

Dr. Martin Greßlin, RA/FAArbR, und Dr. Martin Römermann, RA/FAArbR

Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zum Schutz von betrieblichem Know-how

Betriebliches Know-how entscheidet über wirtschaftlichen Erfolg. In vielen Fällen geht Know-how-Verlust auf bewusste oder unbewusste Handlungen der eigenen Arbeitnehmer zurück. Der nachfolgende Beitrag zeigt arbeitsrechtliche Instrumente auf, wie sich Arbeitgeber davor schützen können.

I. Einleitung

Eine Studie belegt, dass über 2/3 der befragten Unternehmen das Risiko, Opfer von Delikten mit Know-how-Bezug zu werden (Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Verletzung von Schutz- und Urheberrechten, Datendiebstahl/Datenmissbrauch), für hoch bis sehr hoch bewerten.¹ Die tatsächliche Betroffenheit liegt angeblich niedriger; die Dunkelziffer ist jedoch hoch.² Anders als physische Güter verschwinden Daten und Wissen in der Regel nicht, sondern werden verraten, kopiert oder anders verwendet. Bei solchen Delikten werden oft unternehmensfremde Dritte versuchen, sich betriebliches Know-how zu verschaffen. In mehr als 70% der Fälle von Know-how-Abfluss sind jedoch die eigenen Arbeitnehmer beteiligt.³ Dies erfordert arbeitsrechtliche Schutzstrategien.

II. Screening von Bewerbern

Der früheste Ansatz zum Schutz von Know-how ist die Durchleuchtung („Screening“) von Bewerbern. Denn mit der Einstellung erhält der Bewerber zwangsläufig auch jenseits von besonders sensiblen Bereichen wie einer Entwicklungsabteilung Einblicke in das vorhandene Know-how. Auffallend sorglos wird in der Praxis oft mit Personen umgegangen, denen ein besonders tiefer Einblick in das Unternehmen gewährt wird: Praktikanten und Trainees. Es ist das Wesen vieler Praktikanten- und Trainee-Programme, die Teilnehmer in vielen Bereichen des Unternehmens einzusetzen. Die rechtlichen Grenzen des sog. Pre-Employment-Screenings oder der sog. Background-Checks von Bewerbern sind nicht abschließend geklärt.⁴ Die Überprüfung krimineller Hintergründe – etwa durch Fragen nach Vorstrafen oder die Anforderung eines polizeilichen Führungszeugnisses – sind nur eingeschränkt zulässig. Fragen zu etwaigen Vorstrafen dürfen gestellt werden, wenn Sie für die konkrete angestrebte Tätigkeit relevant sind.⁵ Mit Blick auf etwaige Vorstrafen mit Know-how-Bezug – etwa dem Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (§ 17 UWG) – wird diese Relevanz für die angestrebte Tätigkeit selten vorliegen. Ein Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wird nicht ausreichen. Zu denken wäre aber an zulässige Fragen bei Tätigkeiten in der Forschungsabteilung oder Unterstützungstätigkeiten für die Träger von Geschäftsgeheimnissen, z.B. der Assistenz der Geschäftsführung. Die Anforderung eines polizeilichen Führungszeugnisses ist in aller Regel unzulässig, da so auch Vorstrafen ausgewiesen würden, nach

denen der Arbeitgeber gar nicht fragen dürfte.⁶ Die Überprüfung der finanziellen Hintergründe (z.B. durch die Anforderung einer Bankauskunft), um eine mögliche Anfälligkeit für die Weitergabe von Know-how an Dritte gegen Zuwendungen zu klären, wird nur für Arbeitnehmer in besonderen Vertrauenspositionen zulässig sein.⁷ Nach zutreffender Auffassung sind generelle Internet-Recherchen zum Hintergrund eines Bewerbers über Suchmaschinen oder berufliche sozialen Netzwerken jedenfalls zulässig.⁸

III. Bindung von Know-How-Trägern

Nach der Einstellung wird der Fokus des Arbeitgebers darauf gerichtet sein, Know-How-Träger zu halten. Arbeitsrechtlich gibt es hierfür verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten.

1. Kündigungsfrist

Es mag zunächst naheliegen, zum Halten eines Know-how-Trägers einen Ausschluss der ordentlichen Kündigung zu vereinbaren. Die gesetzlichen Vorgaben zu solchen Arbeitsverhältnissen auf Lebenszeit (§ 15 Abs. 4 TzBfG) bestimmen aber, dass der Arbeitnehmer sich nach Ablauf von fünf Jahren mit einer Kündigungsfrist von dann sechs Monaten lösen kann. Der Arbeitgeber wäre dann einseitig an die Vereinbarung eines seinerseits ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses auf Lebenszeit gebunden.

