

Know-how-Schutz im Arbeitsrecht

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 29

Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

Know-how-Schutz im Arbeitsrecht

9. ZAAR-Kongress
München, 4. Mai 2012



ZAAR Verlag München 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2012 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-23-7

Vorwort

Unternehmen sind verletzlich. Know-how und Geschäftsgeheimnisse werden gezielt ausspioniert – mit technischen Mitteln, mit eingeschleusten oder gekauften Mitarbeitern. Prävention und Repression sind im Eigeninteresse geboten, werden aber auch vom Compliance-Denken gefordert. Auch muss das Unternehmen seine Partner schützen. Präventive und repressive Maßnahmen sind personenbezogen und treffen Mitarbeiter – und stoßen deshalb auf arbeitsrechtliche Grenzen. Das Arbeitsrecht ist streng, schützt Mitarbeiter vor verdachtsunabhängigen Stichprobenkontrollen, sieht in technischen Kontrollmechanismen datenschutz- und persönlichkeitsrechtliche Probleme und schützt nicht zuletzt Verdächtige und Täter vor Repressionen. Die Tragweite des Sicherheitsproblems ist vielen nicht bewusst.

Diesen Fragen wollen wir praxisbezogen, aber mit wissenschaftlich fragendem Blick am 4. Mai mit dem 9. ZAAR-Kongress nachgehen – in Kooperation mit dem Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum an der TU München

München, Mai 2012

Professor Dr. Christoph Ann

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Christoph Ann</i>	
Know-how-Schutz als Managementaufgabe.....	15
Diskussion.....	25
 <i>Rainer Benne</i>	
Spionage, Sicherheit und Compliance in der Praxis	37
Diskussion.....	67
 <i>Martin Brock</i>	
Elemente arbeitsrechtlicher Vorsorgekonzepte gegen Industrie- spionage und Geheimnisverrat	75
Diskussion.....	117
 <i>Hans Hanau</i>	
Arbeitsrechtlicher Umgang mit Spionagefällen	127
Diskussion.....	154
 Diskussionsteilnehmer	163
Sachregister	165

Autoren

Ann, Christoph, LL.M., Dr. iur., ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum an der Technischen Universität München

Benne, Rainer, Dipl.-Verw., ehemals Leiter Konzernsicherheit und Chief Compliance Officer, heute selbständiger Unternehmensberater in Oberstenfeld

Brock, Martin, Dr. iur., Rechtsanwalt in der Kanzlei Loschelders Rechtsanwälte, Köln

Hanau, Hans, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg

Abkürzungen

Abs.	Absatz, Absätze	BGHZ	Entscheidungen des Bundesge- richtshofs in Zi- vilsachen
a.D.	außer Dienst	BKA	Bundeskartellamt
AG	Aktiengesellschaft	BMJ	Bundesministe- rium der Justiz
AGB	Allgemeine Ge- schäftsbedingun- gen	BVerfG.....	Bundesverfas- sungsgericht
AktG	Aktiengesetz	ca.	circa
Alt.....	Alternative	CEO	Chief Executive Officer
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entschei- dungssammlung)	DAX.....	Deutscher Aktien- index
ArbG	Arbeitsgericht	DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)
ArbGG	Arbeitsgerichts- gesetz	ders.....	derselbe
ArbnErfG.....	Gesetz über Arbeitnehmerer- findungen	EBRG.....	Gesetz über Europäische Be- triebsräte
ArbZG.....	Arbeitszeitgesetz	EDV	Elektronische Datenverarbei- tung
Art.	Artikel	EGMR.....	Europäischer Ge- richtshof für Menschenrechte
Aufl.	Auflage	etc.....	et cetera
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	EU	Europäische Union
BAFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleis- tungsaufsicht	EuGH.....	Europäischer Ge- richtshof
BAG	Bundesarbeits- gericht	EWiR	Entscheidungen zum Wirtschafts- recht (Zeitschrift)
BAGE.....	Entscheidungen des Bundes- arbeitsgerichts	EzA	Entscheidungs- sammlung zum Arbeitsrecht
BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	f., ff.	folgende
Bd.	Band, Bände	FAZ.....	Frankfurter All- gemeine Zeitung
BDSG.....	Bundesdaten- schutzgesetz	Fn.	Fußnote, Fußnoten
BetrVG.....	Betriebsverfas- sungsgesetz	GenG	Genossen- schaftsgesetz
BGB	Bürgerliches Ge- setzbuch		
BGH.....	Bundesgerichts- hof		

GewO	Gewerbeordnung	LM.....	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
GG	Grundgesetz	MDR.....	Monatsschrift für Deutsches Recht
GM	General Motors	Mio.....	Million, Millionen
GmbHG.....	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung	MLU.....	Martin-Luther-Universität
GRUR.....	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)	Mrd.	Milliarden
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Halbs.....	Halbsatz	Nr.....	Nummer, Nummern
HGB	Handelsgesetzbuch	NStZ.....	Neue Zeitschrift für Strafrecht
HR.....	Human Resources	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
Hrsg.	Herausgeber	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
IFKAD	International Forum on Knowledge Asset Dynamics	ÖBl	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
IT	Information Technology	OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
i.V.....	in Vertretung	OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Kap.....	Kapitel	PatG	Patentgesetz
KGaA.....	Kommanditgesellschaft auf Aktien	PC.....	Personal Computer
KME.....	Kompetenzzentrum Mittelstand	ppa	per procura
KMU.....	Kleine und mittlere Unternehmen	PwC.....	PricewaterhouseCoopers
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeitsgericht	RG	Reichsgericht
LAGE.....	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte		
lit.....	littera		

Rn.	Randnummer, Randnummern	VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung von Versiche- rungsunterneh- men
S.	siehe; Seite, Sei- ten	vgl.	vergleiche
SGB.....	Sozialgesetzbuch	WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
SprAuG.....	Sprecheraus- schussgesetz	WTO	World Trade Or- ganization
StA.....	Staatsanwalt- schaft	ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehun- gen und Arbeits- recht
StGB	Strafgesetzbuch	ZCG	Zeitschrift für Corporate Gover- nance
StPO	Strafprozessord- nung	ZfA.....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
TKG	Telekommunika- tionsgesetz	zfwu	Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmens- ethik
TRIPS	Trade Related Aspects of Intel- lectual Property Rights	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TT-GVO	Technologietrans- fer-Gruppen- freistellungsver- ordnung	ZRFC	Zeitschrift Risk, Fraud und Com- pliance
TU.....	Technische Uni- versität	ZTR.....	Zeitschrift für Ta- rifrecht
USA	United States of America		
USB	Universal Serial Bus		
usw.	und so weiter		
UWG.....	Gesetz gegen den unlauteren Wett- bewerb		

Know-how-Schutz als Managementaufgabe

Christoph Ann

Seite

1. Know-how-Schutz ist Ressourcenthema.....	16
2. Know-how-Schutz ist Strategiethema.....	17
3. Know-how-Schutz ist Querschnittsthema.....	19
4. Know-how-Schutz ist Kostenthema	20
5. Know-how-Schutz ist HR-Thema	21
6. Checkliste: Was ist zu tun?	23
7. Zusammenfassung.....	24
Diskussion	25

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Know-how-Schutz im Arbeitsrecht* (München 2012), S. 15-24

1. Know-how ist Ressourcenthema

Wissen wird nicht nur für Gesellschaften, sondern auch für Unternehmen immer mehr zur entscheidenden Basis ihrer Tätigkeit. Auch Handelsgesellschaften nehmen an dieser Entwicklung teil und werden in diesem Sinn zunehmend zu *Knowledge Based Societies*¹. Ein konkretes Ergebnis dieses Trends ist die Entwicklung des Wertanteils von *Intellectual Assets* auch an klassischen Unternehmen. So hörte ich etwa von der Firma Daimler AG kürzlich, die *Intellectual Assets* des Unternehmens bildeten heute annähernd denselben Wert wie dessen *Hardware*, also Fertigungsanlagen, Lagerbestände, Liegenschaften etc.

Erkennbar wird das Phänomen auch daran, dass in Deutschland die Zahl der gering qualifiziert Beschäftigten immer weiter zurückgeht. Das zeigt die aktuelle Diskussion, in der zutreffend hervorgehoben wird, dass qualifizierte Spezialisten auf dem Arbeitsmarkt nicht mehr hinreichend verfügbar sind und dass dies künftig das Wachstumspotenzial der deutschen Wirtschaft entscheidend beschränken wird.

Auch in der Wirtschaft kommt es also immer mehr auf Wissen an; auf das Wissen, „wie man etwas macht“. Dieses Wissen, wie man etwas macht, also Know-how, wird immer mehr zum entscheidenden Asset. Dabei hat es viele Facetten: Es umfasst nicht nur Wichtiges, sondern auch Informationen von eher banaler Qualität. Etwa das Wissen, wen im Unternehmen man zu bestimmten Themen fragen kann und muss. Dass dieses Problem des Wissens um Kompetenzträger nicht völlig trivial ist, wird sehr leicht daran erkennbar, dass sich neue Mitarbeiter damit regelmäßig schwer tun. Know-how umfasst auch nicht nur technische Kenntnisse. Häufig geht es um nichttechnische Informationen, beispielsweise um Lieferanten oder Kunden oder um die dort jeweils durchsetzbaren Preise. Know-how im Wortsinn – zum rechtlichen Gehalt des Begriffs sogleich unten – ist auch keineswegs immer geheim. Gerade kritische Informationen sind dies häufig aber (natürlich) sehr wohl.

Auch rechtlich ist Know-how ein Ressourcenthema, denn in Deutschland und der EU meint Know-how als Rechtsbegriff ausschließlich geheime Information². Bedauerlicherweise lässt der Begriff „Know-how“ dies nicht

1 *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 2. Aufl. 2009, Vor §§ 17-19 Rn. 1, mit weiteren Nachweisen; differenzierend zum ebenfalls verbreiteten Begriff „Wissensgesellschaft“ *Ann*, in: Ann/Loschelder/Grosch (Hrsg.), Praxishandbuch Know-how-Schutz, 2010, Kap. 1 Rn. 1.

2 Vgl. etwa Art. 1 Verordnung (EG) Nr. 772/2004 vom 27.4. 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologie-

erkennen; anders als das insoweit treffendere und aussagekräftigere *trade secret* im Englischen. Rechtlich geschützt ist gleichwohl nur Information, die erstens nicht offenbart ist, die zweitens wirtschaftlichen Wert besitzt, der dieser Wert drittens aufgrund ihrer Nichtoffenkundigkeit zukommt und die viertens aktiv geheim gehalten wird. Dieser Schutz ist nach Art. 39 TRIPS von allen WTO-Signatarstaaten zu gewährleisten, was auch volkswirtschaftlich sinnvoll ist³.

Ungeachtet seiner im Recht des Geistigen Eigentums diskutierten dogmatischen Einordnung ist Geheimnisschutz häufig kosteneffizient und strategisch einsetzbar, namentlich weil Geheimnisschutz naturgemäß keine Offenlegung erfordert, wie etwa der Patentschutz⁴. Dass geheimes Know-how häufig einen Wettbewerbsvorteil bringt, zeigen eindrucksvoll die Beispiele der Coca Cola-Formel oder der Informationen, die der ehemalige Opel-Manager *Ignacio López* in den 1990er Jahren von Opel zu Volkswagen „mitbrachte“.

Tauglicher Gegenstand von Know-how-Schutz ist nur Information, die sich ihrer Natur nach geheim halten lässt. Geheimes Know-how ist dabei aufgrund seines Werts besonders gefährdet durch Ausforschung in Form sowohl von unbefugter Weitergabe (vorsätzlich) oder Offenbarung (fahrlässig) als auch durch Industriespionage – durch Wettbewerber (Konkurrenzspionage) oder auch durch Nachrichtendienste (Wirtschaftsspionage)⁵. Wichtig ist dabei stets, dass nie Institutionen über Wissen verfügen, sondern immer nur Menschen, dass Geheimnisträger also stets natürliche Personen sind. Darum ist Know-how-Schutz auch ein Thema für das Arbeitsrecht.

2. Know-how-Schutz ist Strategiethema

Wir alle wissen, dass die Globalisierung den Wettbewerb intensiviert und damit den Wettbewerbsdruck auf Unternehmen erhöht hat. Langfristig wird darum auch für deutsche Unternehmen die Differenzierung allein

transfervereinbarungen (GruppenfreistellungsVO Technologietransfer – GVO TT).

3 Vgl. *Peter*, in: Busche/Stoll (Hrsg.), TRIPs – Internationales und europäisches Recht des Geistigen Eigentums, 2007, Art. 39 Rn. 3 sowie *Ann/Kalbfus*, Geheimnisse sind schützenswert, FAZ vom 15.6. 2009, S. 12.

4 Zur Alternative zwischen Know-how-Schutz und Patentschutz sowie zu den Kriterien, nach denen die Entscheidung zwischen beiden Schutzregimes erfolgen sollte, *Ann*, Trade Secret Protection vs Patent Protection – Looking Out for Best Practice (not only) in Europe, Proceedings des 5th IFKAD 2010 – CD-ROM – ISBN 978-88-96687-02-4.

5 Zur Bedrohung, der Know-how ausgesetzt ist, *Ann*, in: *Ann/Loschelder/Grosch* (Fn. 1), Kap. 1 Rn. 27 ff.

über Qualität nicht mehr in dem Maß möglich sein wie häufig noch in der Vergangenheit. Stattdessen herrscht Kostendruck und für den Technologiestandort Deutschland damit ein Kostenproblem, denn Wettbewerbsfähigkeit wird künftig definiert werden durch Innovationskraft und Preis. Technologieschutz muss damit effektiver, also schlagkräftiger werden. Er muss darüber hinaus aber auch effizienter werden, das heißt effektiver Schutz muss zu einem vernünftigen Preis erreichbar sein. Die Praxis führt das zu der Frage, was vorzugswürdig ist: Technologieschutz durch Patent-erwerb oder Know-how-Schutz durch Geheimhaltung⁶? Weil Know-how, das heißt kritische Information, wie eingangs erwähnt, in jedem Unternehmen eine zentrale Ressource ist, gehört sein Schutz ins General Management. Die verfolgte Schutzstrategie hängt dabei am verfolgten Zweck. Geht es primär um den Schutz eigener Informationen oder Technologien? Geht es primär um die Störung von Wettbewerbern? Oder geht es primär vielleicht um die Positionierung des eigenen Unternehmens am Markt durch Ausweis der eigenen (Technologie-) Kompetenz? Geht es womöglich um die Sicherung der Unternehmensfinanzierung durch die Kommunikation mit Kapitalgebern?

Jede dieser Fragen ist relevant für die Strategieentscheidung, ob patentiert oder Know-how-Schutz angestrebt werden soll⁷. Ein Beispiel: Ein Technologieunternehmen, das sich an den Kapitalmärkten finanzieren muss, wird nicht umhin kommen, Informationen über die von ihm angebotenen und beherrschten Technologien möglichen Geldgebern zu offenbaren. Diese Notwendigkeit schließt eine konsistente Geheimhaltung aus und wird das Unternehmen dazu zwingen, Patentschutz anzustreben⁸. Ein anderes Beispiel für die Determinierung der Strategieentscheidung zwischen Patentschutz und Geheimnisschutz ist die Art der Technologie, die geschützt werden soll. Wie eingangs bereits ausgeführt, ist keineswegs jede Technologie geheimschutzfähig. Das zeigt beispielhaft ein Reißverschluss. Er mag schwer zu entwickeln sein, nachgebaut ist er sehr einfach. Know-how-schutzfähig sind darum nur Technologien, die nicht auf einfache Weise durch *Reverse Engineering* nachvollzogen werden können.

Ein weiteres Problem, an dem die Entscheidung zwischen Patentschutz oder Geheimnisschutz hängt, ist die Verlässlichkeit der eigenen Mitarbeiter. Ist sie nicht gewährleistet, ist Know-how-Schutz keine Option. Umgekehrt dagegen kann Geheimnisschutz ein höchst sinnvolles Schutzregime

6 Zu den Stärken und Schwächen beider Schutzregimes Ann, Vom Patentschutz zum Technologieschutz – Braucht der deutsche Erfindungsschutz ein neues Konzept?, Festschrift von Meibom, 2010, S. 2 ff.

7 Ann, Trade Secret Protection (Fn. 4).

8 Zur Schutzrechtsfixierung von Kapitalgebern und dem daraus resultierenden Problem für optimalen Informationsschutz Ann, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 1), Kap. 1 Rn. 57 f.

sein, wenn ein Unternehmen sicherstellen kann, dass kritische Informationen nicht nach außen gelangen. Angesichts der jeweils weitreichenden Konsequenzen muss das General Management bestimmen, was wie geschützt werden soll. Dieser Prozess umfasst:

- Definition des für das betroffene Unternehmen entscheidenden Know-hows.
- Festlegung von dessen Trägern und der Kriterien, nach denen der Kreis dieser Personen erweitert oder reduziert werden kann.
- Definition, wovor geschützt werden soll, was Festlegungen impliziert, aus welcher Richtung Angriffe auf wichtige Informationen zu befürchten sind.

Dass die eigenen Mitarbeiter in diesem Kontext eine oder gar die entscheidende Rolle spielen, bedarf keiner Ausführung, sondern liegt auf der Hand.

3. Know-how-Schutz ist Querschnittsthema

Die Frage, wer macht was, zeigt die Qualität von Know-how-Schutz als Querschnittsthema. Arbeitsrechtliche Fragen, also den Einsatz von Verschwiegenheitsklauseln oder von Wettbewerbsverboten, erledigt typischerweise die Personalabteilung. Darüber, welche Schutzregimes zum Technologieschutz eingesetzt werden sollen, entscheidet typischerweise die Patentabteilung. Um den Know-how-Schutz in Lizenzverträgen, in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren oder im Vergabewesen kümmert sich die Rechtsabteilung, und den Objektschutz regelt der Werkschutz. Die Sicherheit der internen Kommunikationssysteme ist typischerweise Sache der IT-Sicherheit.

Diese Auflistung zeigt, dass es definitionsgemäß zu kurz greifen muss, den gesamten Know-how-Schutz zu einem Thema der IT-Sicherheit zu erklären. Warum jedoch genau dies in zahlreichen Unternehmen geschieht und welche Fehlsteuerungen daraus folgen, wird später noch herauszuarbeiten sein.

Weil Know-how-Schutz erstens ein interdisziplinäres Problem darstellt und weil er zweitens nur präventiv möglich ist, erfordert er in konzeptioneller Hinsicht zweierlei. Erstens muss *vernetzt* vorgegangen werden, müssen Rechts- und Patentabteilung also gemeinsam Lizenzverträge bearbeiten und müssen Personal- und Patentabteilung gemeinsam die Zuverlässigkeit der Beschäftigten im Auge haben, die mit Unternehmensgeheimnissen umgehen. Zweitens erfordert Know-how-Schutz *proaktives* Denken und Handeln.

