nicht berücksichtigt, während der Headhunter ohne jede Einschränkung arbeiten könnte. Aus diesem Grund kann das Recht auf Freiheit der Berufsausübung eine Störung des Betriebsablaufs nicht rechtfertigen.

3. Informationsinteresse des Arbeitnehmers

In der Entscheidung des OLG Karlsruhe wird bei der Abwägung neben der Berufsfreiheit des Headhunters auch das Interesse des umworbenen Arbeitnehmers für eine Zulässigkeit der telefonischen Abwerbung herangezogen. Dessen Informationsinteresse soll als **mutmaßliches Einverständnis** den Anruf des Headhunters zulässig machen. Dieser Ansicht stehen aber die folgenden Argumente entgegen: zum einen ist auf ein Einverständnis des Unternehmers, nicht des Arbeitnehmers abzustellen, da das von ihm unterhaltene Telefon von den Anrufen be-

10 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.7.2001 – 6 U 145/00 nicht rkr., MDR 2002, 165 (in diesem Heft).
11 Ein Schadensersatzanspruch ist wegen der nur geringen Höhe aus wirtschaftlichen Gründen zu vernachlässigen.
12 *Klaas*, NZA 1984, 313; BGH GRUR 1966, 263.

troffen ist. Zum anderen ist durch ein Verbot dieser Abwerbemethode das Informationsinteresse des Arbeitnehmers überhaupt nicht eingeschränkt. Möchte ein Mitarbeiter seinen Marktwert erfahren, sei es, weil er am alten Arbeitsplatz unzufrieden ist und den Arbeitgeber wechseln möchte oder aber er Argumente für Gehaltsverhandlungen mit seinem Arbeitgeber sucht, so ist es ihm unbenommen, in seiner Freizeit durch den Besuch von Karrieremessen oder durch Inanspruchnahme eines Personalberaters entsprechende Informationen einzuholen. Das Recht auf Information des Arbeitnehmers ist somit nicht betroffen, das Interesse des Arbeitgebers an einem ungestörten Betriebsablauf überwiegt.

4. Eingeschränktes Direktionsrecht des Arbeitgebers

Das Argument, dem Arbeitgeber stehe das Recht nicht zu, den Mitarbeiter vor jedem privaten Kontakt mit Dritten während der Arbeitszeit abzuschirmen ist richtig. Es muß dem Arbeitgeber jedoch erlaubt sein, vom Mitarbeiter zu verlangen, solche privaten Kontakte während der Arbeitszeit zu unterlassen, die **unternehmensschädigende Auswirkungen** haben. Denn aufgrund der vertraglichen Nebenpflichten ist der Arbeitnehmer generell gehalten, keine unternehmensschädigenden Handlungen vorzunehmen.[13]

13 *Palandt-Putzo*, BGB, 61. Aufl. 2002, § 611 Rz. 40.

III. Fazit

Folglich überwiegen die Interessen des Arbeitgebers, die Anrufe von Headhuntern am Arbeitsplatz des umworbenen Mitarbeiters zu unterbinden. Die Kompromisslösung des OLG Karlsruhe, bei der kurze Anrufe zulässig, länger dauernde Anrufe dagegen sittenwidrig sein sollen, wäre aber auch nicht praktikabel. Denn die Grenzziehung, wann eine bloß kurze Unterbrechung des Betriebsablaufs vorliegen soll und wann eine länger andauernde, dann auch nach Auffassung des OLG Karlsruhe ins unzulässige und sittenwidrige umschlagende Betriebsstörung vorliegt, ist in der Praxis kaum vorzunehmen. Ist es für den Arbeitgeber schon bei der Annahme einer generellen Unzulässigkeit des Anrufs schwer feststellbar, ob überhaupt ein Headhunter angerufen hat und wer das Gespräch konkret und zu welcher Uhrzeit geführt hat, dürfte es ihm unmöglich sein festzustellen, wie lange genau das Gespräch gedauert hat. Die Unterscheidung zwischen kurzen zulässigen Anrufen und die unzulässige tiefergehende Umwerbung des Mitarbeiters würde deshalb dazu führen, dass ein Nachweis von Wettbewerbsverstößen nicht mehr möglich ist und der betroffene Arbeitgeber sein Recht nicht durchsetzen kann. Es ist schließlich der Auffassung des OLG Stuttgart zu folgen, die den Anruf des Headhunters am Arbeitsplatz des Umworbenen als generell unzulässig qualifiziert. Nur so werden die Interessen des Arbeitgebers ausreichend gewahrt. Die Headhunter verlieren nur eine von vielen Möglichkeiten, ihre Tätigkeit durchzuführen.