Gestaltungsmöglichkeiten bieten aber die Fristen für ordentliche Kündigungen. Ohne besondere Vereinbarung gilt beidseitig die gesetzliche Grundkündigungsfrist (§ 622 Abs. 1 BGB) von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats. Für Kündigungen des Arbeitgebers steigt die Kündigungsfrist in Abhängigkeit von der Dienstzeit des Arbeitnehmers an (vgl. § 622 Abs. 2 BGB). Dies gilt für Kündigungen des Arbeitnehmers nicht. Der Arbeitgeber kann aber mit dem Arbeitnehmer längere beiderseitige Kündigungsfristen als die gesetzliche Grundkündigungsfrist vereinbaren,⁹ ebenso wie abweichende Wirksamkeitszeitpunkte (z.B. Quartalsende anstatt Monatsende).¹⁰ Die höchstzulässige Dauer verlängerter beiderseitiger Kündigungsfristen bis zur erstmaligen Möglichkeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beträgt wie eben dargestellt fünfzehn Jahre. Vereinbarte Kündigungsfristen, die diese Zeitgrenze unterschreiten, sind nur unter besonderen Umständen unwirksam.

1 KPMG Studie „Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2014“, S. 10 ff.

2 KPMG Studie „Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2014“, S. 11.

3 Corporate Trust Studie „Industriespionage 2012“, S. 8.

4 Zu Pre-Employment-Screenings *Kania/Sansone*, NZA 2012, 360 ff.

5 *Kania/Sansone*, NZA 2012, 360, 362.

6 *Kania/Sansone*, NZA 2012, 360, 362.

7 *Seifert*, in: *Simitis*, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 32, Rn. 25.

8 Dazu etwa *Kania/Sansone*, NZA 2012, 361, 362 f.

9 BAG, 29.8.2001 – 4 AZR 388/00, BB 2002, 839.

10 Zur Anwendbarkeit des hierbei geltenden Günstigkeitsprinzips bei Abweichung von gesetzlicher und vertraglicher Regelung BAG, 29.1.2015 – 2 AZR 280/14, BB 2015, 1338 ff.

Abreden.¹¹ Viele Arbeitgeber beschränken sich in der Praxis darauf, die für Arbeitgeberkündigungen geltenden Kündigungsfristen gleichlaufend für Arbeitnehmerkündigungen zu vereinbaren.

Das Bestehen des Arbeitsverhältnisses während der Kündigungsfrist sichert die Anwendbarkeit der Treuepflicht,¹² nicht aber die Erbringung der Arbeitsleistung. Unabhängig vom Zufall der während einer Kündigungsfrist häufig eintretenden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, kann Arbeitsleistung nicht erzwungen werden. Das BAG geht zwar von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Klage auf Erbringung der Arbeitsleistung aus,¹³ der Arbeitgeber scheitert wegen prozessualer Vorgaben (§ 888 ZPO) aber trotz etwaigen Obsiegens spätestens an der Vollstreckung seines Titels auf Erbringung der Arbeitsleistung. Jedenfalls kann der Arbeitgeber einen Unterlassungsanspruch auf Untersagung einer anderweitigen Tätigkeit bei einem Wettbewerber während der Kündigungsfrist im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzen.¹⁴

Die gerichtliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bei vertragswidriger Einstellung der Arbeit kommt selten vor. Dem Arbeitgeber wird es kaum gelingen, die Kausalität zwischen dem vertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers und dem Eintritt des behaupteten Schadens nachzuweisen.¹⁵ Für den Arbeitgeber bietet sich deshalb die Vereinbarung einer entsprechenden Vertragsstrafe an. Das BAG betont zutreffend, dass die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden kann, so dass die grundsätzliche Vereinbarung einer Vertragsstrafe möglich sein muss.¹⁶ Wegen der in aller Regel vorzunehmenden AGB-Kontrolle darf die Vertragsstrafe insbesondere nicht unangemessen hoch sein. Hierbei gilt der Grundsatz, dass die Vertragsstrafe nie höher vereinbart werden sollte, als das Festgehalt, das der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Zeit bis zur ordnungsgemäßen Beendigung des Arbeitsverhältnisses schulden würde.¹⁷

2. Wettbewerbsbeschränkungen

Die Vereinbarung längerer Kündigungsfristen ist aus Arbeitgebersicht wirtschaftlich unflexibel und teuer. Während des Ablaufs der Kündigungsfrist ist das volle Entgelt für einen Arbeitnehmer zu gewähren, der zumindest mit Kopf und Herz möglicherweise schon bei einem anderen Arbeitgeber ist. Alternativen stellen wirksame Wettbewerbsbeschränkungen dar.

a) Wettbewerbsverbote

Im bestehenden Arbeitsverhältnis unterliegt jeder Arbeitnehmer unabhängig von der Branche auch ohne ausdrückliche Vereinbarung einem vertraglichen Wettbewerbsverbot (§ 60 HGB). Für die Zeit nach Beendigung muss ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden. Für nachvertragliche Wettbewerbsverbote gelten enge gesetzliche Vorgaben (§§ 110 S. 2 GewO, 74 ff. HGB). Unter anderem ist Schriftform zu wahren, die Maximaldauer beträgt zwei Jahre (§§ 74a HGB, 74 Abs. 1 HGB). Das Grundmuster ist schlicht. Der Arbeitgeber sichert eine Karenzentschädigung für die Verpflichtung des Arbeitnehmers auf Unterlassung von Wettbewerb zu. Der Arbeitgeber sollte abwägen, ob er eher ein tätigkeitsbezogenes Wettbewerbsverbot, bei dem untersagt wird, in dem Gebiet zu arbeiten, in dem der Arbeitnehmer bisher gearbeitet hat, oder ein unternehmensbezogenes Wettbewerbsverbot bevorzugt. Vertraglich vereinbar ist Beides.¹⁸ Grundvoraussetzung ist, dass es dem Schutz des berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient (§ 74a Abs. 1 S. 3 HGB). Dieses liegt vor, wenn das Wettbewerbsverbot dem Schutz von Betriebsheim-