Was damit gemeint ist, zeigen folgende Beispiele: Im Arbeitsrecht wird ein Arbeitnehmer nur bis zum Vertragsschluss bereit sein, ohne weiteres Verschwiegenheitsvereinbarungen oder Wettbewerbsverbote zu akzeptieren. Hat sich der Arbeitnehmer erst einmal entschieden, das Unternehmen zu verlassen, wird er insoweit sicher nicht mehr kooperieren. Dasselbe zeigt das Beispiel des Werkschutzes. Sinnvoller Objektschutz besteht nicht im Fassen des Einbrechers, sondern in der Verhinderung des Einbruchs. Oder auf den Know-how-Schutz gewendet: Kümmern muss sich ein Unternehmen weniger um Erfolg im Schadensersatzprozess wegen Geheimnisverrats als vielmehr darum, dass der Verrat unterbleibt, dass kritisches Know-how also gar nicht erst nach außen dringt. Denn ist das einmal passiert, führt für den Geist der offenkundig gewordenen Erkenntnis kein Weg mehr zurück in die Flasche der Geheimhaltung. Erkenntnisprozesse sind nicht reversibel!

Nochmals: Für effizienten Schutz kritischer Informationen, also des wichtigen Unternehmens-Know-hows, muss das General Management bestimmen, *was, wie, wovon* geschützt werden soll. Eigene Mitarbeiter spielen für jede dieser Fragen eine zentrale Rolle. Dazu gleich noch unter 5.

Kostenaspekte, das berühmte „*stay within budget*“, spielen zwar auch im Know-how-Schutz eine Rolle. Zur Gewährleistung eines sinnvollen Know-how-Schutzes wichtiger ist aber eine Know-how-Schutzstrategie, die diesen Namen verdient⁹. Darum muss es in erster Linie gehen!

4. Know-how-Schutz ist Kostenthema

Dass die Erlangung schon eines gewissen Maßes an Patentschutz erhebliche Kosten verursacht, ist nicht neu¹⁰. Freilich ist auch Know-how-Schutz nicht kostenfrei¹¹. Trotzdem werden sich diese Aufwendungen lohnen, wenn:

- es um „Kronjuwelen“ geht, deren Verlust das Unternehmen nicht überleben würde,

9 Ann, Strategien zur Piraterieabwehr für den Mittelstand (KME-Forschungsbericht), 2011, S. 6; Corporate Trust (Hrsg.), Industriespionage 2012 – Aktuelle Risiken für die deutsche Wirtschaft durch Cyberwar, 2012 (abzurufen unter www.corporate-trust.de/index.php/presse-n-medien/studien), S. 32 f.

10 Vgl. Ann, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 1), Kap. 1 Rn. 51 ff.

11 Zur Entwicklung der Aufwendungen für Know-how-Schutz Sicherheitsforum Baden-Württemberg (Hrsg.), SiFo-Studie 2009/10 – Know-how-Schutz in Baden-Württemberg, 2010 (abzurufen unter www.sicherheitsforum-bw.de/index.php?option=com_content&view=article&id=54&Itemid=82), S. 64 ff.

- wenn keine Alternative besteht, weil Patentschutz nicht greifbar ist, etwa weil Informationen mangels Technizität nicht patentschutzfähig wären,
- oder wenn Maßnahmen ohnehin nötig wären, zum Beispiel Werk-schutz oder IT-Sicherheit.

Dabei ändert selbstredend keiner der vorgenannten Gesichtspunkte etwas an der Notwendigkeit, dass auch für Know-how-Schutz ein effektives *Controlling* stattfinden muss. Insofern besteht kein Unterschied zum Schutz-rechtsmanagement.

5. Know-how-Schutz ist HR-Thema

Besonders in Klein- und Mittelbetrieben überwiegt der Glaube, die größten Gefahren für eigenes Know-how drohen von außen. Kümmern und bemühen, so wird gefolgert, müsse man sich darum primär um effektiven Schutz gegen Täter von außen. Diese Einschätzung verfehlt die Realität in ebenso grotesker wie beängstigender Weise, denn alle vorliegenden Studien¹² zeigen das Gegenteil. Rund 70 % aller Täter von Know-how-Verletzungen sind danach Innentäter. Nicht etwa Personen oder Organisationen, die von außen tätig werden, sondern eigene Arbeitnehmer sind darum das größte Risiko für Unternehmensgeheimnisse. Manche dieser Täter handeln aus Dummheit, andere aus Absicht, und meist liegt einer der folgenden Gründe vor:

An erster Stelle für ungewollte Know-how-Verluste steht fehlende Sensibilität. Mitarbeiter, die mit kritischem Know-how täglich umgehen, verlieren mit der Zeit das Bewusstsein für die Fallhöhe der eigenen Kompetenz. Deutlich wird dies in der Frage, was denn schon besonders an Informationen sein könne, mit denen man täglich Kontakt hat und umgeht. Ein anderer Aspekt fehlender Sensibilität ist die zunehmende Selbstentblößung der Menschen in sozialen Netzwerken. Der Sicherheitsaspekt dieses Themas wird in Unternehmen erst allmählich realisiert. Verkannt wird vielfach noch, welche Ansatzpunkte für soziale Manipulation (*Social Engineering*) das Einstellen umfangreicher Informationen über das eigene Privatleben in soziale Netzwerke bietet. Sicherheitsexperten thematisieren diesen Sachverhalt immer wieder, aber nur wenige Unternehmen haben bis heute Regelungen implementiert, wie sich Mitarbeiter in sozialen Netzwerken mit Bezug auf Informationen zu verhalten haben, die betriebliche

¹² PWC und MLU Halle (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität 2009 – Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009 (abzurufen unter <http://www.pwc-wikri2009.de/>), S. 36; Sicherheitsforum Baden-Württemberg (Fn. 11), S. 64 ff.; Corporate Trust (Fn. 9), S. 27.

Relevanz aufweisen¹³. In Deutschland könnte eine Ursache für diese Zurückhaltung im Arbeitnehmerdatenschutz liegen, der Unternehmen nur sehr zurückhaltend agieren lässt, wenn es um privates Verhalten ihrer Mitarbeiter geht. Dabei liegen die Risiken auf der Hand. So ist beispielsweise ohne weiteres vorstellbar, dass Mitarbeiter, deren Befassung mit interessanten Informationen auf einer Tagung erkennbar geworden ist, über Informationen angesprochen werden, die dieselben Mitarbeiter in soziale Netzwerke eingestellt haben. So können sich Dritte als entfernte oder mittelbare Bekannte präsentieren und eine persönliche Beziehung zu diesen Mitarbeitern aufbauen, die später zu Informationserlangung genutzt werden kann.

Ein weiterer Grund für ungewollte Know-how-Abflüsse ist die steigende Mitarbeiterfluktuation in Unternehmen. Um sich für andere Arbeitgeber interessant zu machen, liegt es für wechselwillige Mitarbeiter nahe, Informationen von einem Arbeitgeber zum nächsten mitzunehmen oder potenziellen künftigen Arbeitgebern als „*added value*“ für den Fall eines Wechsels sogar aktiv „mitzubringen“. Namentlich für leitende Angestellte ist dies kein unbedeutendes Thema¹⁴.

Viertes wesentliches Thema ist die Entwicklung der Mitarbeiterloyalität. Hier wird Unternehmen zunehmend empfohlen, sogenannte Loyalitätsindizes zu erstellen, also gezielt die Mitarbeiterzufriedenheit im eigenen Unternehmen zu erheben¹⁵. Bislang erheben wenige Arbeitgeber systematisch Daten zur Mitarbeiterzufriedenheit und verkennen dabei, dass Mitarbeiterzufriedenheit (auch) ein zentrales Know-how-Schutzthema darstellt. Dies ist schwer nachvollziehbar, denn dass unzufriedene Mitarbeiter eines der Hauptrisiken für kritische Information im Unternehmen darstellen, liegt einigermaßen offen zutage. Nur zufriedene Mitarbeiter sind auch zuverlässige Mitarbeiter. Dies zeigen Berichte von Sicherheitsbehörden und innerbetrieblichen Sicherheitsabteilungen, die mit Innentätern konfrontiert sind. Typische Innentäter sind seit knapp zehn Jahren beim Unternehmen, männlich und mittleren Alters¹⁶. Für den betrieblichen Know-how-Schutz folgt daraus Verschiedenes:

Erstens ist Know-how-Schutz nicht nur eine Frage der IT-Sicherheit, sondern geht es dabei letztlich um ein sinnvolles und konsistentes Management sämtlicher kritischer Unternehmensinformationen. Konzeptioneller Ausgangspunkt ist darum die Kernfrage, welche Informationen für das eigene Unternehmen wirklich wichtig sind. Daraus folgt, was kommuni-

13 Corporate Trust (Fn. 9), S. 38 ff.; Sicherheitsforum Baden-Württemberg (Fn. 11), S. 63.

14 Sicherheitsforum Baden-Württemberg (Fn. 11), S. 67 f.

15 Corporate Trust (Fn. 9), S. 40.

16 Sicherheitsforum Baden-Württemberg (Fn. 11), S. 66 f.

ziert werden muss und was keinesfalls kommuniziert werden darf. Beides muss identifiziert werden und erfordert handhabbare Regeln.

Zweiter Schritt muss die Festlegung sein, welche Mitarbeiter Zugang zu welchen Informationen erhalten. Gängige Maxime in sicherheitsrelevanten Bereichen ist, dass Informationen nur nach dem Prinzip „*need to know*“ zugänglich gemacht werden. Jeder Mitarbeiter erfährt also nur, was er für seine Arbeit wirklich benötigt. Diese Zugänglichmachung und Weitergabe von Information steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Unternehmenskommunikation, dass jeder Mitarbeiter möglichst umfassend über das Unternehmen informiert sein soll, und muss daher dosiert eingesetzt werden. Außer Acht bleiben darf es dennoch nicht.

Entschieden werden muss auch, welcher Schutz für wichtige Informationen implementiert wird. Hier gibt es verschiedene Möglichkeiten: Mitarbeiterschulungen, Gestaltung von Arbeitsverträgen, Ausrichtung des Werkschutzes, Aufstellung der IT-Sicherheit. *In summa* ist Know-how-Schutz stets auch eine Frage des Bewusstseins und klarer Regeln. Mitarbeiter müssen für die Relevanz der Informationen sensibilisiert werden, mit denen sie umgehen – von diesem Problem der Fallhöhe war oben bereits die Rede. Definiert werden muss auch der Zugang, den Mitarbeiter zu Informationen erhalten. Die wichtigsten der klaren Regeln, die sinnvoller Know-how-Schutz erfordert, gehören in die Arbeitsverträge der Mitarbeiter. Die Bedeutung von Know-how muss klargestellt und Geheimenschutzabreden müssen getroffen werden. Klar geregelt werden muss auch das Verhalten in sozialen Netzwerken. Sinnvoll sein wird meist auch eine *Clean Desk Policy* sowie die Zulässigkeit und der Umgang mit mitgebrachter IT sowie Speichermedien, zunehmend geläufig als BYOD¹⁷.

Know-how-Schutz ist drittens auch eine Frage der Mitarbeiterloyalität. Denn nochmals: Mitarbeiterzufriedenheit ist Teil eines strategischen Know-how-Schutzes und gehört damit ins Unternehmensleitbild. Größtes Risiko für Unternehmensgeheimnisse sind Mitarbeiter, die innerlich gekündigt haben.

6. Checkliste: Was ist zu tun?

Zur Optimierung des Know-how-Schutzes muss zunächst bestimmt werden, welches Know-how für das Unternehmen essenziell ist, das heißt *was* geschützt werden muss. Dieser Definitionsprozess ist in den meisten Unternehmen der deutschen Wirtschaft und besonders in KMU bislang nicht geleistet worden, obwohl die Definition der Kenntnisse, die für das Unternehmen wichtig sind und die in ihrem Verlust das Unternehmen in

17 BYOD = Bring Your Own Device.

eine kritische Situation bringen könnten, Kernstück jedes sinnvollen Know-how-Schutzes ist.

Nächste Aufgabe ist die Ermittlung von Sicherheitslücken. Hier ist zu fragen, woher mögliche Angriffe kommen könnten. Oder anders gesagt: Wo würde ich angreifen, um an die immateriellen „Kronjuwelen“ meines Unternehmens zu kommen?

Drittens müssen Regeln geschaffen und muss die Einhaltung dieser Regeln durchgesetzt werden. Hier lautet die Frage, was Mitarbeiter und Betriebsfremde im Unternehmen künftig tun oder lassen sollen.

Die vierte Frage gilt dem Aufwand, der betrieben werden soll, also der Frage, welches Budget für welchen Schutz bereitgestellt wird.

Jede der vier Fragen gewährleistet für sich noch keinen umfassenden Know-how-Schutz. Gleichwohl bieten diese Fragen einen guten Einstieg, um die Voraussetzungen für sinnvollen Know-how-Schutz zu schaffen.

7. Zusammenfassung

Know-how ist gefährdet, denn es gibt:

- viele potenzielle *Täter* – eigene (frustrierte) Leute, Kunden, Wettbewerber, Nachrichtendienste,
- viele potenzielle *Zugänge*: Kunden, (IT-) Dienstleister, Besucher, Mitarbeiter, Werkstudenten, Diplomanden,
- viele potenzielle *Mittel*: „Abschöpfung“ eigener Leute, technische Aufklärung (Hacking, Lauschangriff), klassischer Einbruchsdiebstahl.

Und manches soll ja auch kommuniziert werden.

Erforderlich ist darum ein strategisches Schutzkonzept. Und das ist eine klassische Aufgabe für das General Management.

Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Herr Ann, Sie haben richtig gesagt, Know-how-Schutz ist ein Personalthema, aber Sie haben natürlich in erster Linie die klassischen Arbeitnehmer in den Blick genommen. Jetzt gibt es aber in einem Unternehmen ganz viel Personal: Fremdfirmenpersonal, Leiharbeiter, die vielleicht von vornherein eine geringere Solidarität haben, weil ihr Einsatz begrenzt ist, Aushilfskräfte, Werkvertragsmitarbeiter. Das ist auch ein Problem. Für diese muss ich ganz andere Konzepte entwickeln als für die Mitarbeiter, die ich sowieso langjährig an mich binden möchte und bei denen ich natürlich Loyalität auch steuernd beeinflussen und motivieren kann.

Professor Dr. Christoph Ann, Technische Universität München:

Das stimmt. Im Grunde weisen Sie – ich weiß nicht, ob man es nicht Fehlwarnungen nennen kann – aber tatsächlich auf eine gewisse Verengung hin: Wenn Nichtarbeitsrechtler wie ich an Arbeitsrecht denken, dann denken sie an Arbeitnehmer – Arbeitgeber, aber haben nicht im Blick – wie das der geschulte Arbeitsrechtler natürlich hat – Leiharbeiter zum Beispiel oder andere Betriebsangehörige, die keine Arbeitnehmer sind, die es natürlich auch gibt. Sie sind zwar ein bisschen kursorisch aufgetaucht. Natürlich gibt es zum Beispiel Diplomanden und Besucher; diese sind keine Betriebsangehörigen, aber auch sie gehen natürlich im Betrieb aus und ein. Für die Leiharbeiter wird die Personalabteilung zuständig sein, aber für Lieferanten sicher nicht, für Besucher auch nicht, vermute ich einmal. Aber es ist richtig. Natürlich muss dieses Know-how-Schutzkonzept auch den Umgang mit Externen umfassen, die sich im Unternehmen bewegen. Ein beeindruckendes Beispiel ist: Ein Unternehmen bekommt ein Angebot von einer Reinigungsfirma, die sagt, sie wolle in den Markt hinein und sie würde bessere Preise machen als die Etablierten auf diesem Markt. Dann wurden sie auch beauftragt und man war mit der Arbeit sehr zufrieden, aber es kamen manchmal Sachen und Informationen weg und das war eigenartig. Dann ist diese Reinigungsfirma irgendwann überprüft worden und es stellte sich heraus, es waren alles Diplomingenieure, die die Zeit vor Beginn der regulären Arbeitszeit, als sie sich im Unternehmen frei bewegen konnten, schnell ermitteln konnten, was ist interessant und was ist uninteressant. Natürlich braucht man auch dafür eine Idee, aber es beginnt immer mit dem Bewusstsein. Wenn man das Thema nicht auf dem Radar hat, wenn man sich nicht vorstellen kann – gesetzestreue Menschen wie ich könnten sich normalerweise so etwas

gar nicht vorstellen – aber das ist im Grunde keine dumme Geschichte. Speziell das mit den Reinigungskräften, das hätte ich mir wahrscheinlich schon vorstellen können, weil ich bei Siemens als Werksstudent in Erlangen immer schon gedacht habe, es ist Wahnsinn, sie kommen wirklich überall heran. Man muss als Reinigungskraft nur spät genug kommen, dann geht man durch leere Büros und es ist nicht so, dass alle Leute ihren Schreibtisch aufräumen, sondern die Schreibtische sind typischerweise nicht aufgeräumt. Das heißt, es liegen Sachen herum und man muss sie eigentlich nur noch durchschauen. Man kann es auch durchschauen und anfassen, denn man hat vielleicht eine leere Zigarettenschachtel gesehen, und die hat man als treu sorgende Reinigungskraft entfernen wollen. Dann muss man mal etwas blättern, man legt etwas zur Seite und schon ist man im Geschäft. Natürlich darf dieses Schutzkonzept nicht nur auf Arbeitnehmer beschränkt sein, sondern man muss im Grunde jeden, über den ein Know-how-Abfluss geschehen könnte – und das sind auch Besucher und Lieferanten, das sind auch Praktikanten –, im Blick haben.

Dr. Martin Brock, Loschelder Rechtsanwälte, Köln:

Die Frage kann man noch weiter ziehen. Es ist immer wieder erstaunlich, wenn man erfährt, dass enorm viele freie Mitarbeiter in Entwicklungsabteilungen tätig sind. Es scheint fast Standard in der deutschen Automobilindustrie zu sein, dass es dort ein Karussell von Entwicklungsingenieuren gibt, die zwischen verschiedenen Herstellern wechseln. Ob das nun möglicherweise gewollt ist als stille Form der technischen Kooperation oder ob die Unternehmen diese Form der Beschäftigung aus Personalkostensicht für richtig halten – aus Know-how-Schutz-Gesichtspunkten ist das sicherlich problematisch. In der Tat scheint mir teilweise in diesen Punkten erstaunlich wenig Sensibilität zu herrschen, gerade wenn man die ganzen Folgeprobleme von *Freelancern* in der Entwicklung sieht. Da fehlt es im Zweifel schon an der Anwendbarkeit des Arbeitnehmererfindungsgesetzes und Ähnlichem. Die Situation bedingt wirklich schwerwiegende Rechtsprobleme.

Volker Rieble:

Das war keine Frage, aber ein ergänzender Hinweis. Vielen Dank! Die nächste Frage hat *Richard Giesen*.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Zu dem ergänzenden Hinweis auch eine rechtliche Frage: Wir haben als Arbeitsrechtler dort auch ein Abgrenzungsproblem, wenn jemand etwas gelernt hat am Arbeitsplatz: Ich denke zum Beispiel an einen Chemieingenieur, der Gewürze in einem Unternehmen mischt. Er verlässt das Unternehmen und geht zur Konkurrenz und dort mischt er auch Gewürze. Er hat keine Listen und Rezepturen mitgenommen, sondern er hat sie im Kopf, genauso wie ein Koch, der von einem Restaurant ins andere wechselt. Wo grenzen Sie da ab zwischen dem Betriebsgeheimnis, das ja auch strafrechtlich geschützt ist, und demjenigen, was der Einzelne lernt. Als Arbeitsrechtler haben wir auch dessen berufliche Perspektive im Kopf und gemäß Art. 12 GG muss er sich entwickeln können. Wie sehen Sie berufliche Erfahrungen und Betriebsgeheimnis voneinander abgegrenzt?

Christoph Ann:

In Deutschland ist der Geheimnisschutz, der sich überall findet, eine Querschnittsmaterie. Als Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft darf man auch keine Geheimnisse nach außen tragen, aber das geht nach anderen Regeln. Aber die §§ 17, 18 UWG sind die Schlüsselnormen und dort ist es verboten, Dinge abzuspeichern zum Zweck, sie herauszutragen. Bei uns wäre es so: Wenn unser Chemieingenieur eine Nachtschicht am Schreibtisch macht und die Rezepte auswendig lernt, dann wäre dies eine Form von Abspeichern, die das Sichern von Geheimnissen wäre; dies wäre unzulässig. Wenn er einfach durch seine Arbeit ein ziemlich guter Rezepturenexperte geworden ist, dann sind es Kenntnisse, die er erworben hat und mitnehmen darf. Da kann der Arbeitgeber insofern etwas dagegen machen, als er Wettbewerbsverbote vereinbart.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Herr Ann, ich knüpfe an Ihre Schilderung der Reinigungstruppe aus Diplomingenieuren an, die mich stark an die ältere Version des Films „Wall Street“ erinnert hat, wo Ähnliches im Insiderbereich vorgekommen ist. Ich habe kürzlich in Hamburg eine Anwaltskanzlei mit 98 Berufsträgern besucht, also einen ziemlich großen Laden, und er hat mich auf die Idee gebracht, dass sich Problemlösungen verschieben. Nur bei den älteren Kollegen, die ich zum Teil noch als Referendar kennengelernt habe, könnte eine Reinigungstruppe etwas finden. Dort waren Aktenstapel bis zur Decke, alle möglichen Schriftstücke, Unterschriftenmappen im halben

Dutzend und Korrespondenz. Wenn ich mir dagegen die Zimmer der jüngeren *Associates* angeschaut habe, also meiner Doktoranden zum Beispiel, war es oft so, dass in dem Zimmer ein PC und eine Tastatur stand und vielleicht noch ein anderes elektronisches Gerät, aber sonst nichts. Für sie hat die Bibliothek im Grunde nur ornamentale Bedeutung, um sie den Mandanten zu zeigen; ansonsten machen sie alles am Bildschirm. Daran anknüpfend lautet meine Frage: Verschiebt sich nicht die Thematik, die Sie angesprochen haben, viel stärker auf den Know-how-Schutz im elektronischen Bereich und auf die elektronischen Schutzmechanismen?

Christoph Ann:

Klar! Im Grunde beschreiben sie den Mechanismus: Bibliothek noch zur Mandantenbesprechung, weil es schön aussieht und ansonsten IT und das bedeutet natürlich IT-Sicherheit. Ich habe immer daran herumgemäkelt, dass der Know-how-Schutz nur ein Thema für die IT-Sicherheit ist. Das bedeutet nicht, dass IT-Sicherheit kein Thema ist, sondern natürlich ist es super komfortabel und natürlich ist es auch super gefährlich, wenn man die Arbeit, die man sich als Putzfirma noch machen muss, vielleicht unter Zeitdruck erledigen muss, wenn man den Schreibtisch durchwühlt und wo man auch das Risiko hat, dass man etwas nicht findet, wenn man sich das vielleicht dadurch erleichtern kann, dass man den Festplatteninhalt insgesamt auf einen anderen Datenträger zieht und diesen dann woanders in Ruhe durchsuchen kann. Das ist natürlich eine Verschiebung – Herr Benne, sagen Sie etwas zur Anzahl von Angriffen auf IT-Systeme oder wollen Sie es jetzt gleich tun? Ich möchte nur nichts aus Ihrem Vortrag vorwegnehmen, aber wenn Sie sagen, dass Sie ...

Rainer Benne, CFS Consult, Oberstenfeld:

Ich kann auch jetzt etwas dazu sagen auf die Frage. Sie müssen sich vorstellen in der IT-Sicherheit – nehmen wir ein mittelständisches Unternehmen, vorhin hat das Thema KMU eine Rolle gespielt, mit durchschnittlich 10.000 bis 15.000 Mitarbeitern – wird im Monat, je nach der Affinität des Produkts auf die Leute, die es tun – ich sage einmal, wenn Sie ein richtig tolles Produkt haben, möglicherweise Automobil oder Textil – gehen Sie davon aus, dass Sie 200.000 bis 300.000 Mal im Monat angegriffen werden.

Christoph Ann:

300.000 Mal?

Rainer Benne:

Ja.

Christoph Ann:

Das zeigt ziemlich gut, dass die IT-Sicherheit ein kapitales Thema schon jetzt ist.

Volker Rieble:

Noch eine Zwischenbemerkung: Wir haben vorhin die HR-Komponente sehr auf den Arbeitnehmer als Person bezogen, den ich motivieren muss, den ich mit Geheimnisklauseln versehen muss, damit er still ist, den ich vielleicht auch sensibilisieren muss. Aber mir wird jetzt deutlich, dass die HR-Dimension des Themas auch etwas mit Arbeitsorganisation und Arbeitsabläufen zu tun hat, um Geheimnisse in kleinen Feldern zirkulieren zu lassen und auch einfach die Anfälligkeit zu mindern. Ob man dann deswegen unbedingt alle Mitarbeiter zur PC-Arbeit statt zur Papierarbeit verpflichten muss, ist vielleicht eine andere Frage, aber jedenfalls läuft das dann hinein, dass man Arbeitsorganisation gemischt sowohl aus Compliance- als auch aus Governance-Aspekten heraus betrachten muss. Da muss man am Ende vielleicht einen Personalwirtschaftler hinzuziehen, um da die Optimierungsdimension zu sehen.

Rainer Benne:

Sie schnitten gerade das Thema Corporate Governance/Compliance an: Ich hatte in der Unterstützung auch für Sie, Herr Dr. Ann, letzten Montag ein Gespräch mit einem Vorstandsvorsitzenden eines Unternehmens und dort ging es darum, dass Know-how-Schutz General Management-Aufgabe ist. Er sagte ganz provokativ: „Erklären Sie mir warum“. Ich hatte ihm gesagt: „In allerletzter Konsequenz“ – und wir kommen über das Thema Compliance – „haften Sie. Sie haben nach § 91 AktG in Verbindung mit dem KonTraG die Aufgabe, unter anderem Risikomanagementsysteme vorzuhalten. Sie haben eine Kapitalgesellschaft. Wenn Sie in die Kommentierung des AktG hineingehen, werden Sie sehen, dass das Risikomanagementsystem, das Vorhalten, eine typische Leitungsaufgabe eines Vorstands ist.“ Mittlerweile ist es auch so, dass die Aufsichtsräte über § 111 AktG – und viele gründen auch einen Prüfungsausschuss für solches – nämlich zweimal im Jahr, möglicherweise dreimal oder viermal im Jahr dabei den Prüfungsausschuss entweder zur Vorbereitung der Quartalsbe-

richte, der Halbjahresberichte aber auf jeden Fall für den Geschäftsbericht das Risikomanagementsystem, die interne Revision, das Compliance-Managementsystem und die Finanzberichterstattung abfragen müssen. Das wird testiert und das wird unterschrieben. Stellen Sie sich vor, dieses Unternehmen, für das ich tätig bin, hat relativ wenig Produkte und ist in der Neuentwicklung eines Produkts. Das kann ein Unternehmen bis zu einer Milliarde Euro kosten. Stellen Sie sich vor, Sie gehen über die Hannover-Messe und sehen Ihr Produkt, mit dem Sie nächstes Jahr herauskommen wollen. Deshalb bricht Ihnen der Gewinn weg. Plötzlich steht auf der Hauptversammlung ein Aktionärsvertreter auf und sagt: „Was haben Sie dagegen getan? Sie haben uns alle geschädigt.“ Auf einmal sagt Ihr Syndicus, der hinten im Beraterraum sitzt: „Der Mann hat Recht. Sie haben eine Vermögensbetreuungspflicht.“ Ich sage Ihnen eines: Dann steigt die Raumtemperatur. Sagen Sie allen, wenn Sie nach Hause gehen, Ihren Vorständen, Ihren Vorstandsvorsitzenden: Compliance, Corporate Governance, in allerletzter Konsequenz haften Sie.

Christoph Ann:

Ich wollte noch auf einen anderen Aspekt eingehen, nämlich auf die Frage der Arbeitsorganisation. Im Rahmen dieser Studie hatte ich einen Kontakt zu einem Mittelständler hier in München. Der macht es so, dass er sagt, in seinem Unternehmen gibt es keinen Mitarbeiter, der alles weiß, sondern er hat es so zugeschnitten, dass es *Divisions* gibt – die Firma ist nicht so groß, ungefähr 1.000 Mitarbeiter – und es wird dort nicht wild hin- und hergewechselt, dass einer den gesamten Überblick hat, sondern er versucht, indem man teilt und abgrenzt, dafür zu sorgen, dass, wenn jemand geht und wenn jemand das Unternehmen wechselt, dass dann nicht zu viel weg ist. Er sagt von sich, er sei der Einzige, der den echten Überblick hat.

Nun gut, ob es in dem Unternehmen funktioniert oder nicht, das sei einmal dahingestellt. Aber im Prinzip versucht er auf die Bedrohung seines Know-hows – es ist ein Automobilzulieferer – dadurch zu reagieren, dass er Zugriffsrechte einteilt. Letztlich versucht er das zu regeln durch eine Form von Arbeitsorganisation. Vom Prinzip her – wie man es im Einzelnen macht und ob das die optimale Variante ist, kann ich nicht einschätzen. Jedenfalls versucht er, darauf zu reagieren. Das ist im Grunde auch das, was Sie angesprochen hatten, Herr Rieble.

Volker Rieble:

Jetzt will ich einmal die Nichtreferenten und Nichtprofessoren ansprechen. Sie sind auch aufgefordert, Fragen zu stellen, sonst lasse ich beim Buffet den Fleischgang räumen.

Dr. Annette Mroß, Arbeitgeberverband Chemie Rheinland-Pfalz e.V., Ludwigshafen:

Die Drohung von Herrn *Rieble* nehme ich Ernst. Ich denke, wir wollen hier nicht alle hungrig herausgehen. Meine Frage ist eine ganz praktische: Selbst wenn ich mir als Management eine Know-how-Schutz-Strategie gegeben habe und mir klargemacht habe: das ist wichtig, das muss ich schützen. Jetzt folgendes Beispiel: Ein Ingenieur sitzt in der Entwicklung, konstruiert etwas Neues. Im Moment hängen alle Zeichnungen an der Wand, aber theoretisch müssten die Zeichnungen abgenommen werden, damit nicht jeder das sehen kann. Das wiederum bremst den täglichen Arbeitsfluss, und da frage ich mich: Selbst wenn das Bewusstsein da ist – jawohl das ist wichtig, wir müssen das machen – wie bekomme ich es auf der Arbeitsebene umgesetzt? Wie gesagt: Es kostet Zeit, es kostet Geld, das umzusetzen. Haben Sie eine Lösung, wie man das umsetzen kann?

Christoph Ann:

Wenn man sagt, das ist ein Kostenthema, dann ist das Teil dieser Kosten. Natürlich, wenn ich zum Beispiel Bereiche habe, in die Leute nicht hineinkommen. Idealerweise ist der Informationsfluss im Unternehmen völlig frei. Das wäre eigentlich das Ideale, dass jeder auf fast alles zugreifen kann und dass nicht jemand, weil er die entsprechenden Informationen nicht hat, nicht weiterkommt. Das verursacht natürlich Kosten. Andererseits dürfen Sachen natürlich auch nicht wegkommen und ich muss mir schon überlegen, wer muss was wissen? Das ist Teil dieses Kostencontrollings, wo man sich überlegen muss, wenn ich jetzt diesen besonderen Bereich einrichte – vielleicht für das Design, da lässt es sich vielleicht ganz gut machen, weil es letztlich egal ist, ob jemand weiß, wie die Karosserie aussieht, solange er sich mit dem Innenleben beschäftigt. Das ist Teil dessen, da muss man sich überlegen, wie man das löst. Und darum ist es eben auch kein Thema für Freitagnachmittag von 14.30 bis 15.30 Uhr und dann geht man ins Wochenende, wie es heute in der FAZ stand, in manchen Metallbetrieben. Das ist Teil dieses Controllings, dass man sich überlegt, was kostet was und das sind Kosten, wenn man den Informationsfluss behindert.

Dr. Axel Schack, Arbeitgeberverband Chemie und verwandte Industrien für das Land Hessen e.V., Wiesbaden:

Nicht, dass Sie uns auch noch das Bier streichen, gehe ich gleich jetzt in die Frage: Sie haben auf amerikanische Rechtsnormen Bezug genommen.

Haben wir denn erste Erfahrungen aus Amerika über Compliance-Systeme? Und die zweite Frage, das ist eben angeklungen: Sind im deutschen Rechtssystem nicht die Verpflichtungen, um solche Know-how-Schutz-Managementsysteme aufzubauen, inkorporiert? So habe ich den Gedanken verstanden. Sind wir nicht sowieso schon alle dazu verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Schreibtisch aufgeräumt ist? Bei uns sind das Tarifakten, die auf dem Tisch liegen, so dass die Putzfrau das Tarifiergebnis dieses Jahres mit nach Hause nehmen könnte. Das sind meine Fragen.

Christoph Ann:

Das wäre sicher etwas. Übrigens, die Akten, auf die Sie gerade Bezug nehmen, wären sicher ein Objekt, an dem viele interessiert wären. Nicht, wo dort rote Linien sind. Es gibt keine Verpflichtung, dass man Know-how schützt. Herr *Benne* hatte das auch in den Zusammenhang gestellt, dass es um Risikomanagement geht. Dass Know-how wekommt, ist Teil des *Riskmanagements* des Unternehmens. Insofern gibt es mittelbar eine Verpflichtung dafür zu sorgen, dass mit Know-how sorgsam umgegangen wird, aber es gibt keine gesetzliche Verpflichtung. Ich wüsste auch nicht, wie diese aussehen könnte. Der Hauptunterschied zwischen Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika ist, dass es dort *Trade Secrets Acts* gibt. Diese sind bundesstaatliches Recht und fast alle Bundesstaaten haben sie eingeführt – nicht alle, vier wohl nicht, aber alle wesentlichen haben diese *Trade Secrets Acts* eingeführt. Das amerikanische System hat Vor- und Nachteile. Wenn man es einmal am Fall mit GM und *López* festmacht: GM war begeistert, dass es in Deutschland Strafrecht ist, §§ 17, 18 UWG ist Nebenstrafrecht, das heißt, darum kümmert sich die Staatsanwaltschaft, da muss man einen Strafantrag stellen und dann kümmert sich die Staatsanwaltschaft darum. Das bedeutet, der Geschädigte trägt keine Kosten, während man in den USA zivilrechtlich hätte vorgehen müssen und da hätte GM gegen Volkswagen eine *Pre-Trial Discovery* erst einmal durchführen müssen, die natürlich ausgesprochen teuer geworden wäre. Herr *Bornkamm* vom 1. BGH-Zivilsenat hat mir erzählt, der *General Counsel* von GM, mit dem er zu tun hatte, habe sich super lobend über die deutsche Justiz geäußert, dass es so preiswert für GM gewesen wäre, weil die Staatsanwaltschaft Darmstadt alles sauber ausermittelt hätte und es ist wohl auch so gewesen. Das beantwortet nicht ganz Ihre Fragen, wie die Erfahrungen in den USA sind, aber nach allem, was man hört – jetzt hört man aus den USA tendenziell immer, dass es super läuft – funktioniert es dort gut. Wäre für uns auch die Frage, ob wir möglicherweise etwas ändern wollen. Ich habe kürzlich einen Doktoranden – das ist auch als Buch verfügbar – das einmal anschauen lassen, ob die Verortung des deutschen Know-how-Schutzes im Strafrecht wirklich Sinn macht. Ob man das nicht eher ins Zivilrecht holen sollte. Er hat auch einmal einen Gesetzgebungs-

vorschlag erarbeitet. Das BMJ hat diesen; was sie daraus machen, wird man sehen, da darf man sich nicht zu viel *Impact* erhoffen, aber vom Prinzip her wäre das vielleicht eine Maßnahme. Das könnte man sich auch auf europäischer Ebene vorstellen.

Volker Rieble:

Dazu werden wir heute Nachmittag noch hören, dass eine Verzivilrechtlichung des Geheimnisschutzes mit Blick auf Personal eine Verarbeitungsrechtlichung bedeutet und dass dann vielleicht manche wieder arg froh sind, wenn es einen Straftatbestand gibt. Wie gesagt, das ist das Thema des heutigen Nachmittags.

Zu der Frage von Herrn *Schack* vielleicht noch eine Bemerkung: Abstrakt generell haben wir natürlich ganz viele Vorgaben. Das entscheidende Problem ist immer die Konkretisierung. Sie kennen das von Verkehrssicherungspflichten. Darf der Kioskbetreiber einem 10-Jährigen einen Knallkörper aushändigen, der ab sechs Jahren freigegeben ist? Oder muss er damit rechnen, dass das Kind durch Fehlgebrauch der „Tollen Biene“ – wie es in der BGH-Entscheidung hieß – in die Kleidung rutscht und fürchterliche Verbrennungen auslöst? Das kann ihm vorher kein Mensch sagen. Der BGH hat es im konkreten Fall verneint und wie das immer so ist bei der Entwicklung von konkreten Schutzpflichten, abstrakt-generell ist klar, alles, was wichtig ist, muss ich auch gut schützen. Aber erstens, was ist wichtig? Gibt es Verhältnismäßigkeitsabstufungen, wenn der Schutz von Mittelwichtigem viel kostet und Kollateralschäden anrichtet? Ist dann die Schutzpflicht gemindert, weil wirtschaftlich unsinnig? Wenn ich weiß, ich muss etwas schützen, ist immer noch die Frage aufgeworfen: Wie muss ich es schützen? Dieser Konkretisierungsprozess macht im Compliance-Bereich einen Hauptteil der Beratertätigkeit nicht nur von Juristen, sondern auch von Technikern aus. Das ist genau das, was wir als Problemsicht in die arbeitsrechtliche Umlaufbahn schießen wollen, dass aus diesem Know-how-Schutz-Auftrag, den wir bislang zu wenig wahrnehmen, personalwirtschaftliche und arbeitsrechtliche Konkretisierungslasten folgen, weswegen derjenige, der die Augen zumacht, ganz bestimmt haftet, wenn etwas schief geht. Denn nichts zu tun ist nie das Richtige. Das ist dann wieder gut für die Rechtsanwälte, die daraus ein Risikoenthaftungsberatungsgeschäft ableiten können. Die Unternehmen müssen sich natürlich nicht nur ängstlich fragen: Was tue ich, damit mein Vorstandsvorsitzender nicht haftet, sondern nur die Compliance-Beauftragte? Sie müssen zum Schutz ihrer vitalen Unternehmensinteressen wirklich selber aktiv – wie Sie das auch gesagt haben – vorgehen und müssen diese Konkretisierungslast schultern. Das können sie aber nicht, wenn der Know-how-Schutz in unterschiedlichen Teil-Puzzleteilen organisiert ist, in unter-

schiedlichen Abteilungen und Stellen des Unternehmens nebeneinander vor sich hin gewurschelt wird. Das funktioniert einfach nicht. Der Integrationsaspekt *General Management*-Aufgabe mit zentraler Steuerungs- und Führungsverantwortung führt dieses vitale Thema Know-how-Schutz bei technologieführenden Unternehmen zusammen. Da muss noch etwas passieren. Die konzeptionelle Entwicklung steckt noch in den Anfängen – wie müssen die Teilsysteme ineinandergreifen, welche rechtlichen, betriebswirtschaftlichen Verbindungen gibt es, wie müssen Informationssysteme im Unternehmen verbunden sein, damit ich Know-how-Schutz richtig machen kann, wie muss ich Arbeitsorganisation optimieren, wie muss ich Schwachstellen identifizieren, klassisches Compliance-Thema, Schwachstellen finden – aber das mit Blick auf Know-how-Schutz plus HR plus Arbeitsrecht das macht noch keiner. Deswegen sind wir heute hier.