nissen dient oder den Einbruch in den Kunden- oder Lieferantenkreis verhindern soll.¹⁹ Das abstrakte Interesse, Konkurrenz einzuschränken, genügt nicht.²⁰ Gleichzeitig darf das Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unbillig erschwert werden (§ 74a Abs. 1 S. 2 HGB). Ob das Fortkommen des Arbeitnehmers unbillig erschwert wird, beurteilt sich nach dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit. Es wird dabei auf Ort, Zeit und Gegenstand des Verbotes abgestellt.²¹ Auf jeden Fall muss eine Karenzentschädigung in Höhe von mindestens 50 % der vertragsgemäßen Leistungen vereinbart werden (§§ 110 GewO, 74 Abs. 2 HGB). Das beinhaltet nicht nur das Festgehalt, sondern sämtliche Vergütungsbestandteile, wie z. B. auch Tantiemen, Boni und auch Sachleistungen wie ein Dienstwagen zur Privatnutzung.²² Im Ergebnis sind auch nachvertragliche Wettbewerbsverbote kostspielig für Arbeitgeber. Ihr Einsatz sollte deshalb sorgfältig abgewogen werden. Wird ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart, sollte es unbedingt durch eine Vertragsstrafe flankiert werden. Im Allgemeinen wird eine Vertragsstrafenhöhe von einem Bruttomonatsgehalt für zulässig erachtet, für den Fall mehrerer Einzelverstöße empfiehlt sich, den Strafbetrag auf sechs Bruttomonatsgehälter zu begrenzen.²³

b) Abwerbeverbote

Besteht das Know-how des Arbeitgebers insbesondere aus seinen Arbeitnehmern, ist zur Absicherung auch Abwerbeverbote zu denken. Im bestehenden Arbeitsverhältnis ist der Arbeitnehmer aufgrund der ihm obliegenden Treuepflicht nicht berechtigt, andere Arbeitnehmer seines Arbeitgebers abzuwerben. Eine Abwerbung setzt begrifflich ein Betreiben mit einer gewissen Beharrlichkeit und Ernsthaftigkeit voraus.²⁴ Eine Abwerbung kann einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen.²⁵ Allerdings darf ein Arbeitnehmer, wenn kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot besteht, schon vor Beendigung seines Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines eigenen Unternehmens vorbereiten. Die gesetzlichen Vorgaben (§ 60 Abs. 1 HGB) verbieten lediglich die Aufnahme der werbenden Tätigkeit, insbesondere also das Vorbereiten der Vermittlung und des Abschlusses von Konkurrenzgeschäften.²⁶ Bloße Vorbereitungshandlungen erfüllen diese Voraussetzungen nicht. Damit kann z. B. ein wechselwilliger Arbeitnehmer andere Arbeitnehmer zumindest darauf hinweisen, dass und wohin er den Arbeitgeber verlassen wird.²⁷ Eine vertragswidrige Abwerbung liegt hingegen vor, wenn der Arbeitnehmer mit einer gewissen Beharrlichkeit auf Arbeitskollegen einwirkt, das bisherige Arbeitsverhältnis aufzuge-

11 Müller-Glöge, in: Erf. Komm. zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 622 BGB, Rn. 42.

12 Zur Treuepflicht und ihren einzelnen Ausprägungen Preis, in: Erf. Komm. zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 611 BGB, Rn. 707 ff.

13 BAG, 2.12.1965 – 2 AZR 91/65, DB 1966, 195.

14 LAG Hamm, 19.3.2001 – 16 Sa 322/01, BeckRS 2001, 31009838.

15 Richter, ArbRAktuell 2013, 509, 511.

16 BAG, 4.3.2004 – 8 AZR 196/03, BB 2004, 1740.

17 Lakies, ArbRAktuell 2014, 313, 315 m. w. N.

18 Urban, ArbRAktuell 2012, 241.

19 Kamann, ArbRAktuell 2015, 372.

20 BAG, 1.8.1995 – 9 AZR 884/93, BB 1996, 223.

21 Kamann, ArbRAktuell 2015, 372, 372 f.

22 Diller, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 74 HGB, Rn. 77 ff.

23 Günther/Nolde, NZA 2012, 62, 68; ausführlich hierzu Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 7. Aufl. 2015, Rn. 938 ff.

24 Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 611 BGB, Rn. 386 m. w. N.; Fischermeier, in: Etzel u. a. (Hrsg.), KR, 11. Aufl. 2016, § 626 BGB, Rn. 422.