Peter Mayer, Präsident des LAG München a.D., Kolbermoor:

Ich hole einen Moment aus: Nach dem Krieg war ganz Berlin zunächst russisch für ein paar Monate. Siemensstadt lag dann später im britischen Sektor. Als mein Vater – er war Leiter des Zentrallaboratoriums (ZL) – im Mai 1945 zurückkam, haben die Russen verlangt, alles auszuliefern an Patenten und Konstruktionszeichnungen usw. Und er hat Folgendes gemacht, wie er immer erzählte: Er hat sämtliche Nummern vertauscht. Es gibt Generalzeichnungen mit Nummern und dann gibt es Detailzeichnungen mit Nummern und er sagte, das hätte er alles durcheinander gebracht in der sicheren Hoffnung, das ihm nichts passiert, weil demnächst Siemensstadt englisch ist. Er war der festen Überzeugung, dass die Russen damit nichts anfangen konnten.

Die Frage: Ist es nicht auch eine Möglichkeit, sehr viel zu verschlüsseln? Vielleicht kann man auch Zeichnungen nach einem gewissen System verfremden? Ich weiß nicht, ob so etwas heute noch gemacht wird.

Christoph Ann:

Doch, das wird manchmal schon gemacht. Was es immer einmal wieder gibt sind Fehler, die in Zeichnungen eingebaut werden, dass man schauen kann, wenn die Zeichnung gestohlen ist, ist der Fehler in der Regel mit gestohlen. Er sitzt an einer Stelle, wo er nicht schadet, aber wenn es selbst entwickelt worden wäre ist es unwahrscheinlich, dass der absichtlich generierte Fehler an der Stelle säße. Das gibt es durchaus als Imprint, dass als Herkunftskennzeichen ein bestimmter Fehler an einer bestimmten Stelle sitzt. Er muss sich natürlich irgendwie auch funktionell äußern, aber jedenfalls: Das wird tatsächlich gemacht. Jetzt sind wir schon richtig drin im Geheimnisschutz, was zum Beispiel die Bundeswehr macht und

was meiner Ansicht nach auch System hatte war, dass, wenn man sehr viele Informationen einstuft, dann ist es so, dass jemand, der sich eine eingestufte Information verschafft, noch nicht automatisch etwas Wichtiges hat, sondern da erst auch noch einmal das Wichtige herausfischen muss. Das ist natürlich auch ein Kostenthema, denn eine Verschlussachen-Registratur kostet natürlich auch Geld. Ich war bei der Bundeswehr in der Fernmelde-Aufklärung und wir hatten so etwas. Da waren zwei Stabsfeldwebel, die sich eigentlich nur darum gekümmert haben und irgendwelche Sachen gegen Unterschrift herausgaben und dann musste man diese wieder abliefern. Im Grunde ist das ein Bürokratiemonster. Das ging natürlich auch, weil es damals tatsächlich nur die Hardware war. Man hätte es kopieren können, aber einen Kopierer gab es nicht, das Gebäude war abgeschlossen, es gab eine Einlasskontrolle, wo man einen Ausweis hingab, den anderen dafür bekam. Das war alles relativ aufwendig gemacht. Es war natürlich Kalter Krieg und war Militär und da war es damals kein Thema. Das ist für ein Unternehmen sicher nicht mehr handhabbar, schon gar nicht heute, wo man eine solche Unterlage auch einfach problemlos digitalisieren und dann beliebig vervielfältigen kann. Da hat sich auch beim Geheimnisschutz sehr vieles geändert. Wahrscheinlich könnte man heute auch viel eher als früher vertauschte Zeichnungen sanieren. Das war damals möglicherweise ein sehr probates Mittel, das Problem zu lösen, wobei das in dem Fall – jedenfalls aus russischer Sicht – eher Sabotage gewesen wäre. So war es ja auch gedacht; es sollte verhindert werden, dass sie damit etwas anstellen können.

Volker Rieble:

Ich danke Herrn Ann für einen tollen Vortrag und eine schöne Diskussion. Und wir sehen uns nach der Pause wieder.

Spionage, Sicherheit und Compliance in der Praxis

Rainer Benne

	Seite
1. Einleitung.....	38
2. Begriffsdefinition der Wirtschaftskriminalität	39
a) Begriffsabgrenzung Wirtschaftskriminalität/Fraud.....	40
b) Wirtschaftskriminalität in kriminalphänomenologi- scher Betrachtung.....	41
c) Wirtschaftskriminalität in kriminalätiologischer Be- trachtung	43
d) Viktimologischer Ansatz – warum wird das Unterneh- men Opfer?	44
e) Täterstrukturen	45
3. Erklärungsansätze für (Wirtschafts-) Kriminalität	50
a) Generelle Aussagen zu Erklärungsansätzen.....	50
b) Theorie der differenziellen Kontakte.....	51
c) Homo oeconomicus.....	51
d) Techniken der Neutralisierung	53
e) Zwischenfazit	54
4. Handlungsempfehlungen für ein Präventionsmanagement.....	55
a) Ausgangspunkt für ein Präventionsmanagement.....	55
b) Elemente eines Präventionsmanagements	56
aa) Unternehmensinterne Programme	56
bb) Kontrollen	56
c) Der Integrationsansatz	58
d) Leadership im Sinne einer Compliance-Kultur	61
e) Kommunikation.....	63
f) Schulung	64
5. Fazit	65
Diskussion	67

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Know-how-Schutz im Arbeitsrecht* (München 2012), S. 37-66

1. Einleitung

Auch wenn sich die ZAAR-Veranstaltung explizit der Spionage gewidmet hat, ist es aus Sicht des Verfassers erforderlich, im Sinne einer funktionierenden Prävention für die Unternehmen das Thema weiter zu fassen. Es muss darum gehen, sich nicht nur gegen den Abfluss von Informationen, sondern generell gegen Kriminalität im oder gegen das Unternehmen, worunter eindeutig auch die Spionage zu subsumieren ist, aufzustellen. Jeder andere Ansatz wäre zu kurz gegriffen.

Die „deutsche und weltweite Studie zur Wirtschaftskriminalität in und gegen Unternehmen“ hat unter anderem ergeben, dass Unternehmen, die sich in einer dynamischen Phase der Expansion oder Umstrukturierung befinden, häufiger Opfer von Wirtschaftskriminalität werden¹. Folgt man dieser Studie, ist diese Form der Kriminalität ein für die Unternehmen, die sich in einem solchen dynamischen Umfeld befinden, bestehendes Risikofeld.

Unter der Voraussetzung, dass jeder Fraud-Fall westeuropäische Unternehmen durchschnittlich 900 Mio. € kosten kann², wird deutlich, welche Bedeutung diesem Kriminalitätsphänomen aus Sicht des Sicherheits- beziehungsweise Compliance-Managements des Unternehmens beizumessen ist.

Das Verständnis der Unternehmensführung von Sicherheit beziehungsweise Compliance sollte in der Sichtweise des Verfassers unter anderem in der Konzeption eines Präventionsmanagements bestehen, dessen nachhaltige Wirkung dazu führt, Compliance-relevante Sachverhalte auf ein Minimum zu reduzieren.

Für die Erfüllung dieser Anforderung ist es notwendig, einen Einblick in die Täterstrukturen und die Rahmenbedingungen begangener Taten zu bekommen.

Dabei geht es um die Gewinnung von Erkenntnissen, welcher Tätertyp welche Tat und aus welcher Motivation heraus begeht. Ebenso spielen dabei die Umstände zum Zeitpunkt der Tat sowie die persönliche Haltung des Täters zu seiner Tat eine Rolle, denn wirksame Prävention setzt das Verständnis des Phänomens Wirtschaftskriminalität voraus³.

1 Vgl. *Bussmann*, Der Faktor „Mensch“ im Unternehmen: Zur Wirkung von Wirtschaftsethik und Kontrollen, *FORUM Wirtschaftsethik* 15 (2007), 12, 16.

2 Vgl. *KPMG*, Who is the typical fraudster? KPMG Analysis Of Global Patterns Of Fraud, KPMG International, 2011, S. 9.

3 Vgl. *Hlavica/Hülsberg/Klapproth* (Hrsg.), Tax Fraud und Forensic Accounting: Umgang mit Wirtschaftskriminalität, 2011, S. 96.

2. Begriffsdefinition der Wirtschaftskriminalität

Der Begriff der Wirtschaftskriminalität war nach *Karliczek*⁴ seit den 1950er Jahren immer wieder ein Diskussionsgegenstand der Kriminologie. Nach wie vor existiert kein einheitlicher Wortgebrauch.

Auf der kriminologisch-soziologischen Ebene wird heute überwiegend zwischen *Occupational Crime* (Kriminalität, die aus dem Kontext der beruflichen Tätigkeit verübt wird und einem individuellen Vorteil dient [häufig Managerkriminalität]) sowie *Corporate Crime* (Unternehmenskriminalität) unterschieden. Beiden gemeinsam ist der Bezug zu einem Unternehmenskontext⁵.

Im Hinblick auf die Tatsache, dass es keine einheitliche Definition des Begriffs „Wirtschaftskriminalität“ zu geben scheint, wird der Argumentation von *Peemöller/Hofmann*⁶ gefolgt, die Wirtschaftskriminalität als ein interdisziplinäres Phänomen sehen und damit ihre Haltung begründen, dass eine abschließende und zugleich allgemeingültige Definition im Grunde nicht möglich sei.

Das Bundeslagebild zur Wirtschaftskriminalität des Jahres 2009 des BKA weist in der Rubrik „Vorbemerkungen“ folgenden Beitrag aus:

„In Deutschland existiert zur Beschreibung der Wirtschaftskriminalität keine Legaldefinition. Die Polizei bedient sich daher bei der Zuordnung von Straftaten zur Wirtschaftskriminalität des Katalogs aus § 74c Abs. 1 Nr. 1 bis 6b des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG).“⁷

In diesem Katalog sind folgende Phänomenbereiche aufgeführt⁸:

- Wirtschaftskriminalität bei Betrug
- Insolvenzstraftaten
- Anlage- und Finanzierungsdelikte
- Wettbewerbsdelikte
- Wirtschaftskriminalität im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen
- Betrug und Untreue im Zusammenhang mit Kapitalanlagen

4 Vgl. *Karliczek*, Strukturelle Bedingungen von Wirtschaftskriminalität: Eine empirische Untersuchung am Beispiel der Privatisierungen ausgewählter Betriebe der ehemaligen DDR, 2007, S. 18.

5 Vgl. *Karliczek* (Fn. 5), S. 187.

6 Vgl. *Peemöller/Hofmann*, Bilanzskandale: Delikte und Gegenmaßnahmen, 2005, S. 20.

7 Vgl. *Bundeskriminalamt*, Lagebericht, abzurufen unter http://www.bka.de/lageberichte/wi/wikri_2009.pdf, S. 2.

8 Vgl. *Bundeskriminalamt* (Fn. 7), S. 5.

Vielfältig findet im Zusammenhang mit Kriminalität im beziehungsweise gegen Unternehmen jedoch auch der englische Begriff „*Fraud*“ Verwendung, was die Notwendigkeit begründet, diesen Begriff dem der Wirtschaftskriminalität gegenüberzustellen und gegebenenfalls von dieser abzugrenzen.

a) Begriffsabgrenzung Wirtschaftskriminalität/*Fraud*

Nach *Boecker*⁹ ist eine Legaldefinition für *Fraud* weder in der deutschen noch in der englischen Gesetzgebung enthalten. Direkt aus dem Englischen übersetzt steht *Fraud* für das deutsche Wort „Betrug“. Diese Übersetzung greife indes zu kurz – so *Boecker* – da das englische Wort *Fraud* allgemeiner sei, als die Verwendung des in § 263 StGB legaldefinierten Begriffs „Betrug“ suggeriere. Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) subsumiert in seinem Prüfungsstandard 210 unter dem Oberbegriff „Unregelmäßigkeiten“ falsche Angaben in der Rechnungslegung respektive keine falschen Angaben in der Rechnungslegung, woraus deutlich werde, dass die letztere Kategorie die sonstigen Gesetzesverstöße umfasse. *Boecker* führt dazu aus, dass diese Unregelmäßigkeiten in Unrichtigkeiten (zum Beispiel Schreib- oder Rechenfehler in der Buchführung) und Verstöße untergliedert werden. Verstöße, die wie Unrichtigkeiten zu falschen Angaben in der Rechnungslegung führten, würden in der englischen Terminologie als *Fraud* bezeichnet.

Die zweite Form von *Fraud*, die parallel zu den oben genannten Fällen von Manipulation in der Rechnungslegung existiert, umfasst nach *Boecker* Vermögensschädigungen sowie Gesetzesverstöße, welche die Grundlage für Vermögensschädigungen bilden, worin eine weitere Ausdehnung des Begriffs *Fraud* über Betrugshandlungen hinaus besteht¹⁰.

In dieselbe Richtung argumentiert *Lück*¹¹, der anführt, dass das Thema Wirtschaftskriminalität aktuell unter einer Vielzahl von Überschriften diskutiert werde. Teilweise synonym, teilweise mit unterschiedlichen Inhalten, würden Begriffe wie Betrug, *Fraud*, Korruption oder dolose Handlungen dafür verwendet werden. Insofern besteht nunmehr ein erstes Indiz, die Begriffe Wirtschaftskriminalität und *Fraud* inhaltlich gleichsetzen zu können.

9 Vgl. *Boecker*, Accounting Fraud aufdecken und vorbeugen: Formen der Kooperation von Unternehmensführung und -überwachung, 2010, S. 13.

10 Vgl. *Boecker* (Fn. 9), S. 15.

11 Vgl. *Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität und die Rolle der Internen Revision, in: *Lück* (Hrsg.), Anforderungen an die Interne Revision: Grundsätze, Methoden, Perspektiven, 2009, S. 339, 342.

Melcher¹² formuliert dazu, dass bei der Berichterstattung über Wirtschaftskriminalität keine einheitliche Terminologie verwendet wird. Indes würden die Begriffe so gewählt werden, dass der Nachrichtenempfänger die verwendeten Synonyme in den Kausalzusammenhang zur Wirtschaftskriminalität einordnen könne. Es würden aber auch Begriffe verwendet, die nur ausgewählte wirtschaftskriminelle Handlungen oder Kategorien wirtschaftskrimineller Handlungen umfassten, wie unter anderem Bilanzdelikte, *Corporate Crime*, dolose Handlungen, *Fraud*, Unregelmäßigkeiten, Unterschlagungen. Nicht nur die Medien und die Öffentlichkeit, sondern auch der Gesetzgeber und der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer sowie die Autoren zahlreicher Fachpublikationen würden unterschiedliche Begriffe für wirtschaftskriminelle Handlungen verwenden.

Als Fazit lässt sich daher festhalten, dass Wirtschaftskriminalität und *Fraud* inhaltlich gleich auszulegende Begrifflichkeiten darstellen.

b) Wirtschaftskriminalität in kriminalphänomenologischer Betrachtung

Die Kriminalphänomenologie stellt eine Teilwissenschaft der Kriminologie dar und befasst sich mit den Erscheinungsformen der Kriminalität. Dieser Teil der Kriminologie ist aus Sicht des Verfassers eine der wesentlichen Grundlagen für die Entwicklung eines Präventionsmanagements. Ohne einen tieferen Einblick in die Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität werden vorbeugende Maßnahmen nicht abzuleiten sein, da diese das Wissen voraussetzen, wem oder was vorgebeugt werden soll. Dies gilt insbesondere unter der Voraussetzung, dass sich die Wirtschaftskriminalität in ihren Erscheinungsformen rasant entwickelt.

Ursächlich dafür sind nach Janke¹³ neben den hohen Gewinnpotenzialen die mannigfaltigen Möglichkeiten, Taten zu verschleiern und als Täter weitgehend anonym beziehungsweise von fern zu agieren. Dies erschwert die Strafverfolgung und minimiert damit Täterrisiken. So kommen zum Beispiel viele altbekannte Betrugshandlungen im neuen Gewand daher, denn die zunehmend weltweite Vernetzung von EDV-Systemen eröffnet neue Begehungsweisen der Computerkriminalität. Für Täter ist dies nicht zuletzt deshalb attraktiv, weil sie international handeln können und dabei oft nationalen Strafverfolgungsbehörden gegenüberstehen, die nicht immer den aktuellen Entwicklungen der Straftaten gewachsen sind.

Im Rahmen der Konzeption und Etablierung eines Präventionsmanagements ist in die Überlegung einzubeziehen, dass Wirtschaftskriminalität

12 Vgl. Melcher, Aufdeckung wirtschaftskrimineller Handlungen durch den Abschlussprüfer, 2009, S. 3.

13 Vgl. Janke, Kompendium Wirtschaftskriminalität, 2008, S. 203.

Unternehmen in mehrfacher Hinsicht treffen kann. Unternehmen können entweder durch interne oder externe Täter zum Opfer werden oder als Täter selbst von Straftaten gegen andere ökonomisch profitieren¹⁴. Die beiden Facetten dieses Deliktsbereichs erfordern unterschiedliche Präventionsmaßnahmen.

Im Rahmen der Darstellung der Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität wird im weiteren Verlauf dieses Beitrags daher dem Ansatz von *Becker/Holzmann/Ulrich*¹⁵ gefolgt, die wirtschaftskriminellen Handlungen grundsätzlich in den Kategorien „*Fraud against the Company*“ und „*Corporate Misconduct*“ analysieren. Diese beiden Kategorien subsumieren die Autoren unter dem Oberbegriff „*Non-Compliance*“. Die Autoren führen dazu aus, dass Delikte wie Vermögensschädigungen, die dem Unternehmen direkt Schaden zufügen und vornehmlich von Einzeltätern begangen werden, unter der Kategorie „*Fraud against the Company*“ zu erfassen seien. Delikte wie Korruption, Kartellrechtsverstöße oder Manipulation der Rechnungslegung, durch die das Unternehmen einen direkten Nutzen ziehe und deren Begehung in der Regel nur im Kollektiv möglich sei, würden als „*Corporate Misconduct*“ bezeichnet.

Daraus wird deutlich, dass die große Herausforderung für die zu leistende Präventionsarbeit der Bereich des „*Corporate Misconduct*“ darstellt. Die Zielrichtung und damit die Motivation für Taten in diesem Deliktsumfeld bestehen im Nutzen für das Unternehmen. Hinter dieser Art von Straftaten steht zwangsläufig eine unternehmerische Entscheidung auf Managementebene. Ferner ist zu beachten, dass diese Fälle oft weitere Delikte der „allgemeinen“ Kriminalität, wie Urkundenfälschung, Untreue und verschiedenes mehr implizieren. Sie treten mit brisanten gesellschaftlichen Verwerfungen in einem kompliziert organisierten ökonomischen System mit zum Teil internationaler Vernetzung auf, die in die konzeptionelle Ausgestaltung eines Präventionsmanagements ebenfalls einzubeziehen sind¹⁶.

*Grüninger*¹⁷ liefert einen wertvollen Hinweis für Präventionsmaßnahmen im Hinblick auf die genannten *Fraud*-Kategorien, denn die vorgenommene Unterscheidung sei seiner Ansicht nach notwendig, da Präventions-

14 Vgl. *Kirchler/Pitters*, Kontraproduktives Verhalten durch Schädigung öffentlicher Güter, in: Moser (Hrsg.), *Wirtschaftspsychologie*, 2007, S. 357, 366.

15 Vgl. *Becker/Holzmann/Ulrich*, Non-Compliance in Organisationen: Wie lässt sich wirtschaftskriminelles Handeln vermeiden?, ZCG 2011, 5.

16 Vgl. *Müller*, Persönlichkeitsprofile von Wirtschaftsstraftätern, 2010, S. 16.

17 Vgl. *Grüninger*, Werteorientiertes Compliance Management System, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger (Hrsg.), *Handbuch Compliance-Management: Konzeptionelle Grundlagen, praktische Erfolgsfaktoren, globale Herausforderungen*, 2010, S. 43.

maßnahmen für die beiden genannten Phänomene verschieden ansetzen müssten. Während „*Fraud against the Company*“ überwiegend mit Kontrollmechanismen begegnet werden könne, seien die Risiken des „*Corporate Misconduct*“ vornehmlich durch die Formulierung und Etablierung von Unternehmenswerten, Regeln und Compliance-kompatiblen Anreizsystemen zu mildern¹⁸.

c) Wirtschaftskriminalität in kriminalätiologischer Betrachtung

Die Kriminalätiologie befasst sich mit den Ursachen der Entstehung der Kriminalität und ist damit für ein Präventionsmanagement ein ebenso zu berücksichtigender Faktor wie die Kriminalphänomenologie. Gegenstand der Betrachtung dieses Teils der Kriminologie ist die Motivation des Täters, die ihn zu seiner Tat veranlasst. Daraus sollen geeignete Präventionsmaßnahmen für Unternehmen abgeleitet werden¹⁹.

Analog zum Feld der Kriminalphänomenologie wird die Unterteilung der Wirtschaftskriminalität in die Kategorien „*Fraud against the Company*“ und „*Corporate Misconduct*“ auch für die Betrachtung der kriminalätiologischen Faktoren dieses Deliktsumfelds beibehalten. Dieser Schritt erfolgt in Weiterführung der Ansicht *Grüningers*, die Präventionsarbeit in den genannten Kategorien in täterorientierter Betrachtungsweise verschieden ansetzen zu müssen²⁰. Im Fall des „*Fraud against the Company*“ können interne wie externe Täter agieren. Dagegen rekrutieren sich die Täter im Fall des „*Corporate Misconduct*“ aus dem Unternehmen und stellen ausschließlich interne Täter dar.

Unabhängig von anderen Faktoren, Deliktskategorie und dem Umstand, ob ein externer oder interner Täter agiert, sind die Entstehungszusammenhänge für Wirtschaftskriminalität nach *Siska*²¹ oft in typischen Tätermotiven wie unter anderem übersteigter Profitsucht, wirtschaftlicher Not, Geltungsdrang und Rachsucht begründet.

Diese Entstehungszusammenhänge begründen Kriminalität in erster Linie in den Fällen, in denen eine wie auch immer geartete Bereicherungsabsicht im Vordergrund steht. Diese muss im Fall des „*Corporate Misconduct*“ nicht zwingend gegeben sein. *Becker/Holzmann/Ulrich*²² beschreiben diesen Umstand als die Interessensymmetrie des „*Corporate Misconduct*“ und führen aus, dass diese dazu führe, dass Täter in dem Bewusst-

18 Vgl. *Grüninger*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger (Fn. 17), S. 44.

19 Vgl. dazu die Transferarbeit GRC F 4 des Verfassers, Kapitel 2.3, S. 6.

20 Vgl. Transferarbeit (Fn. 19), Kapitel 4.3, S. 69.

21 Vgl. *Siska*, Keine Chance für Verbrecher: Der Schutz Ihres Unternehmens vor kriminellen Gefahren, 1996, S. 15.

22 Vgl. *Becker/Holzmann/Ulrich*, ZCG 2011, 5, 9.

sein handeln würden, dem Unternehmen zu helfen. Dabei bestehe die Überzeugung, dass das Wohl des Unternehmens, des Einzelnen und gleichsam das der Gemeinschaft gesteigert werde. In dieser Hinsicht liegt ein altruistisch motivierter Tätertyp vor. Dieser agiert eher sekundär, aus der Absicht zur eigenen Bereicherung getrieben. Diese Tätermotivation wird man vorwiegend in Korruptionsfällen finden, in denen es darum geht, über Bestechung Aufträge zu generieren und dort, wo es um die bilanziell falsche Darstellung des Unternehmens geht.

Zusammenfassend betrachtet bestehen vielfältige Motivationen für interne wie externe Täter, Straftaten im oder gegen das Unternehmen zu begehen. Die Ursache, dass das Unternehmen Opfer einer Straftat wird, liegt in der häufigsten Ausprägung in der individuellen Nutzenerzielung der Täter. Dennoch sind insbesondere im Bereich der Korruptions- und Bilanzstraftaten altruistische Motivationen der Täter als Ursache für Wirtschaftskriminalität in die Überlegungen für ein Präventionsmanagement einzubeziehen.

d) Viktimologischer Ansatz – warum wird das Unternehmen Opfer?

Die Viktimologie erforscht die Beziehungen zwischen Straftätern und ihren Opfern, wobei Opfer Individuen, Organisationen, Gruppen, die Institutionen des Rechts, der Staat, die Gesellschaft, etc. sein können. Opfer einer Straftat wird man dadurch, dass eine Gefährdung, Schädigung oder Vernichtung eintritt²³.

Gerne werden Gründe vorgeschoben, wonach der Schutz vor Wirtschaftskriminalität zwar grundsätzlich ein ernst zu nehmendes Aufgabengebiet darstellt, aber eben doch nicht so wichtig ist, dass es unmittelbare Aktivitäten im Unternehmen rechtfertigen würde. Nicht selten kommt es dabei zu Aussagen wie „Wirtschaftskriminalität betrifft uns nicht“²⁴. Gleiches gilt in der Sichtweise gegenüber dem Phänomen der Spionage.

Es mag in dieser Denkhaltung begründet sein, dass gemäß *Amend* 76 % der großen, 46 % der mittleren und 36 % der kleinen Unternehmen schon einmal Opfer von wirtschaftskriminellen Handlungen wurden.²⁵

Die Viktimologie kennt unter anderem das naive aber auch das passive Opfer. Im Transfer dieser beiden Opfertypen auf die Denkweise in Unter-

23 Vgl. *Lamnek*, Theorien abweichenden Verhaltens II: Moderne Ansätze, 3. Aufl. 2008, S. 159.

24 Vgl. *Hofmann*, Handbuch Anti-Fraud-Management: Bilanzbetrug erkennen – vorbeugen – bekämpfen, 2008, S. 32.

25 Vgl. *Amend*, Prävention von Wirtschaftskriminalität in Unternehmen, 2008, S. 15.

nehmen hinsichtlich der Gefahr durch Wirtschaftskriminalität kann man – aus Tätersicht – bei den Unternehmen auch von idealen Opfern sprechen. Nach einer Darstellung von *Lamnek*²⁶ sind die idealen Opfer dadurch gekennzeichnet, dass ihnen scheinbar jegliche Schuld am Geschehen fehlt und sie daher eine besondere Kategorie des passiven Opfers darstellen.

Die Naivität, daran zu glauben, kein Opfer einer Straftat werden zu können, paart sich im Fall der so denkenden Unternehmensführung mit der Passivität, vorbeugende Maßnahmen gegen Kriminalität im oder gegen das Unternehmen zu treffen. Insofern besteht nach Auffassung des Verfassers ein kausaler Zusammenhang zwischen Naivität und Passivität, wobei die Passivität die logische Konsequenz der Naivität darstellt. *Murrmann*²⁷ spricht in solchen Fällen sogar von einem „passiven Suizid“, der durch das bloße „Nichtverhindern“ eines schadensträchtigen Verlaufs entstehe. Aus dieser von *Murrmann* als „Nichtverhinderns eines schadensträchtigen Verlaufs“ entstehenden Passivität entstehen die Gelegenheiten für den Täter, seine kriminelle Energie zu entfalten, denn „die Gelegenheit schafft den Täter“²⁸.

Solange Unternehmen diesen Schritt nicht gehen, werden sie Opfer von Straftaten bleiben. Das gilt für Straftaten im wie gegen das Unternehmen gleichermaßen. Dass eine solche Handlung der Sorgfaltspflicht der Leitungsorgane widerspricht und im Schadensfall Haftungsansprüche auslösen kann, scheint bei den Unternehmensorganen noch nicht vollständig präsent zu sein.

e) Täterstrukturen

Die größeren Beratungsgesellschaften bringen abwechselnd nahezu jährlich Studien zur Wirtschaftskriminalität heraus. Im Rahmen der Auswertung dieser Studien stößt man unter anderem bei PricewaterhouseCoopers (PwC) auf eine Dokumentation der Täterstrukturen dieses Deliktsphänomens. Inwieweit die Ergebnisse dieser Studien repräsentativ sind, bleibt bisher offen.

Folgt man *Schneider*²⁹, bestehen Lücken im Forschungsstand der Wirtschaftskriminologie. Nach der Auffassung von *Schneider* gibt es bislang

26 Vgl. *Lamnek* (Fn. 23), S. 238.

27 Vgl. *Murrmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 237.

28 Vgl. *Bussmann*, Kriminalprävention durch Business-Ethics: Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten, zfwu 2004, 35, 41.

29 Vgl. *Schneider*, H.: Der Wirtschaftsstraftäter in seinen sozialen Bezügen, in: Rölfs WP Partner AG (Hrsg.), Der Wirtschaftsstraftäter in seinen sozialen Be-

nur spärliche und sowohl für die Prognose und Intervention als auch für die Prävention von Wirtschaftsstraftaten auf Unternehmensebene kaum verwertbare empirische Erkenntnisse.

Wahrscheinlich liegt darin der Grund dafür, dass Kriminologen wie *Busmann* sich in ihren Aufsätzen auf Ergebnisse der Studien der Beratungsgesellschaften beziehen beziehungsweise sich an deren Erstellung beteiligen.

Busmann stellt die typischen Persönlichkeitsmerkmale von Wirtschaftsstraftätern wie folgt dar:

„Zum Kreis der Täter zählt mittlerweile durchaus das eigene Management. Nach Umfragen waren 64 % der Täter die eigenen Mitarbeiter beziehungsweise Manager (29 %, KPMG 1999).“

Zu diesem Klammerhinweis besteht eine Fußnote mit folgender Aussage:

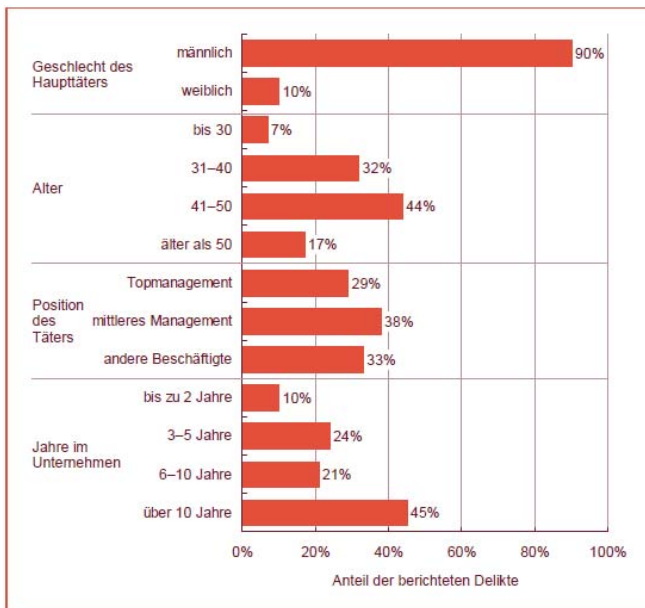
„Andere Studien gaben mit 53 % als häufigste Tätergruppe das eigene Management an, während die eigenen Mitarbeiter zu 30 % Wirtschaftsdelikte begingen (Ernst&Young, 2003:11).“³⁰

In Ihrer Studie zur Wirtschaftskriminalität 2009 dokumentiert PwC³¹ hinsichtlich des Täterprofils von Wirtschaftskriminellen folgenden Stand:

zügen: Aktuelle Forschungsergebnisse und Konsequenzen für die Unternehmenspraxis, 2009, S. 6.

30 Vgl. *Busmann*, FORUM Wirtschaftsethik 2007, 12, 40.

31 Vgl. *Nestler/Salvenmoser/Busmann*, in: PricewaterhouseCoopers und Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität 2009: Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009, S. 43.



Diese von PwC dargestellte Grafik der Täterprofile wird von *Bannenberg*³² (ohne sich darauf zu beziehen) unterstützt. *Bannenberg* folgend sind die typischen Täter der Wirtschaftskriminalität überwiegend männlich, über 40 Jahre alt, verheiratet, leben gemäß der Ausführungen in Urteilen „in geordneten Verhältnissen“ und haben überwiegend eine gute bis sehr gute Ausbildung. Darüber hinaus verfügen sie meist über gute Fachkenntnisse und haben bestimmte Einflussebenen als Unternehmer/Selbständige in Unternehmen oder Verwaltungspositionen erreicht, sind ehrgeizig und beruflich sehr engagiert. Sie sind selten vorbestraft. Nicht selten – so führt die Autorin weiter aus – würden Machtstellungen missbraucht, um die Regeln zu brechen. Teilweise sei eine ausgeprägte Doppelmoral zu registrieren, so dass die Täter gegenüber ihren Mitarbeitern als korrekte Kollegen und penible Vorgesetzte auftraten. In Wahrheit habe diese Fassade jedoch dem Rechtsbruch zum persönlichen Vorteil gedient.

Dieser Beitrag von *Bannenberg* ist 2001 erschienen. Die Studie von PwC weist acht Jahre später ein nahezu identisches Profil für Wirtschaftsstraftäter aus, das auch von *Müller*³³ bestätigt wird, der in seinem 2010 er-

32 Vgl. *Bannenberg*, Möglichkeiten der strafrechtlichen Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten und Korruption, in: Gutsche/Thiel (Hrsg.), Gesellschaft und Kriminalität im Wandel: Zur Funktionalität des Verbrechens, 2001, S. 113, 130 und 132.

33 Vgl. *Müller* (Fn. 16), S. 15.

schiene Buch „Persönlichkeitsprofile von Wirtschaftsstraftätern“ unter anderem folgende Tätermerkmale benennt:

- männlich,
- nicht vorbestraft, hat keine (bekannten) Schulden,
- besitzt Macht und Entscheidungsbefugnisse,
- ehrgeizig, investiert viel Zeit in den Beruf, besitzt Fachkompetenz,
- gilt als Aufsteiger, oft auf zweitem Bildungsweg,
- ist auch Vorstandsmitglied,
- seit 10-20 Jahren mit Korruptionsstrukturen vertraut,
- legt Wert auf hohen gesellschaftlichen Status und Lebensstandard,
- versteht sich nicht als kriminell handelnd,
- verfügt über ausgeprägte Rechtfertigungs- und Neutralisationstechniken.

Auffallend im Abgleich der von PwC, *Bannenberg* und *Müller* dargestellten Profile von Wirtschaftskriminellen sind die sich seit nunmehr neun Jahren nicht verändernden Kriterien. Dieser Umstand könnte die Ausführung von *Schneider*³⁴ bestätigen, wonach Lücken im Forschungsstand der Wirtschaftskriminologie bestehen. Es könnte aber ebenso gut darauf hindeuten, dass die empirische Datenlage eine hohe Konsistenz im Zeitverlauf aufweist.

Direkt im Anschluss an seine Dokumentation der Täterstrukturen führt *Müller*³⁵ aus, dass die Persönlichkeit von Wirtschaftsstraftätern gerade wegen der sozialen Unauffälligkeit und wegen der guten Vernetzung sowie der insgesamt hohen Komplexität des Wirtschaftssystems bisher zu wenig Aufmerksamkeit erhalten habe.

Daraus ergibt sich als Zwischenfazit die Tatsache, dass die zurzeit in der Literatur verfügbaren Erkenntnisse über die Täterstrukturen in der Wirtschaftskriminalität wenig verwertbare empirische Erkenntnisse bieten.

Dennoch besteht durchaus die Möglichkeit, sich abseits empirischer Erkenntnisse über Wirtschaftskriminelle Zugang zu Täterprofilen zu erschließen, welche die Konzeption und Umsetzung eines Präventionsmanagements unterstützen.

Unter der Prämisse, dass sich die Gelegenheit als tatbegünstigender Faktor herausstellt, bietet sich die Betrachtung an, welche Beziehung des Tä-

34 Vgl. *Schneider*, in: Röf's WP Partner AG (Fn. 29), S. 73.

35 Vgl. *Müller* (Fn. 16), S. 15.

ters zur Tatgelegenheit besteht, woraus sich wiederum ein Tätertypus ergibt, der zwischen „Gelegenheitssucher“ und „Gelegenheitsergreifer“ zu unterscheiden ist.

*Schneider/John*³⁶ untersuchten alle im Jahr 2007 verkündeten Urteile der drei Berliner Wirtschaftsstrafkammern. Nach Ausscheiden der Freisprüche und für die Untersuchung irrelevanten Verfahren standen 30 ausgefüllte Erhebungsbögen mit Informationen über 50 Wirtschaftsstraftäter für die Untersuchung zur Verfügung. Davon konnten 23 Täter (46 %) dem Typus des Gelegenheitsergreifers zugeordnet werden. Die gleiche Anzahl an Tätern war den Gelegenheitssuchern zuzuordnen.

Den Unterschied zwischen den beiden Tätertypen erläutern die Autoren wie folgt: Der *Gelegenheitsergreifer* ist aufgrund langer Betriebszugehörigkeit, beruflicher Stellung sowie seines Wissens in der Lage, Kontrolldefizite zu erkennen und zur Tat zu nutzen. Die Tatstrukturen des *Gelegenheitssuchers* sind durch erhebliche Zielstrebigkeit und längerfristige Planung (kriminelle Energie) gekennzeichnet.

Im Transfer der bisher erarbeiteten Erkenntnisse von Täterstrukturen auf die Unternehmen wird deutlich, dass die Konzeption eines ausschließlich auf den beispielsweise von *Bannenberg, Müller* oder PwC dokumentierten Täterprofilen aufbauenden Präventionsmanagements sehr wahrscheinlich misslingen würde.

Folgt man der Darstellung von PwC, bestimmt sich die Majorität der Zielgruppe eines Präventionsmanagements auf die 31 bis 50 Jahre alten und gebildeten männlichen Personen mit einer Unternehmenszugehörigkeit von sechs bis zehn Jahren.