25 Fischermeier, in: Etzel u. a. (Hrsg.), KR, 11. Aufl. 2016, § 626 BGB, Rn. 422; LAG Rheinland-Pfalz, 6.3.2012 – 3 Sa 612/11, BeckRS 2012, 68307.

26 BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 190/07, NZA 2008, 1415, 1416.

27 Vogt/Ottmanns, ArbRAktuell 2011, 604, 605.

ben und für den Abwerbenden oder einen anderen Arbeitgeber tätig zu werden.²⁸ Letzteres gilt unabhängig davon ob es sich dabei noch um eine „lautere“ Wettbewerbshandlung (i. S. d. §§ 3, 4 Nr. 10 UWG) handelt oder nicht, Sittenwidrigkeit vorliegt oder die abzuwerbenden Arbeitnehmer von besonderer Qualität sind.²⁹ Die ausdrückliche Aufnahme eines vertraglichen Abwerbverbotes in den Arbeitsvertrag ist durchaus sinnvoll. Dem Arbeitnehmer wird einerseits tatsächlich die Vertragswidrigkeit einer Abwerbung vor Augen geführt, andererseits verdeutlicht der Arbeitgeber die besondere Bedeutung des Verbots.³⁰ Da die Einstellung eines Arbeitnehmers durch einen Dritten von einem Abwerbverbot nicht verhindert wird, ist die Flankierung mit einer Vertragsstrafe zu empfehlen. Es empfiehlt sich aus Gründen der Rechtssicherheit, die Vertragsstrafe pauschaliert auf ein Bruttomonatsgehalt zu beschränken. Dabei ist darauf zu achten, dass die Höhe der Vertragsstrafe insgesamt nicht die Vergütung für die jeweils aktuell geltende Kündigungsfrist überschreitet.³¹

Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer bis zur Grenze unlauteren Wettbewerbs (i. S. d. UWG) frei darin, Abwerbung zu betreiben. Hiergegen kann ein nachvertragliches Abwerbverbot zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages vereinbart werden. Nachvertragliche Abwerbverbote sind trotz der Regelung des § 75f HGB zu Sperrabreden durchsetzbar,³² sie müssen nach ganz überwiegender Auffassung aber den Anforderungen der §§ 74 ff. HGB zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten genügen.³³ Nach streitiger, aber zutreffender Auffassung ist die Vereinbarung eines nachvertraglichen Abwerbverbotes nur dann ohne Karenzenschädigung zulässig, wenn es den Arbeitnehmer lediglich darin beschränkt, andere Arbeitnehmer für Dritte und nicht für sich selbst als Unternehmer abzuwerben.³⁴ Denn dies beeinträchtigt den Arbeitnehmer nicht in seinem beruflichen Fortkommen. Vertragliche Nebenpflichten lassen sich in Abgrenzung zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten ohne Karenzenschädigung verlängern, solange das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht beeinträchtigt wird.³⁵ Auch hier empfiehlt sich, aus den gleichen Gründen wie beim vertraglichen Abwerbverbot, eine Vertragsstrafenregelung zu treffen.

c) Kundenschutzklauseln

In der Praxis möchten Arbeitgeber karenzenschädigungspflichtige nachvertragliche Wettbewerbsverbote häufig durch Kundenschutzklauseln umgehen. Dabei ist zwischen der Verpflichtung, Verschwiegenheit über Kundenlisten zu bewahren,³⁶ und der Verpflichtung, Kunden des Arbeitgebers nicht zu umwerben, zu unterscheiden. Will der Arbeitgeber letzteres verhindern, muss er ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbaren.³⁷ Bewegt man sich also außerhalb des wettbewerbswidrigen Geheimnisverrats nach § 17 UWG, kommt der Arbeitgeber ohne Karenzenschädigung nicht zum Ziel. Lediglich im Bereich der steuer- und rechtsberatenden Berufe können zumindest begrenzte Mandantenschutzklauseln auch ohne Verpflichtung einer Karenzenschädigung vereinbart werden. Das BAG erkennt zwischen Mandantenschutzklauseln freier Berufe und Kundenschutzklauseln in der gewerblichen Wirtschaft jedoch erhebliche Unterschiede.³⁸

3. Fortbildung mit Rückzahlungsklausel

Arbeitgeber möchten Know-how-Träger insbesondere binden, wenn man durch Investition in die Aus- und Fortbildung das Know-how des Arbeitnehmers aufgebaut hat. Grundsätzliche Bedenken, Know-How-Träger bei vorzeitigem Ausscheiden an Fortbildungskosten zu beteiligen, bestehen nach Ansicht der Rechtsprechung nicht,³⁹ wenngleich di-