Würde man sich in einem Unternehmen mit geringer Fluktuation dieser Zielgruppe als angenommene Tätermajorität widmen, würde man sehr schnell feststellen, dass deren Anteil an der Gesamtbelegschaft gering ausfällt. Dieser geringe Anteil könnte zu der Überlegung verleiten, dass darin für das Unternehmen keine Problematik liegt, die eines umfassenden Präventionsmanagements bedarf. In differenzierter Betrachtung des Personalbestands eines Unternehmens mit geringer Fluktuation wird man jedoch zu dem Ergebnis kommen, dass die Mehrzahl der 31- bis 50-jährigen Mitarbeiter im statistischen Durchschnitt länger als 15 Jahre im Unternehmen beschäftigt ist. Das Kriminalitätsrisiko nimmt mit steigender Unternehmenszugehörigkeit nicht ab, sondern sogar zu³⁷.

36 Vgl. *Schneider/John*, Der Wirtschaftsstraftäter in seinen sozialen Bezügen. Empirische Befunde und Konsequenzen für die Unternehmenspraxis, in: *Bannenberg/Jehle*, Wirtschaftskriminalität, 2010, S. 161 und 163.

37 Vgl. *Bussmann/Salvenmoser*, Internationale Studie zur Wirtschaftskriminalität, NSTZ 2006, 203.

Hinsichtlich des Einbezugs von Täterstrukturen in die Konzeption eines Präventionsmanagements kann als Fazit gezogen werden, sich nicht von durchschnittlichen Täterprofilen leiten zu lassen. Hilfreicher ist eine individuelle Betrachtung des Unternehmens und seiner gewachsenen Mitarbeiterstruktur.

Täter sind auf Gelegenheitsstrukturen ausgerichtet und typisieren sich darüber, in welcher Form sie diese Gelegenheit finden und ergreifen beziehungsweise konsequent suchen, um sie dann entsprechend zu ergreifen. Der zielführendere Ansatz für die Konzeption eines Präventionsmanagements ist daher weniger im Wissen um Täterstrukturen, sondern vielmehr durch die nachhaltige Reduzierung von Tatgelegenheiten gegeben.

*Laue*³⁸ bringt die Situation bezüglich der Analyse von Täterstrukturen auf den Punkt indem er ausführt, dass Wirtschaftsstraftaten von allen Personen begangen werden können, die irgendwie in die Wirtschaft integriert sind. Das sei die ganz überwiegende Mehrheit der Bevölkerung, denn dazu genüge bereits ein Arbeitsplatz.

3. Erklärungsansätze für (Wirtschafts-) Kriminalität

a) Generelle Aussagen zu Erklärungsansätzen

Wiederum unter der Prämisse, das bestmögliche Präventionsergebnis für das jeweilige Unternehmen zu erzielen und damit kriminelles Verhalten maximal zu reduzieren beziehungsweise im besten Fall zu eliminieren, ist der Handlungsbedarf gegeben, sich mit den Erklärungsansätzen zur (Wirtschafts-) Kriminalität auseinanderzusetzen. Über diese soll versucht werden, zu verdeutlichen, welche Entscheidungsansätze beim Täter vor beziehungsweise im Rahmen seiner Tat vorliegen, denn Bestandteil der Entscheidungsansätze von Tätern sind unter anderem die zum Zeitpunkt der Tat vorgefunden Strukturen im Unternehmen.

Nach *Karliczek*³⁹ ist die Frage nach den Entstehungszusammenhängen von Wirtschaftskriminalität immer auch eine Frage nach den Strukturen, in denen sich wirtschaftliches Handeln vollzieht. Strukturen fließen als gestaltendes Element in soziale Prozesse ein und haben damit einen direkten Einfluss auf die Art und Weise, in der Wirtschaftsakteure agieren und unter welchen Bedingungen strafrechtliche Grenzen überschritten werden. Das Wissen um diese Entscheidungsansätze könne daher direkt in Präventionsmaßnahmen umgesetzt werden.

38 Vgl. *Laue*, Evolution, Kultur und Kriminalität: Über den Beitrag der Evolutionstheorie zur Kriminologie, 2010, S. 296.

39 Vgl. *Karliczek* (Fn. 4), S. 12.

Diesen Punkt haben auch *Kampf/Lüdersen/Volk*⁴⁰ erkannt, indem sie ausführen, dass es in Bezug auf zunehmend relevanter werdende Maßnahmen der primären und sekundären Prävention, die vor allem auf die Verhinderung der Betriebskriminalität abzielen, einer kriminologischen Wirkungsforschung bedarf. Dem folgend werden im Anschluss an dieses Kapitel einige ausgewählte kriminologische Erklärungsansätze für die Entstehung von (Wirtschafts-) Kriminalität betrachtet.

b) Theorie der differenziellen Kontakte

Nach *Sutherland* lieferte die Theorie der differenziellen Kontakte zunächst einen Erklärungsansatz ausschließlich für Wirtschaftskriminalität:

„Wenn in bestimmten Branchen eine Kriminalitätsform einreißt, wie zum Beispiel mit der Korruption, verführt dies nicht nur aus wirtschaftlichem Druck zur Nachahmung, sondern auch über den Weg des Alltäglichen. Das Illegale verliert sein negatives Stigma, ja wird umgekehrt zu einem erfolgreichen Handeln hochstilisiert.“

Dieser zunächst ausschließlich die Wirtschaftskriminalität begründende Ansatz wurde später von *Sutherland* zu einer allgemeinen Kriminalitätstheorie erhoben⁴¹.

Im Folgenden werden aus einer Vielzahl der Theorien zwei weitere Ansätze für die Erklärung der Entstehung von Kriminalität herausgegriffen und dargestellt, die aus Sicht des Verfassers sehr gut geeignet sind, Entscheidungsansätze von Tätern zu verdeutlichen. Beide Ansätze stellen den Faktor Mensch in den Vordergrund und beschreiben seine Haltung sowie seine Überlegungen zur Tat.

Sie bilden daher die Grundlage kriminologischen Denkens als eine der wesentlichen Voraussetzungen für ein funktionierendes Präventionsmanagement.

c) Homo oeconomicus

Nach *Kudlich/Oglakcioglu*⁴² bildet der Ansatz des „*homo oeconomicus*“ einen speziellen Erklärungsansatz für Wirtschaftskriminalität. Dieser Ansatz geht von der These aus, dass der stets auf Profit ausgerichtete Mensch

40 Vgl. *Schneider*, Wirtschaftskriminalität, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminologie. Über die Erstarrung der deutschen Kriminologie zwischen atypischem Moralunternehmertum und Bedarfswissen, in: *Kempf/Lüderssen/Volk*, Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken, 2009, S. 78.

41 Vgl. *Ostendorf*, Der Apfel fällt nicht weit vom Stamm: kriminologische Wahrheiten in Sprichwörtern, 2000, S. 47 f.

42 Vgl. *Kudlich/Oglakcioglu*, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, S. 3.

der Neuzeit immer dann zum Straftäter wird, wenn der erwartete Nutzen aus der Straftat höher ist, als der Nutzen aus einer legalen Tätigkeit.

Die prägnanteste Eigenschaft des *homo oeconomicus* ist die eines Maximanden, was bedeutet, dass alles Handeln auf die Maximierung des individuellen Nutzens ausgerichtet ist. Zentraler Gedanke ist folglich, dass das Individuum stets sein Eigeninteresse verfolgt. Ziel ist es, die gesetzten Zwecke mit den verfügbaren Mitteln auf die bestmögliche Weise zu realisieren⁴³.

Beim *homo oeconomicus* ist der Grad der Verbindlichkeit einer bestimmten Rechtsnorm untrennbar mit der Existenz und der Höhe einer Sanktion verknüpft. Eine sanktionslose Vorschrift steht für diesen Typ des Straftäters im wahrsten Sinne des Wortes nur auf dem Papier. Er verhält sich aus seiner Sicht so, als sei die betreffende Vorschrift nicht existent. Ein Verstoß gegen sie kostet nichts. Der Prozess der Entscheidungsfindung für die aus der Sicht des *homo oeconomicus* nutzenmaximierende Handlungsalternative wird durch die Vorschrift nicht beeinflusst.

Dies verhält sich anders, wenn das Verbot mit einer Sanktion bewehrt wird. Diese Sanktion verteuert eine ursprünglich billige Handlungsalternative. Die Sanktion ist der Preis, den er gegebenenfalls für die Übertretung der Norm bezahlen muss. Er wird die jetzt verteuerte Aktivität tendenziell durch andere Aktivitäten ersetzen⁴⁴.

Mit dieser Erläuterung der Verhaltensweise des *homo oeconomicus* wird deutlich, welcher Ansatz der Prävention zu wählen ist, um diesem Tätertyp zu begegnen und in seinem Handeln einzuschränken. Für diesen Typ ist die Tat unattraktiv zu gestalten, was sich unter anderem durch ein erhöhtes Entdeckungsrisiko, das mit einer entsprechenden Sanktion verbunden ist, erreichen lässt.

Ebenso zeigt dieser Ansatz für die Entstehung von Kriminalität den Nutzwert der Kriminologie für ein Präventionsmanagement auf. Nicht zu beantworten vermag der Ansatz des *homo oeconomicus*, wieso Menschen *keine* Straftaten begehen, obschon sich die Gelegenheit bietet, die Entdeckungswahrscheinlichkeit gering und sich die zu befürchtende Sanktion moderat darstellt. Diese Fragestellung ist für die Prävention im Unternehmen jedoch von vergleichbarem Interesse und wird als Integrationsansatz im Verlauf dieses Beitrags beleuchtet.

43 Vgl. Donato, Whistleblowing: Handlungsempfehlungen für eine nutzenstiftende Umsetzung in deutschen börsennotierten Unternehmen, 2009, S. 88.

44 Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 34 f.

d) Techniken der Neutralisierung

Ursprünglich handelte es sich bei der Theorie zu Techniken der Neutralisierung um einen Erklärungsansatz, der 1957 von *Sykes* und *Matza* als Kritik am Subkulturkonzept aufgestellt wurde. *Sykes* und *Matza* wiesen die Behauptung zurück, wonach das wesentliche charakteristische Merkmal einer delinquenten Subkultur ein System von Werten sei, das auf der bloßen Umkehrung derjenigen Werte beruht, wie sie von den respektablen, gesetzestreuenden Teilen der Gesellschaft vertreten werden.

Im Kern basiert der von *Sykes* und *Matza* „*Theory of Delinquency*“ genannte Erklärungsansatz auf den fünf folgenden Techniken der Neutralisierung:

- Der Täter betrachtet sich für seine Tat als nicht verantwortlich (Ablehnung der Verantwortung).
- Der Täter betrachtet die Tat nicht als Unrecht (Verneinung des Unrechts).
- Das Opfer der Tat hat es nicht anders verdient (Ablehnung des Opfers).
- Den Personen, die den Täter negativ sanktionieren, werden negative Eigenschaften zugeschrieben (Verdammung der Verdammenden).
- Der Täter beruft sich auf Werte und Normen, die denjenigen Normen (zum Beispiel denen des Strafgesetzbuchs), die er durch seine Tat verletzt hat, aus seiner Sicht übergeordnet sind (Berufung auf höhere Instanz)⁴⁵.

Da die Theorie von *Sykes* und *Matza* davon ausgeht, dass die Täter konforme Normen und Gesetze internalisiert haben, die das von ihnen praktizierte kriminelle Verhalten verbieten, besteht die Funktion der beschriebenen Techniken darin, die Tat zu neutralisieren⁴⁶.

Die wichtigste Funktion der Neutralisierungstechniken liegt darin, dass sie interne und externe Sanktionen, das heißt Schuldgefühle und soziale Missbilligung verhindern oder minimieren und es dadurch ermöglichen, das eigene Selbstbild und die sozialen Beziehungen aufrechtzuerhalten. Eindeutig belegt ist nach Meinung des Autors, dass mit zunehmender

45 Vgl. *Dost*, Techniken der Neutralisierung: Eine explorative Analyse von Werten beim Handeln unter Risiko, 2007, S. 260.

46 Vgl. *Lüdemann/Ohlemacher*, Soziologie der Kriminalität: Theoretische und empirische Perspektiven, 2007, S. 63.

Schwere und Häufigkeit der Delikte auch die Neutralisierungen zunehmen⁴⁷.

Strategien der Neutralisierung spielen also offenkundig eine wichtige Rolle sowohl für die retrospektive Begründung als auch für die Ermöglichung von Straftaten⁴⁸. Die berufliche Erfahrung des Verfassers hat bisher gezeigt, dass die ersten drei genannten Neutralisierungstechniken die am häufigsten von Tätern angewendeten Techniken sind, um ihre Taten zu rechtfertigen. Vielfach werden dabei Begründungen wie „das macht doch jeder“ oder „die/der hat das nicht anders verdient“ genannt.

e) Zwischenfazit

Es ist der auf Nutzenmaximierung ausgerichtete „*homo oeconomicus*“, der kühl kalkuliert, ob der Nutzen aus seiner Tat größer als die mögliche Sanktion ist. Dabei ist er sich seines Verhaltens durchaus bewusst, setzt jedoch verschiedene Techniken ein, um seine Tat vor sich, dem Opfer und der Gesellschaft zu rechtfertigen.

Die dazu angewandten Techniken der Neutralisierung ermöglichen es den Tätern, das herrschende normative System anzuerkennen und gleichzeitig auch die Normverletzung annehmbar zu machen⁴⁹.

Vielleicht liegt darin die Aussage von *Bussmann* begründet, dass der typische Wirtschaftsstraftäter empirisch gesehen der „normale“ erfolgreiche Manager ist⁵⁰.

Nachgewiesenerweise sind es überwiegend die langjährigen und scheinbar korrekten Mitarbeiter, die das Gros der Wirtschaftskriminellen darstellen. Dieser Tätertyp begegnet in den von Kriminalität betroffenen Unternehmen der naiven Denkhaltung des Managements, nach der man nicht betroffen sei. Die daraus entstehende Passivität in der Vorbeugung schafft wiederum Gelegenheitsstrukturen, die Täter gerne ergreifen, und, sofern sie nicht offensichtlich vorhanden sind, gezielt suchen.

Ferner teilt sich die Wirtschaftskriminalität in die Bereiche der Straftaten in beziehungsweise gegen das Unternehmen sowie der Straftaten zum Nutzen des Unternehmens, die durch völlig unterschiedliche Tätermotivationen geprägt sind.

47 Vgl. *Weyers*, Moral und Delinquenz: Moralische Entwicklung und Sozialisation straffälliger Jugendlicher, 2004, S. 104.

48 Vgl. *Weyers* (Fn. 47), S. 104.

49 Vgl. *Dollinger/Raithel*, Einführung in Theorien abweichenden Verhaltens, 2006, S. 52.

50 Vgl. *Bussmann*, zfwu 2004, 35, 40.

4. Handlungsempfehlungen für ein Präventionsmanagement

a) Ausgangspunkt für ein Präventionsmanagement

Jeder Konzeption und Etablierung einer Compliance-Organisation geht die Identifizierung der für das Unternehmen bestehenden Risiken voraus⁵¹. Das Ergebnis dieses Prozesses gibt nicht nur Aufschluss über das Risikopotenzial des Geschäftsmodells des Unternehmens, sondern auch darüber, wo die notwendigen Handlungsfelder im vorbeugenden Umgang mit den identifizierten Unternehmensrisiken bestehen.

Aus diesem Risikopotenzial können die für Wirtschaftskriminalität zutreffenden Risiken selektiert werden und unmittelbar in ein Präventionsmanagement einfließen. Als Grundlage für die organisationsspezifische Ausgestaltung eines Präventionsmanagements sollte nach *Brombacher/Schwager*⁵² ein vorangehendes Fraud-Risiko-Assessment durchgeführt werden. Diese Vorgehensweise ermöglicht ein weitgehend effizientes System, da dadurch ein zielloser „Rundumschlag“ zur Bekämpfung der Kriminalität im und gegen Unternehmen vermieden wird. Im Rahmen eines solchen Assessments werden innerhalb der Organisation die bestehenden Einfallstore für Wirtschaftskriminalität identifiziert.

Allerdings hilft allein die Kenntnis der fraud-affinen Risiken des Unternehmens nicht weiter. Unter Rückblick auf die dargestellten Täterstrukturen muss es für ein erfolgreiches Präventionsmanagement in diesem Umfeld auch darum gehen, die tatbegünstigenden Schwachstellen im Unternehmen zu identifizieren. Die kriminelle Karriere vieler Mitarbeiter beginnt typischerweise mit der Entdeckung problemloser Realisierungsbedingungen für ihre Taten. Eine einfache Empfehlung zur Deliktprävention lautet daher, Gelegenheiten zu vermindern⁵³.

Wesentliche Ausgangspunkte für die Konzeption und Etablierung eines Präventionsmanagements liegen daher in der Identifizierung von Kriminalitätsrisiken und der diese Risiken begünstigenden Schwachstellen in Unternehmen.

51 Siehe Kapitel 3.1.1, S. 35 dieser Arbeit.

52 Vgl. *Brombacher/Schwager*, Anti-Fraud-Management-Systeme und Aufgaben der Internen Revision: Empfehlungen für die Wirksamkeit von Prävention, Aufdeckung und Aufarbeitung, Zeitschrift Risk, Fraud und Compliance (ZRFC), ESV, 05/2008, 222.

53 Vgl. *Odenthal*, Korruption und Mitarbeiterkriminalität: Wirtschaftskriminalität vorbeugen, erkennen und verhindern, 2. Aufl. 2009, S. 55.

Die Identifizierung dieser tatbegünstigenden Schwachstellen obliegt dabei nicht ausschließlich der Compliance-Organisation, sondern vielmehr im Rahmen von Prozessprüfungen der internen Revision.

Wenn auch explizit auf *Accounting-Fraud* bezogen sieht Boecker⁵⁴ diese Aufgabe ebenfalls bei der internen Revision. Nach Darstellung der Autorin ist es mit Blick auf *Accounting-Fraud* für jede Revision zwingend erforderlich, typische unternehmensspezifische Risikofaktoren zu identifizieren und diese regelmäßig zu überwachen. Indes ist anzumerken, dass dieser Grundsatz generell *fraud*-spezifisch gilt und nicht ausschließlich im Rahmen von *Accounting-Fraud*. Prozessprüfungen sind ureigenste Aufgaben der Revision. Unter diesem Aspekt bietet es sich an, die interne Revision frühzeitig in die Konzeption eines Präventionsmanagements einzubinden.

b) Elemente eines Präventionsmanagements

aa) Unternehmensinterne Programme

Die typischen Elemente dieser unternehmensinternen Programme, wie unter anderem der Verhaltenskodex, ein Compliance-Helpdesk sowie die Einrichtung einer Ombudsfunktion, sind hinlänglich in den Unternehmen bekannt und überwiegend als präventiver Bestandteil der Compliance-Organisationen etabliert.

bb) Kontrollen

Die effektive Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität kann ohne effektive Kontrollen nicht auskommen⁵⁵.

In diesem Sinne ergeben sich für die Konzeption von Präventionsmaßnahmen eine Reihe von Ansätzen, die einen überwiegend kontrollierenden Charakter aufweisen und sich unter anderem wie folgt darstellen können:

- Vier- bis Sechs-Augen-Prinzip
- Rotationsprinzip
- Verhandlungsprotokolle mit Mehrfach-Gegenzeichnung
- Debitoren-/Kreditorencheck zur Indiziensammlung
- Überprüfung auf „Unterfliegen des Radarschirms“ (Systemcheck)
- Interne Prüfungen ohne Ankündigung⁵⁶

⁵⁴ Vgl. Boecker (Fn. 9), S. 358.

⁵⁵ Vgl. Briegel, Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, 2009, S. 98.

Im Sinne der Durchführung dieserart Kontrollen argumentiert *Galley*⁵⁷, dass die weitaus gefährlichsten Täter für ein Unternehmen diejenigen seien, die jede Schwachstelle im Unternehmen ausnutzten, um einen Vorteil für sich oder andere zu erlangen. Ganz sicher sei diesen Tätern nicht mit Ethik-Leitlinien beizukommen, sondern nur mit Verboten, Kontrollen und Sanktionen. Diese Standards seien daher der erste Schritt zu einem umfassenden Compliance-System. Eine Reaktion sei nur dann möglich, wenn durch geeignete Kontrollen das unerwünschte Verhalten überhaupt erst erkannt werde.

*Kunz*⁵⁸ unterstützt diesen Beitrag von *Galley*, indem er zunächst zwischen Selbst- und Fremdkontrolle unterscheidet. Je geringer die Selbstkontrolle der Täter über ihr Verhalten sei, desto stärker müsse die äußere Kontrolle einsetzen, um letztendlich kriminelles Verhalten abzuwehren.

Eine wesentliche Rolle in diesem Zusammenhang spielt das Interne Kontrollsystem (IKS), das eine Vielzahl an Kontrollaktivitäten unter anderem im Sinne einer Kriminalitätsprävention in und gegen das Unternehmen beinhaltet. So beinhaltet das IKS zum Beispiel vorbeugende und aufdeckende Kontrollen, die sich wie folgt unterscheiden:

Präventive Kontrollen, egal, ob diese durch den Menschen oder ein System erfolgen, dienen zur Verhinderung von Fehlern oder Auslassungen und werden grundsätzlich für Prozesse eingerichtet, die ein hohes Risiko haben.

Nachträglich aufdeckende Kontrollen werden entweder durch den Menschen oder ein System durchgeführt und dienen zur rechtzeitigen Aufdeckung beziehungsweise Korrektur von Fehlern, Betrug oder Auslassungen, bevor sich diese in den Büchern niederschlagen⁵⁹. *Qua* Definition fällt diese Kontrollart nicht mehr unter ein Präventionsmanagement. Sie bietet jedoch nach erfolgter Auswertung die Möglichkeit, auf deren Ergebnissen Präventionsmaßnahmen aufzusetzen.

Nicht nur im Sinne einer funktionierenden Prävention, sondern auch gesetzlich ist die Durchführung von Kontrollen für Unternehmen unerlässlich.

56 Vgl. *Nimwegen*, Vermeidung und Aufdeckung von Fraud: Möglichkeiten der internen Corporate Governance-Elemente, 2009, S. 129.

57 Vgl. *Galley*, Täterverständnis und Wertemanagement: So gestalten Sie ein wirksames Fraud-Management-System, in: Röhrich (Hrsg.), Methoden der Korruptionsbekämpfung: Risiken erkennen - Schäden vermeiden, 2009, S. 112 f.

58 Vgl. *Kunz*, Kriminologie, 5. Aufl. 2008, S. 112.

59 Vgl. *Bungartz*, Handbuch Interne Kontrollsysteme: Steuerung und Überwachung von Unternehmen, 2010, S. 49.

*Greeve*⁶⁰ führt dazu aus, dass nur eine wirksam umgesetzte Kontrolldichte im Unternehmen verhindern kann, dass sowohl die Betriebsinhaber beziehungsweise die verantwortlich Handelnden als auch das Unternehmen selbst als juristische Person sanktioniert werden und erheblichen Regressansprüchen ausgesetzt sind.

Dementsprechend sind geeignete Kontrollprozesse im Unternehmen zu etablieren. Dennoch ist hinsichtlich geeigneter Präventionsinstrumente im Hinblick auf die beschriebenen *Fraud*-Kategorien zu differenzieren. Straftaten zum Nutzen des Unternehmens wird ausschließlich durch Kontrollen nicht vorzubeugen sein. Daher wird im Folgenden die Auseinandersetzung mit einem wertebasierten Präventionsansatz erfolgen.

c) Der Integrationsansatz

Compliance versteht sich als aktive Risikovorbeugung im Unternehmen. Neben vielen einzelnen organisatorischen Maßnahmen, die ein Compliance-Management voraussetzt, verlangt sie eine Compliance-Kultur, die im Unternehmen breit verankert ist und sowohl von der Geschäftsleitung als auch von der Belegschaft tatsächlich gelebt wird⁶¹.

Es mag dadurch bedingt sein, dass Wirtschaftskriminalität eines der Themenfelder ist, an dem die Notwendigkeit einer Unternehmensethik in der aktuellen Diskussion festgemacht wird⁶².

Empfohlen wird ein auf einer stark ausgeprägten Unternehmensethik basierender Integrationsansatz zur Gestaltung einer Compliance-Kultur. Dieser Integrationsansatz beruht im Wesentlichen darauf, die intrinsische Motivation der Mitarbeiter zu einer positiven Einstellung gegenüber den ethischen Grundsätzen des Unternehmens aufzubauen und zu erhalten.

Bei diesem Integrationsansatz steht in Anlehnung an *Hofmann* die Idee einer „*Self-Governance*“ im Vordergrund, die auf selbstbestimmten ethischen Prinzipien basiert. Das daraus entstehende Wertegerüst soll allen Unternehmensangehörigen im Sinne eines „*Moral Compass*“ eine Orientierung geben und ihnen eigenverantwortliches Handeln ermöglichen⁶³.

Der Integrationsansatz unterscheidet sich insofern vom Compliance-Ansatz, als dass dem Integritätsansatz ein umfassenderes Menschenbild

60 Vgl. *Greeve*, Korruptionsbekämpfung, in: Hauschka (Hrsg.), *Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2007, S. 503 Rn. 10.

61 Vgl. *Vetter*, Compliance in der Unternehmerpraxis, in: Wecker/van Laak (Hrsg.), *Compliance in der Unternehmerpraxis*, 2. Aufl. 2009, S. 41.

62 Vgl. *König/Breuer*, Neue Entwicklungen in der Unternehmensethik, *zfwu* 2004, 1, 3.

63 Vgl. *Hofmann* (Fn. 24), S. 408.

als dem Compliance-Ansatz zugrunde liegt. Es wird davon ausgegangen, dass die Mitarbeiter nicht bloß opportunistisch handeln, sondern dass sie moralisch, integer und lernfähig sind. Durch eine organisationsweite Sensibilisierung der Mitarbeiter im Sinne grundlegender Werterhaltungen und durch die Schaffung geeigneter organisatorischer und personeller Rahmenbedingungen soll eigenverantwortliches ethisches Handeln in der Unternehmung freigesetzt werden⁶⁴.

Dieser Ansatz setzt auf eine familiär ausgeprägte Compliance-Kultur. Diese familiäre Verbundenheit mit dem Unternehmen ist die beste Voraussetzung für die Etablierung einer präventiv ausgerichteten Compliance-Kultur. Mit dem Konzept, auf die Bindung der Mitarbeiter an das Unternehmen zu setzen, liegen diese nach Auffassung von Kunz⁶⁵, der die sogenannte Bindungstheorie wie folgt beschreibt, vollkommen richtig:

„Während ältere – als Halttheorien (containment theories) bezeichnete – Kontrolltheorien sich mit der Ausarbeitung erklärender Modelle der Immunisierung vor krimineller Gefährdung begnügten, stellen die neuen Bindungstheorien (social bond theories) Interaktionen, die nachhaltige, effektive Beziehungen stiften, in den Vordergrund.“

Die bekannteste Bindungstheorie ist bereits 1969 von *Hirschi* vorgestellt worden. *Hirschi* bestimmte die interne Selbstkontrolle eines Menschen als soziale Einbindung, deren Intensität die Wahrscheinlichkeit krimineller Betätigung verringert, in den folgenden vier Variablen⁶⁶:

1. Bindung an andere (*attachment*) im Sinne von emotionaler Bindung an konkrete Bezugspersonen und Sensitivität für deren Empfindungen.
2. Verpflichtungsgefühl gegenüber dem bisher Erreichten (*commitment to achievement*) als Vorhandensein eines legalen Besitzstands, der durch kriminelle Aktivitäten aufs Spiel gesetzt werden würde, und der bei der rationalen Entscheidung für kriminelles Verhalten als Kostenfaktor gegenüber dem möglichen kriminellen Nutzen abzuwägen ist.
3. Einbindung in konventionelle Aktivitäten (*involvement in conventional activities*) in Schule, Wehrdienst und Beruf – die für „dumme“ Gedanken und erst recht Taten – keine Zeit und Gelegenheit bietet.

64 Vgl. *Hillebrandt*, Ethikmanagement in der Roten Biotechnologie : Eine Analyse der Ethikmanagement-Maßnahmen der drei umsatzstärksten amerikanischen Unternehmen der Roten Biotechnologiebranche anhand von Fallstudien, 2008, S. 34.

65 Vgl. *Kunz* (Fn. 58), S. 111 f.

66 Vgl. *Kunz* (Fn. 58), S. 112.

4. Schließlich Verbindlichkeit an den Glauben moralischer Wertvorstellungen (*belief in moral validities of rules*) im Sinne von Billigung des konventionellen gesellschaftlichen Wertesystems.

Aus Sicht des Verfassers ist es gerade die durch eine emotionale Bindung der Mitarbeiter an das Unternehmen entwickelte familiäre Unternehmenskultur, die im höchsten Maße Prävention gegen jede Form von Fehlverhalten bewirkt. Wie in einer Familie schützt der Mensch das, was er liebt, woraus sich ein präventiv wirkendes Maß an sozialer Kontrolle entwickelt.

*Braithwaite*⁶⁷ unterstützt diese These nachhaltig. In dem Kapitel „*The family model*“ in seinem Buch „*Crime, Shame and Reintegration*“ schreibt er dazu wie folgt:

„Our theory predicts, that cultures in which the family model is applied to crime control both within and beyond the family will be cultures with low crime rate“.

Es ist exakt diese familiäre Haltung, die in der Belegschaft zu fördern ist. Mitarbeiter registrieren Fehlverhalten ihrer Kollegen und üben Sozialkontrolle aus, indem sie die Courage haben zu sagen: „Hallo, was Du da gerade tust, ist illegal“⁶⁸.

Die Bedeutung der Ausprägung einer „Compliance-Kultur“ unterstreicht der seit Kurzem eingeführte IDW Prüfungsstandard 980, der unter anderem mit dem Ziel konzipiert wurde, die Angemessenheit und Wirksamkeit von Compliance-Management-Systemen (CMS) zu prüfen. In diese Prüfung ist als Bestandteil der Grundelemente eines CMS auch das Bestehen einer „Compliance-Kultur“ integriert⁶⁹.

Compliance versteht sich in diesem Sinne als aktive Risikovorbeugung im Unternehmen. Neben vielen einzelnen organisatorischen Maßnahmen, die ein Compliance-Management voraussetzt, wird eine Compliance-Kultur verlangt, die im Unternehmen breit verankert ist und sowohl von der Geschäftsleitung als auch von der Belegschaft tatsächlich gelebt wird⁷⁰.

Compliance ohne Werteorientierung und ohne gelebte moralische Führungskultur wird nicht zu dem gewünschtem Erfolg führen. Der Haupt-

67 Vgl. *Braithwaite*, *Crime, shame and reintegration*, 1989, S. 57.

68 <http://www.faz.net/s/RubCF3AEB154CE64960822FA5429A182360/Doc~EDA767E50B0F84C4DA105950CE4672BF3~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

69 Vgl. *Hauptfachausschuss (HFA) des IDW*, Entwurf IDW Prüfungsstandard: Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW EPS 980), Stand: 11.3. 2010, S. 5.

70 Vgl. *Vetter*, in: *Wecker/van Laak* (Fn. 61), S. 41.

zweck, nämlich die Prävention von Fehlverhalten, wird mit normorientierter Compliance allein nicht erreicht⁷¹.

Dieser Integrationsansatz bedarf jedoch einer darauf abgestimmten Führungskultur und stellt besondere Anforderungen an die Führungskräfte des Unternehmens. Die Führung im Unternehmen muss so ausgelegt sein, dass sich die Mitarbeiter auf die vermittelten Werte, Normen und Tugenden verpflichten können.

d) Leadership im Sinne einer Compliance-Kultur

In der Literatur besteht eine Vielzahl unterschiedlicher Auffassungen dazu, was unter dem Begriff „*Leadership*“ genau zu verstehen ist und wie sich entsprechendes Führungsverhalten auswirkt. In der deutschsprachigen Literatur erweist sich eine klare Begriffsdefinition als schwierig, da hier viele Handlungen zwar den *Leadern* zugesprochen, aber auch unter den Oberbegriffen „Management“ oder „Führung“ diskutiert werden⁷².

*Hinterhuber*⁷³ beantwortet die Fragestellung „Was ist Leadership?“ wie folgt:

„Leadership ist die angeborene oder erworbene Fähigkeit, neue Möglichkeiten zu erschließen sowie andere Menschen anzuregen und in die Lage zu versetzen, sich begeistert, initiativ und kreativ für gemeinsame Ziele und Aufgaben einzusetzen. Leadership ist die Fähigkeit, gemeinsam mit Menschen Ziele zu erreichen und dabei gleichzeitig diese Menschen zu entwickeln.“

Wer führen will, so *Hinterhuber* weiter, müsse

- ein Visionär sein; er müsse den Siegeswillen anspornen, indem er eine Vision oder einen Kernauftrag in die Herzen seiner Mitarbeiter hineinträgt, die eine Richtung angibt und Sinn vermittelt;
- ein Vorbild sein und Mut beweisen; wirksam kommunizieren, Mitarbeiter anregen und im positiven Sinn in Bewegung setzen; in Bewegung halten könne nur, wer selbst ein Beispiel und Risiken einzugehen bereit ist;
- kurzfristig Ergebnisse erzielen und langfristig das Unternehmen stärker machen, das heißt mit einer Langzeitperspektive Wohlstand für alle Partner schaffen.

71 Vgl. *Weidinger*, Das EMB-Wertemanagement Bau: Erfolgreicher Vorreiter eines wertegetriebenen Compliance-Management-Systems, ZRFC 2011, 86, 88.

72 Vgl. Bruch/Krummacker/Vogel (Hrsg.): *Leadership - Best Practices und Trends*, 2006, S. 4.

73 Vgl. *Hinterhuber*, Strategische Unternehmensführung: I. Strategisches Denken, Vision – Unternehmenspolitik – Strategie, 7. Aufl. 2004, S. 272.

Es ist diese Art der von *Hinterhuber* beschriebenen Führungskräfte, die es schaffen können, eine Unternehmenskultur zu gestalten, die sich wie im vorangegangenen Kapitel beschrieben darstellt.

Die Aufgabe der Führungskräfte besteht darin, einen herausragenden Beitrag zu einer funktionierenden und nachhaltigen Compliance im Unternehmen zu leisten, indem sie auf allen Ebenen die Werte, Normen und Tugenden einer auf Prävention ausgerichteten Compliance-Kultur an ihre Mitarbeiter vermitteln und dauerhaft erhalten.

Dazu ist erforderlich, Führungskräfte nicht nur an ihrem wirtschaftlichen Erfolg zu messen, sondern auch daran, wie sie mit ihren Beschäftigten umgehen⁷⁴.

Von ganz wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass im Unternehmen tatsächlich Führungspersönlichkeiten im Sinne der Definition von *Hinterhuber*⁷⁵ agieren und nicht ausschließlich Manager, die über Kennzahlen steuernd den kurzfristigen wirtschaftlichen Erfolg vor Augen haben und dabei das notwendige Maß an Sozialkompetenz nicht ernst nehmen.

Um eine solche Führungsqualität im Unternehmen zu gewährleisten, benötigt die jeweilige Führungsperson bestimmte Fähigkeiten, die *Bennis* und *Nanus*⁷⁶ aus ihrer Stichprobe von 90 Führungspersönlichkeiten wie folgt ableiten:

- Die Fähigkeit, Menschen so zu akzeptieren, wie sie sind,
- an Beziehungen und Probleme gegenwarts- und nicht vergangenheitsbezogen heranzugehen,
- Menschen der engeren Umgebung genauso höflich und aufmerksam zu behandeln wie Fremde oder flüchtige Bekannte,
- anderen zu vertrauen, selbst wenn das Risiko groß erscheint, und
- ohne ständige Zustimmung sowie Anerkennung seitens anderer auskommen.

Es ist eine der Herausforderungen für die Compliance-Beauftragten der Unternehmen, den Vorständen und Führungskräften die Relevanz von Compliance im Sinne des „*Tone at the Top*“ zu vermitteln, um die weitrei-

74 Vgl. *Nezmeskal-Berggötz*, Compliance Management und Unternehmenskultur – Das wertebasierte Compliance-Programm der Deutsche Post DHL, in: *Wieland/Steinmeyer/Grüniger* (Fn. 17), S. 365, 380.

75 Vgl. *Hinterhuber* (Fn. 73), Kapitel 4.9.4, S. 90.

76 Vgl. *Bennis/Nanus*, Führungskräfte: Die vier Schlüsselstrategien erfolgreichen Führens, 1985, S. 67 f.

chende Schutzfunktion von Compliance in den Führungsebenen deutlich zu machen.

Erst dieses Verständnis von Compliance wird den nötigen Impuls geben, dass die Führungskräfte die Compliance-Werte im Sinne eines verantwortungsvollen *Leaderships* weitergeben können. Dafür bedarf es einer entsprechenden Kommunikation.

e) Kommunikation

Da Compliance-Management alle Mitarbeiter betrifft und die Einhaltung von Compliance allen Verantwortlichen im Unternehmen obliegt, ist es von größter Bedeutung, dass die Anforderungen und Rahmenbedingungen sowie Hilfestellungen und erwarteten Handlungsweisen offen im Unternehmen kommuniziert werden⁷⁷.

Unter dieser Prämisse sind zielgerichtet die notwendigen Kommunikationsinstrumente einzusetzen, die dazu beitragen, dass sich die Botschaften im Gedächtnis festsetzen, wobei von einer nachlassenden Erinnerung kommunikativer Inhalte auszugehen ist. Damit diese Botschaften nicht so schnell verblassen, sind sie konkret anschaulich und bildhaft zu vermitteln, originell und eigenständig darzustellen, damit sie sich im Konkurrenzumfeld abheben, und häufig zu wiederholen⁷⁸.

Wesentlicher Faktor der Kommunikationsstrategie und der daraus abgeleiteten Kommunikationspolitik ist die Transformation des Anliegens, das heißt, die Zielrichtung der Compliance-Organisation ist so zu vermitteln, dass eine kulturprägende Wirkung entsteht, auf die sich die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verlassen können.

Dafür sind folgende Argumentationsformen gegeben:

- **Plausible Argumentation:**

Durch Appelle an den gesunden Menschenverstand sowie eine Bezugnahme auf Tradition und Gewohnheit soll bei einem breiten Bevölkerungskreis spontane Zustimmung erlangt werden.

- **Moralische Argumentation:**

Durch die Ansprache von zentralen Werterhaltungen und die Präsentation ethischer Vorbilder wird versucht, diese längerfristig zu stabilisieren beziehungsweise einen massiven Meinungswechsel zu bewirken⁷⁹.

⁷⁷ Vgl. Engels/Schröder, Compliance Management, in: Lück (Fn. 11), S. 315, 328.

⁷⁸ Vgl. Esch/Herrmann/Sattler, Marketing: Eine managementorientierte Einführung, 2. Aufl. 2008, S. 262.