verse Anforderungen gestellt werden. Im ersten Schritt muss der Arbeitnehmer Kenntnisse und Fähigkeiten erworben haben, die er auch außerhalb des Betriebes des ausbildenden Arbeitgebers verwerten und beruflich aufsteigen kann. Sonst kommt eine derartige Klausel nicht in Betracht.⁴⁰ Im zweiten Schritt ist zwischen den Kündigungsgründen zu differenzieren. Das pauschale Abstellen auf die Kündigung des Arbeitnehmers als Grund für die Rückzahlung der Ausbildungs- bzw. Fortbildungskosten ist nicht ausreichend – in der Vereinbarung muss vielmehr danach unterschieden werden, wer die Kündigung zu verantworten hat. Andernfalls ist die Klausel unwirksam.⁴¹ Im dritten Schritt muss der Arbeitgeber die Höhe der aufzuwendenden Fortbildungskosten detailliert ermitteln und konkret beziffern.⁴² In Abhängigkeit von der Dauer der Fortbildung – im Einzelfall auch in Abhängigkeit von der Höhe der Fortbildungskosten – kann dann die zulässige Bindungsdauer des Arbeitnehmers und der bei vorzeitigem Ausscheiden des Arbeitnehmers verbleibende Rückzahlungsbetrag ermittelt werden. Der Rückzahlungsbetrag muss sich zeitratierlich, etwa pro monatlichem Verbleib im Arbeitsverhältnis, entsprechend reduzieren.

4. Sonderzahlungen mit Rückzahlungsklausel

Ein naheliegendes Instrument, Arbeitnehmer als Know-how-Träger zu binden ist, etwaige Sonderzahlungen mit Rückzahlungsklauseln für den Fall des Ausscheidens zu versehen. Rückzahlungsklauseln kommen nach der Entwicklung der Rechtsprechung der letzten Jahre nur noch bei Sonderzahlungen ohne jeden Entgeltcharakter, z. B. einem Weihnachtsgeld oder einer Jubiläumsszuwendung, in Betracht. Dabei gelten für die Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln gestaffelte Grenzwerte abhängig von der Höhe der Sonderzahlung.⁴³ Vor dem Hintergrund des engen Anwendungsbereichs von Rückzahlungsklauseln ist ihre Bedeutung für die Bindung von Know-how-Trägern praktisch gering.

IV. Schutz des Know-hows selbst

Elementare Bedeutung für den Schutz betrieblichen Know-hows ist die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers. Dreh- und Angelpunkt ist hierbei, ob noch ein Arbeitsverhältnis besteht oder ob es bereits beendet ist.⁴⁴ Während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses erhält der Arbeitnehmer eine Vergütung. Hiermit wird letztlich auch

28 Müller-Glöge, in: Erf. Komm. zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 626 BGB, Rn. 62.

29 Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 611 BGB, Rn. 386 m. w. N.; Fischermeier, in: Etzel u. a. (Hrsg.), KR, 11. Aufl. 2016, § 626 BGB, Rn. 422; für das Erfordernis der Sittenwidrigkeit aber etwa LAG Hamburg, 21.12.1999 – 2 Sa 62/99, juris.

30 Busch/Dendorfer, BB 2002, 301, 305.

31 Zum Ganzen Vogt/Oltmanns, ArbRAktuell 2011, 604, 606.

32 Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 7. Aufl. 2015, Rn. 129; Vogt/Ottmanns, ArbRAktuell 2011, 604, 606.

33 Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 7. Aufl. 2015, Rn. 129; Busch/Dendorfer, BB 2002, 301, 305;.

34 Melms, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 32 zu § 9; Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 7. Aufl. 2015, Rn. 129; Schloßer, BB 2002, 1382, 1387; a. A. Busch/Dendorfer, BB 2002, 301, 305 f.

35 Schloßer, BB 2002, 1382, 1387.

36 Dazu sogleich unter IV.2.

37 BAG, 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, BB 1988, 980 Ls, NZA 1988, 502, 504.

38 BAG, 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, BB 1988, 980 Ls, NZA 1988, 502, 504.

39 BAG, 19.1.2011 – 3 AZR 621/08, NZA 2012, 85, 89.

40 BAG, 14.1.2009 – 3 AZR 900/07, NZA 2009, 666, 668.

41 Günther, ÖAT 2014, 137, 139.

42 Dazu und zum Folgenden ausführlich Hoffmann, NZA-RR 2015, 337 ff.; Elking, BB 2014, 885 ff.

43 Ausführlich zum Ganzen Preis, in: Erf. Komm. zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 611 BGB, Rn. 550 m. w. N.

44 Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 1, auch zum Folgenden.

seine Loyalität gegenüber dem Arbeitgeber mit abgegolten. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ändert sich die Interessenlage. Der Arbeitnehmer erhält keine Vergütung mehr, der Arbeitgeber hat aber nach wie vor Interesse an einer Geheimhaltung.

1. Verschwiegenheitspflicht im bestehenden Arbeitsverhältnis

Im bestehenden Arbeitsverhältnis besteht eine Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers bezüglich Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.⁴⁵ Diese besteht auch ohne ausdrückliche Vereinbarung.⁴⁶ Mittelbar folgt die Verschwiegenheitsverpflichtung aus dem Straftatbestand des § 17 Abs. 1 UWG.⁴⁷ Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse liegen bei Tatsachen vor, die nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt und nicht offenkundig sind sowie nach dem Willen des Arbeitgebers geheim gehalten werden.⁴⁸ Betriebsgeheimnisse sind eher technischer Natur, Geschäftsgeheimnisse eher kaufmännischer Natur. Klassische Beispiele sind hier z. B. einzelne Geheimverfahren, Rezepturen, Kalkulationsunterlagen, Kundenlisten oder Marketingkonzepte.⁴⁹ Die arbeitsvertragliche Verschwiegenheitspflicht geht über die Verschwiegenheit zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen hinaus. Sie erfasst auch solche Tatsachen, die kein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis darstellen, vom Arbeitgeber aber aus berechtigtem betrieblichen Interesse im Einzelfall als vertraulich bezeichnet werden oder aus der Natur der Sache als vertraulich zu erkennen sind.⁵⁰ Das kann etwa Verschwiegenheit bezüglich persönlicher Umstände oder Verhaltensweisen anderer Arbeitnehmer sein. Unabhängig von der rechtlichen Notwendigkeit, ist für die Praxis zu empfehlen, Verschwiegenheitsverpflichtungen ausdrücklich zu regeln. Eine ausdrückliche Regelung ist letztlich ein wichtiger Beitrag, um bei den Arbeitnehmern ein tatsächliches Bewusstsein über das Bestehen und die Reichweite ihrer Verpflichtungen zu schaffen. Bei der Gestaltung einer entsprechenden Vertragsregelung ist das Transparenzgebot und das Angemessenheitsanfordernis der AGB-Kontrolle zu beachten,⁵¹ insbesondere ist deshalb ein gewisser Detaillierungsgrad nötig. Die häufig verwendeten Klauseln, Verschwiegenheit bezüglich sämtlicher geschäftlicher Belange zu wahren (sog. „All-Klauseln“), sind deshalb unwirksam.⁵² Mit dem Arbeitgeber im Sinne der §§ 15 ff. AktG verbundene Konzernunternehmen können in die Verschwiegenheitsverpflichtung einbezogen werden, sofern ein berechtigtes betriebliches Interesse hierfür besteht.⁵³ Klassisches Beispiel sind die Arbeitnehmer einer Holdinggesellschaft, die zur Verschwiegenheit bezüglich der Tochtergesellschaften verpflichtet werden.⁵⁴ Diese Einbeziehung von Konzernunternehmen setzt immer eine ausdrückliche Vereinbarung voraus.

2. Verschwiegenheitsverpflichtung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Nach ganz überwiegender Meinung ist ein Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch ohne ausdrückliche Vereinbarung weiterhin zur Verschwiegenheit über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verpflichtet.⁵⁵ Allerdings bedeutet die nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht nicht, dass dem Arbeitnehmer jede Nutzung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse untersagt wäre. Vielmehr dürfen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder auch gewonnene Erfahrungen vom Arbeitnehmer für den eigenen Nutzen verwendet werden. Lediglich die Weitergabe ist verboten.⁵⁶ Die Nutzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu eigenem Nutzen ist erlaubt, wenn der Arbeitnehmer die Informationen aus seinem Gedächtnis nutzt.⁵⁷ Er darf

trotz einer nachvertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtung durchaus die Kunden des Arbeitgebers umwerben.⁵⁸ Macht sich der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses jedoch Notizen⁵⁹ oder fertigt er gar Kopien von Daten in elektronischer Form oder Papierform an – etwa eben von Kundenlisten – und nutzt diese dann, liegt ein unbefugtes Verschaffen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vor. Dies ist nach § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG sogar strafbar.⁶⁰

Über die beschriebene nachvertragliche Verschwiegenheitsverpflichtung hinaus ist eine – entschädigungslose – Vereinbarung zulässig, wonach einzelne konkret bezeichnete Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse auch nicht vom Arbeitnehmer selbst genutzt werden dürfen.⁶¹ Hintergrund ist, dass das berufliche Fortkommen eines Arbeitnehmers in der Regel nicht daran scheitert, dass er ein bestimmtes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis nicht selbst nutzen kann.⁶² Die Abgrenzung zwischen einer – entschädigungslosen – nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht und einem – entschädigungspflichtigen – nachvertraglichen Wettbewerbsverbot ist schwierig. Führt die nachvertragliche Verschwiegenheitsverpflichtung dazu, dass dem Arbeitnehmer insgesamt die Verwertung der im Rahmen des bisherigen Arbeitsverhältnisses erworbenen Kenntnisse verboten wird, liegt jedenfalls ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vor.⁶³ Darüber hinaus kann auch die Untersagung der Nutzung eines ganz bestimmten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot darstellen. So kann etwa eine nachvertragliche Verschwiegenheitsverpflichtung mit untersagter Nutzung für Kundennamen und -adressen bei Vertriebsmitarbeitern ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot darstellen.⁶⁴ Die Untersagung der Nutzung der Kundendaten kann der Untersagung der gesamten Tätigkeit im Vertriebsbereich gleichkommen.⁶⁵ Entsprechende nachvertragliche Verschwiegenheitsverpflichtungen sind deshalb

45 Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 611 BGB, Rn. 350 m. w. N.; Salger/Breitfeld, BB 2005, 154, 155.

46 Salger/Breitfeld, BB 2005, 154, 155.

47 Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30 Rn. 9.

48 BAG, 16.3.1982 – 3 AZR 83/79, BB 1982, 1792, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis; Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 611 BGB, Rn. 350.

49 Weitere Beispiele bei Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 9.

50 Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 9; für die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Vereinbarung aber etwa Kania, in: Küttner, Personalbuch, 23. Aufl. 2016, Verschwiegenheitspflicht A, Rn. 8.

51 Ebenso Kania, in: Küttner, Personalbuch, 23. Aufl. 2016, Verschwiegenheitspflicht A, Rn. 7.

52 Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 12 m. w. N.; im Ergebnis ebenso Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 48, Rn. 39.

53 Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 16.

54 Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 16.

55 BAG, 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, BB 1988, 980 Ls, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis; Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 7. Aufl. 2016, § 611, Rn. 351 m. w. N.; a. A. BGH, 3.5.2001 – I ZR 153/99, NJOZ 2001, 2358, 2361.

56 BAG, 15.6.1993 – 9 AZR 558/91, BB 1994, 1078, NZA 1994, 502; Kania, in: Küttner, Personalbuch, 23. Aufl. 2016, Verschwiegenheitspflicht A, Rn. 10; Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 48, Rn. 44.

57 BGH, 14.1.1999 – I ZR 2/97, GRUR 1999, 934, 935; Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 34.

58 BAG, 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, BB 1988, 980 Ls, NZA 1988, 502, 504.

59 BAG, 19.12.2002 – I ZR 119/00, GRUR 2003, 453, 454; Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30 Rn. 34.

60 BGH, 27.4.2006 – I ZR 126/03, BB 2006, 2535 Ls, NJW 2006, 3424; Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 34.

61 Grundlegend BAG, 16.3.1982 – 3 AZR 83/79, BB 1982, 1792, für eine Rezeptur als Betriebsgeheimnis; Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 29.

62 BAG, 16.3.1982 – 3 AZR 83/79, BB 1982, 1792, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis.

63 BAG, 19.5.1998 – 9 AZR 394/97, BB 1999, 212, 213.

64 BAG, 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, BB 1988, 980 Ls, NZA 1988, 502, 504, für Außendienstmitarbeiter im Bereich des Weinhandels.

65 BAG, 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, BB 1988, 980 Ls, NZA 1988, 502, 504, für Außendienstmitarbeiter im Bereich des Weinhandels.

nur dann wirksam und verbindlich, wenn sie gleichzeitig die Voraussetzungen für nachvertragliche Wettbewerbsverbote erfüllen.

3. Sanktionen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Im bestehenden Arbeitsverhältnis stellt die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten dar. Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht kann insofern einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB darstellen.⁶⁶ Über die arbeitsrechtliche Sanktion hinaus kommt eine Strafbarkeit des Arbeitnehmers wegen des Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Betracht (§ 17 UWG). Zu beachten ist dabei, dass die Tat ein sog. Antragsdelikt darstellt (vgl. § 17 Abs. 5 UWG). Ohne einen solchen Antrag wird die Tat nur bei Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses verfolgt. Darüber hinaus kann der Arbeitgeber Unterlassung künftiger Verletzungen vom Arbeitnehmer verlangen.⁶⁷ Dies macht rein tatsächlich nur dann Sinn, wenn fortgesetzt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder sonstige vertrauliche Tatsachen genutzt werden. Gerade für einmalige Verletzungshandlungen kommen eher Schadensersatzansprüche in Betracht. Der Arbeitgeber kann hierbei nach seiner Wahl den eingetretenen Schaden, den vom Arbeitnehmer erlangten Gewinn oder bei der Verletzung technisch geprägter Geheimnisse Schaden im Wege der Lizenzanalogie geltend machen. Trotz bestehender Auskunftsansprüche des Arbeitgebers zu Art, Zeitpunkt und Umfang der Verletzungshandlung ist der Nachweis eines konkret eingetretenen Schadens einschließlich entgangenen Gewinns (z. B. das Entgehen eines ganz bestimmten Geschäfts mit einem Kunden) oder des vom Arbeitnehmer erlangten Gewinns schwierig. Arbeitgebern ist auch hier zu empfehlen, eine Vertragsstrafe für die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht aufzunehmen. Dies macht den Nachweis eines konkreten Schadens entbehrlich und ermöglicht in der Sache die Geltendmachung eines „Mindestschadensersatzes“. Die Geltendmachung der weiteren Ansprüche des Arbeitgebers (z. B. Unterlassung) bleibt bei entsprechender Gestaltung der Vertragsstrafe möglich.

4. Schulung von Arbeitnehmern

Arbeitnehmern ist das Bestehen oder die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht selten bewusst. Im Sinne eines effektiven Know-how-Schutzes bietet sich eine entsprechende Schulung der Arbeitnehmer zur Sensibilisierung an. Wenn sich eine Schulung darauf beschränkt, arbeitsrechtliche Grundlagen zum Know-how-Schutz zu vermitteln, unterliegt eine solche Schulung als Schulungsmaßnahme nach § 98 Abs. 6 BetrVG dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.⁶⁸ Wenn allerdings – wie für die Praxis sicherlich empfehlenswert – die Arbeitnehmer nicht nur über die Rechtslage belehrt werden, sondern auch die Weisung hinzukommt, arbeitsrechtliche Vorgaben einzuhalten, etwaige Richtlinien des Arbeitgebers zu beachten und am Arbeitsplatz auch umzusetzen liegt eine Unterrichtung im Sinne von § 81 Abs. 1 BetrVG vor, die nach ganz h. M. nicht der Mitbestimmung unterliegt.⁶⁹

V. Überwachung von Arbeitnehmern

Know-how-Schutz muss ganzheitlich ansetzen. Je ausgeprägter der technische Schutzstandard des Arbeitgebers ist, umso geringer die Gefahr, dass Arbeitnehmer Know-how – versehentlich oder vorsätzlich – entwenden. Gleichwohl wird kein Arbeitgeber auf Überwachungsmaßnahmen verzichten können. Dabei kollidieren seine

Schutzinteressen, die er möglicherweise durch Tor⁷⁰- und Taschenkontrollen, Spindkontrollen,⁷¹ Kameraüberwachung, Ortungssystemen,⁷² Mailscreenings⁷³ oder gar dem Einsatz eines Detektivs⁷⁴ durchsetzen möchte, immer mit dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und dessen Ausprägung im Datenschutz. Eine rechtssichere Grundlage für Kontrollmaßnahmen lässt sich nach aktuellem Diskussionsstand primär gemeinsam mit dem Betriebsrat erreichen.⁷⁵ Die hohen Anforderungen an wirksame Kontrollmechanismen erscheinen anderenfalls noch schwerer zu bewältigen.⁷⁶ Die Erhebung personenbezogener Daten unter Missachtung der Persönlichkeitsrechte bergen dabei eine mehrfache Gefahr. Neben Verwertungsverboten⁷⁷ und der Unwirksamkeit etwaiger Maßnahmen⁷⁸ drohen – je nach Schwere des Verstoßes – Bußgelder, Schadenersatzforderungen, Unterlassungsansprüche sowie die Verwirklichung von Straftatbeständen.⁷⁹

VI. Fazit

Arbeitsrechtliche Instrumente können allein nicht einen ungewünschten Abfluss betrieblichen Know-hows verhindern. Sie können aber ein wichtiger Baustein im Rahmen eines effektiven Gesamtkonzepts zum Schutz des betrieblichen Know-hows sein. Darum ist es für Arbeitgeber besonders bedeutsam, von den vorhandenen Gestaltungsmöglichkeiten insbesondere durch Vereinbarungen zu Kündigungsfristen, Wettbewerbsbeschränkungen, Rückzahlungsklauseln und Verschwiegenheitspflichten auch tatsächlich Gebrauch zu machen. Mindestens genauso wichtig ist, bei den Arbeitnehmern tatsächlich für ein entsprechendes Bewusstsein zu sorgen.

Dr. Martin Greßlin ist Partner bei SKW Schwarz in München. Er berät nationale und internationale Unternehmen sowie Führungskräfte in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind die arbeitsrechtliche Begleitung von Unternehmenstransaktionen und Restrukturierungen sowie die Beratung zu Themen der betrieblichen Altersversorgung und des Arbeitnehmerdatenschutzes.



Dr. Martin Römermann ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner bei SKW Schwarz in Berlin und Leiter des Geschäftsbereiches Arbeitsrecht der Sozietät. Er berät und vertritt vornehmlich mittelständische und große Unternehmen im Individual- und Kollektivarbeitsrecht. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Beratung zur Implementierung von Verhaltenskodizes sowie zu Fragen des Know-How-Schutzes und hinsichtlich Social Media.



66 Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 17.
 67 Reinfeld, in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 30, Rn. 19, zu den zivil- und wettbewerbsrechtlichen Anspruchsgrundlagen.
 68 Allgemein für Schulungen zum Arbeitsrecht: *Fitting u. a.*, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 98, Rn. 37.
 69 So auch Müller-Bonanni/Sagan, ArbRB 2007, 50, 51 für AGG-Schulungen; a. A. für AGG-Schulungen: Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 15. Aufl. 2016, § 98, Rn. 71.
 70 BAG, 15.4.2014 – 1 ABR 2/13, NZA 2013, 1433 ff.
 71 BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, BB 2014, 890 ff.
 72 BAG, 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, NZA 2014, 439 ff.
 73 Dazu ausführlich Wybitul, NJW 2014, 3605 ff.
 74 Heermann, ZD-Aktuell 2015, 04619.
 75 Dazu Wybitul, NZA 2014, 225 ff.
 76 im Ergebnis auch Wybitul/Böhm, CCZ 2015, 133, 135.
 77 Wybitul/Pöppers, BB 2014, 437 ff.
 78 BAG, 15.11.2012 – 6 AZR 339/11, NZA 2013, 429 ff.
 79 Wybitul, NZA 2014, 225, 226.