⁷⁹ Vgl. Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, Marketing, 19. Aufl. 2002, S. 1077 f.

Die Kommunikation wird dann als Präventionselement Erfolg haben, wenn es gelingt, eine Atmosphäre der Offenheit und des Vertrauens zu schaffen, in dem eine Art ethisch-kulturelles Leitbild vermittelt wird. Aus diesem Leitbild entsteht im Idealfall ein umfassendes „Wir-Bewusstsein“, aus dem sich Einstellungen sowie innere Bilder ergeben und letztendlich zu dem gewünschten Verhalten führen. Das Problem dabei wird sein, dass einmal gesetzte Botschaften nur eine geringe Haltbarkeit haben. Compliance kann nicht einmalig in dem Glauben agieren, dass fortan und dauerhaft das gewünschte Ergebnis einer positiven Unternehmenskultur erhalten bleibt. Um diese Kultur am Leben zu erhalten, muss Compliance wie die Multivitalfunktionen des menschlichen Körpers dauerhaft funktionieren. Das Kommunikationskonzept ist daher durchgängig umzusetzen und sich verändernden Situationen anzupassen. Vermittelte Präferenzen müssen verstärkt und gefestigt werden.

Es geht darum, die Menschen für Compliance und damit für Wertekompetenz in einer Form zu faszinieren, die bewirkt, dass sie sich beteiligen. Dafür soll nicht über das Verbot, sondern über den Vorzug der Alternative argumentiert werden. Insbesondere neue Kommunikationsformen wie unternehmenseigene Intranetforen, *Corporate Blogs* oder *Podcasts* können diesen Prozess unterstützen.

Als Fazit ist zu ziehen, dass Ausgangspunkt eines jeden Compliance-Programms die öffentliche Kommunikation durch die Unternehmensleitung sein muss. Es muss hervorgehoben werden, dass Compliance ein ernsthaftes Anliegen der Unternehmensleitung ist. Dies muss für die Mitarbeiter glaubwürdig sein. Ein alleiniges Bekenntnis zur Rechtstreue ist nicht ausreichend⁸⁰.

f) Schulung

Compliance auf eingekaufte e-Learning- und Standard-Qualifizierungen zu reduzieren, wird jedoch nicht den gewünschten Effekt bringen⁸¹.

Der Wert von Schulungen wird durch die Aussage von *Böhlens* deutlich, der ausführt, dass die alleinige Existenz und Veröffentlichung von Rechtsvorschriften und unternehmensinternen Anweisungen nicht sicherstellen kann, dass alle Mitarbeiter eines Unternehmens die für sie relevanten Vorschriften kennen und verstehen. Daher sei eine weitere Kernaufgabe von Compliance die Schulung der Mitarbeiter. In den Schulungen würden

80 Vgl. *Livonius*, Der Deutsche Wirtschaftsanwalt 2008/2009: Handbuch für Unternehmen, 2008, S. 150.

81 Vgl. *Lothert*, Compliance-Organisation in den Bereichen Marketing und Sales, in: Hauschka (Fn. 60), S. 371 Rn. 19.

die notwendigen Inhalte vermittelt, und vor allem bestehe Raum für Fragen⁸².

Es ist gerade dieser Raum für Fragen, der den notwendigen Dialog zwischen Mitarbeitern und dem Compliance-Office ermöglicht, um in der Belegschaft Vertrauen zu bilden. Dieses Vertrauen wird dazu führen, dass Compliance im Unternehmen ein „Gesicht“ und damit verbunden einen Bekanntheitsgrad bekommt, was dazu führt, dass sich Mitarbeiter mit Compliance-relevanten Sachverhalten öffnen und den Kontakt vertrauensvoll suchen. Schulungen werden damit ein Teil der Kulturprägung.

Ziel einer jeden Compliance-Schulung muss es sein, im positiven Sinne die Sensibilität für das Thema zu wecken. Neben den klassischen Aufdeckungsquellen Revision und Unternehmenssicherheit sind die Mitarbeiter des Unternehmens als Hinweisgeber von besonderer Bedeutung. Vielfach scheuen sich Mitarbeiter, ihren Vorgesetzten Verdachtsmomente direkt mitzuteilen⁸³. Das hierfür notwendige Vertrauen wird nicht über fremd vergebene Schulungen, sondern ausschließlich im Kontakt mit den Mitarbeitern gewonnen.

Letztendlich hat das Compliance-Office die Verantwortung für die Compliance-Schulung und die Ausbildung der Mitarbeiter, insbesondere der Mitarbeiter aus Vertraulichkeitsbereichen des Unternehmens⁸⁴.

Dementsprechend ist darauf hinzuarbeiten, Präsenzs Schulungen im Unternehmen aus der Compliance-Organisation heraus zu gestalten.

5. Fazit

Die Existenz der Wirtschaftskriminalität und die Möglichkeit, von dieser wie gleichermaßen auch von Spionage betroffen sein zu können, ist in den Unternehmen noch nicht durchgängig präsent.

Die Unternehmen leisten damit einen aktiven Opferbeitrag und ermöglichen den handelnden Tätern die Realisierungsbedingungen für ihre Taten.

Wesentlich ist daher, diesen Realisierungsbedingungen vorzubeugen und ein auf das Unternehmen zugeschnittenes Präventionsmanagement zu konzipieren und zu etablieren.

82 Vgl. Jahn, *Erweiterte Steuerungs- und Überwachungsaufgaben in Banken*, in: von Böhlen/Kan (Hrsg.), *MiFID-Kompendium: Praktischer Leitfaden für Finanzdienstleister*, 2008, S. 356.

83 Vgl. Wuttke, *Straftäter im Betrieb*, in: Lehmann (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung*, 2010, S. 108.

84 Vgl. Brandl/Saria (Hrsg.), *Wertpapieraufsichtsgesetz: Kommentar*, 2. Aufl. 2010, S. 908.

Dieses Präventionsmanagement muss die Aspekte der Kriminalität gegen das Unternehmen ebenso einbeziehen wie die Kriminalität im Unternehmen. Dieses gilt insbesondere dann, wenn das Unternehmen, wie zum Beispiel im Rahmen von Korruptionshandlungen, einen deliktischen Nutzen aus der Tat erzielt.

Eines der wesentlichsten Elemente eines Präventionsmanagement ist nach Auffassung des Verfassers der beschriebene Integrationsansatz. Dieser Ansatz ist auf die Formel „Prävention= Bindung + Sozialkontrolle“ zu bringen.

Für die Entwicklung einer solchen, auf Integrität ausgerichteten Unternehmenskultur sind vor allem die Führungskräfte gefragt. Nur ein in diesem Sinne funktionierender Prozess des *Leaderships* kann dazu beitragen, eine solche Unternehmenskultur zu entwickeln und dauerhaft zu erhalten.

Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Es war zeitweise bemerkenswert still und konzentriert, weil man dann doch die Dinge anders sieht, wenn man mit konkreten Vorgängen und unter einem Blickwinkel konfrontiert ist. Sie haben jetzt noch die Möglichkeit, Herrn *Benne* Fragen zu stellen und vielleicht auch aus Ihren Unternehmen situative Bedeutungen hier hineinzuspielen, ohne allzu konkret zu werden.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Mich hat das integrierende Konzept sehr überzeugt, weil mir vorhin schon die ketzerische Frage auf den Lippen lag, ob, wenn wir anfangen, Geheimnisse zu schützen, das immer perfekter machen wollen, das nicht infinit ist. Wenn wir die Konstruktionszeichnungen von vorhin verschlüsseln, muss man den Schlüssel irgendwo deponieren, aber auch der Schlüssel kann gefunden werden. Noch liegen die Akten herum, dann kommen sie in die EDV, dann muss jedoch auch die EDV geschützt werden. Wenn Sie es wirklich schaffen, in die Köpfe der Leute zu gelangen, sie zu integrieren, so dass alle mitmachen, also zu kleinen Mitunternehmern werden: wunderbar! Ich bin Jurist, ich habe nichts anderes gelernt. Nachher werde ich einen Vortrag halten, ich werde eine ganze Reihe von Anspruchsgrundlagen und Rechtsfolgen aufeinanderichten. Deshalb die Frage an Sie, zu Ihrem Integrationskonzept, denn die juristische Dimension kam noch gar nicht vor: Wie schätzen Sie es denn ein, das normative Geflecht, das wir nun einmal haben? Hat es so gar keine Funktion? Schreckt es nicht ab? Integriert es in gewisser Weise vielleicht sogar? Welchen Stellenwert würden Sie ihm zuweisen? Oder ist es tatsächlich vielleicht sogar so, wie Sie es geschildert haben, dass, wenn die Leute erst einmal anfällig sind, schwach sind, man ihnen im Grunde – jedenfalls präventiv – mit den Normen gar nicht mehr kommen kann, weil die Abschreckungswirkung gering ist, so dass sich im Grunde nur die repressive Frage stellt: „Was machen wir, wenn das Kind in den Brunnen gefallen ist?“ –, die aber beim Geheimnisschutz nicht mehr wirklich interessant ist, weil das Geheimnis dann ja gar keines mehr ist.

Rainer Benne, CFS Consult, Oberstenfeld:

Ich freue mich sehr über Ihre Frage. Zwei Dinge dazu: Ich denke, dass die normativen Hintergründe, die da sind, grundsätzlich niemanden abschrecken. Der Mensch neutralisiert sein Verhalten punktuell, wie Sie gehört haben. Der Mensch entgeht oder umgeht bestehende Vorschriften. Jetzt schauen wir uns die Unternehmen an: Sicherheit ist ein Verkaufsargument. Das Unternehmen, das im Know-how-Schutz versagt hat, wird es sich möglicherweise nicht in jedem Fall leisten, ein Verfahren anzustrengen, sondern eher versuchen, den Sachverhalt möglicherweise nur arbeitsrechtlich und nicht strafrechtlich aufzugreifen. Generell kommt es auf das Unternehmen an, welche Sichtweise man in der Verfolgung doloser Handlungen hat. Unter anderem, weil sie ganz einfach die Nachricht nicht gebrauchen können, dass bei Ihnen ein Leck war und dadurch ein Versagen des Unternehmens bestand. Ich möchte Ihnen ein Beispiel nennen: Ich musste mich einmal der Schlagzeile stellen: „Bürger-Nudeln sind besser gesichert als Porschemotoren“. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Werk wurden Motoren entwendet. Die gemeinschaftlich handelnden Täter hatten nicht nur die Möglichkeit, die Motoren zu entwenden, sie konnten diese als legale Ausfuhr aus dem Werk deklarieren. So fielen diese Diebstähle zunächst nicht auf. Diese Schlagzeile ist in letzter Konsequenz dadurch entstanden, dass dieser Diebstahl zur Anzeige gebracht wurde. Sie hat nicht davon abgehalten, Diebstähle auch weiterhin strafrechtlich zu verfolgen.

Ferner ist vorstellbar, dass Täter bewusst davon ausgehen, dass sie nicht konsequent verfolgt werden. Wird das Unternehmen in der Regel nicht versuchen, den Sachverhalt strafrechtlich zu verfolgen, besteht als maximale Konsequenz der (kompensierbare) Verlust des Arbeitsplatzes. Ich vergleiche das immer so: Wenn bei einer Sparkasse eingebrochen wird und die Schließfächer aufgebrochen werden, fehlt oft so bemerkenswert wenig, dass Sie zu der Überlegung neigen, warum die Schließfächer überhaupt angemietet sind? Es besteht scheinbar kein Interesse an einer strafrechtlichen Verfolgung dieses Sachverhalts. Ich vertrete die Auffassung, in jedem Fall ein rechtsstaatliches Verfahren einzuleiten, auf dem sich additiv wiederum ein arbeits- wie auch zivilrechtliches Verfahren begründen kann.

Professor Dr. Christoph Ann, Technische Universität München:

Ich wollte nur noch einmal anmerken: Natürlich wird es keine totale Sicherheit geben, aber das muss auch nicht unbedingt das Ziel sein, sondern es reicht vielleicht manchmal, wenn man den Preis heraufsetzt. Wenn ich selber meine Kenntnisse wie auch immer besser sichere und ein Wettbe-

werber hat sie ungesichert, dann wird vielleicht dort zugegriffen und das reicht häufig aus. Das ist ein bisschen wie mit dem Bären, der die beiden Camper angreift und einer zieht sich die Turnschuhe an und der andere sagt: „Der Bär ist sowieso schneller als Du. Ich muss nicht schneller sein als der Bär; ich muss nur schneller sein als Du.“ Das ist wahrscheinlich in vielen Bereichen des Know-how-Schutzes so ähnlich.

Rainer Benne:

Das Darwinsche Prinzip, *survival by the fittest*, greift dann.

Peter Mayer, Präsident des LAG München a.D., Kolbermoor:

Bei den ganzen Motivationen fehlt mir, möglicherweise habe ich es aber auch überhört, eines: Es gibt ausgesprochene Egomanen, die plaudern Geheimnisse aus – nicht für Geld und nicht um jemanden zu schädigen –, weil sie dem anderen zeigen wollen, dass sie über Herrschaftswissen verfügen. Solche Leute sollte man dann mit Geheimnissen möglichst nicht betrauen.

Und jetzt in eine ganz andere Richtung: Ich habe vielleicht auch als Präsident schon einmal gegen irgendwelche Verwaltungsvorschriften verstoßen. Das erzähle ich euch aber nicht. Ich bringe ein anderes Beispiel aus dem Kündigungsrecht. Da ist ein Kurierfahrer von der Straße abgekommen und wir hatten die Fotos. Es war eine bestens ausgebaute gerade Straße. Dort stand allerdings ein Schild: „50 km/h“ und er ist zugegebenermaßen schneller gefahren. Da haben wir sogar einen Augenschein gemacht und haben uns immer überlegt, wieso steht hier dieses Schild. Dann habe ich das Landratsamt angeschrieben und sie haben zurückgeantwortet: „Lieber Herr Vorsitzender Richter, wir danken Ihnen ganz herzlich.“ Dort gab es nämlich eine Baumaßnahme und die dauerte länger. Darum hatte man ein stationäres Schild aufgestellt, aber leider wurde vergessen, das Schild zu entfernen. Was folgt daraus? a) Wahrscheinlich hat er eine Ordnungswidrigkeit begangen, weil er zu schnell gefahren ist. b) Die ausgesprochene Kündigung war natürlich unwirksam, denn das Schild war sinnlos. Es war einfach überholt und er ist aus anderen Gründen von der Straße abgekommen, nicht weil er die Geschwindigkeit übertreten hatte. Er ist noch unter der Geschwindigkeit, die für Landstraßen zugelassen ist, geblieben.

Ich meine, die Firmen sollten sich bei aller Regelungswut auch einmal überlegen, ob die Regeln, die sie machen, akzeptiert werden. Denn Regeln, die nicht akzeptiert werden, laufen am Ende Gefahr, überhaupt nicht

mehr glaubwürdig zu sein, auch mit solchen Regeln, die nun unbedingt akzeptiert werden sollten.

Rainer Benne:

Ich stimme Ihnen sehr zu. Ich glaube, man macht sich sogar lächerlich über solche Regelungen.

Volker Rieble:

Das kann man auch bestätigen. Es gibt Unternehmen, die es ganz toll finden, ein Compliance-Handbuch von 600 Seiten zu verfassen und jede Führungskraft unterschreiben zu lassen, dass sie das zur Kenntnis genommen haben und künftig jeden Tag jede Sekunde anwenden werden. Das kann der Adressat schon aus Aufmerksamkeitsgründen gar nicht. Im Medizinrecht gibt es das Phänomen der sogenannten Überaufklärung. Wenn ein Arzt den Patienten 1½ Stunden zutextet mit allen kleinen und großen Risiken, mit Details des Verlaufs der geplanten Operation, dann sagt die Rechtsprechung: „Das ist gar keine Aufklärung mehr, weil der Patient gar nichts mehr verstehen kann, weil es zu viele Informationen waren. Die kann er gar nicht verarbeiten.“ Das ist auch ein Aufklärungsfehler und führt dann zu entsprechender Haftungsverantwortung.

Ich habe jetzt aber, wenn keine Frage mehr im Publikum ist, vielleicht eine Frage an Herrn *Zimmer*. Er macht ja auch viel Compliance und kennt sich rechtlich sehr gut aus. Inwieweit arbeiten eigentlich, Herr *Zimmer*, Anwaltskanzleien mit Sicherheitsexperten zusammen? Sind die Arbeitsrechtler in der Praxis sich immer selber genug? Ich muss sagen, ich habe bei dem Vortrag jetzt viel gelernt, was ich vorher nicht wusste, obwohl ich mich viel mit Compliance beschäftige, auch noch nirgendwo gelesen habe, weil das in unserer Suppe nicht schwimmt und wollte Sie jetzt einfach einmal fragen, wie die Praxis – Sie müssen auch ein perfektes Compliance-Produkt abliefern – die Querverbindungen zieht zu solchen Erkenntnissen aus der Kriminologie, aus dem Führungswissen.

Dr. Mark Zimmer, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München:

Wir arbeiten insoweit mit Sicherheitsfirmen zusammen, als wir bei internen Ermittlungen Datenbestände sichten, erstellen und auswerten lassen. Das betrifft vor allem das Auswerten auf einer ersten Stufe, was relevant sein könnte. Wir arbeiten auch mit Sicherheitsfirmen zusammen wenn es darum geht, zum Beispiel Festplatten zu spiegeln und wenn es um Emp-

fehlungen geht, wie bestimmte Compliance-Verstöße in Zukunft besser vermieden werden können.

Volker Rieble:

Aber so ein ganz integriertes Sicherheits- oder Compliance-Denken gibt es das schon?

Mark Zimmer:

Nein, das gibt es noch nicht. Wir beobachten am Markt zurzeit, dass einige sehr große Unternehmen gut aufgestellt sind, und zwar die multinationalen besser als die rein deutschen. Da sehen wir einen sehr großen Unterschied. Bei den rein deutschen Unternehmen ist ein großer Unterschied zwischen den größten Unternehmen, also vor allem DAX 30-Unternehmen und anderen, dazwischen scheint es eine große Lücke zu geben. Wir beobachten zum Beispiel, dass der Mittelstand noch sehr verhalten gegenüber einer umfassenden Sicherheitsberatung ist. Natürlich haben sie einen Zaun um das Betriebsgelände, und natürlich wissen sie inzwischen auch, was IT-Sicherheit ist, aber die diffizileren und subtileren Dinge, die Sie angesprochen haben, Herr *Benne*, dafür besteht noch zu wenig Verständnis. Ich glaube auch, dass dort zu wenig Sensibilität dafür besteht, für Compliance Geld in die Hand zu nehmen, zum Beispiel Sie, Herrn *Benne*, zu beauftragen. Das werden Sie in der Akquise sicher auch merken, dass viele es zwar nicht ausdrücklich sagen, aber darauf warten, bis das Kind in den Brunnen gefallen ist. Dann haben Sie Ihre Stunde, Herr *Benne*. Aber die rein präventive Beratung wird wahrscheinlich auch für Sie schwierig sein, zu verkaufen.

Rainer Benne:

Ich möchte einen Beitrag zu dem leisten, was Sie gesagt haben und was mir an dem Thema „Compliance“ liegt:

Sie werden mit einem ausschließlichen Legal-Ansatz nicht zum Ergebnis haben, dass sich Mitarbeiter rechtmäßig verhalten. Ein Compliance-Handbuch oder Ethik-Kodex sorgt noch nicht dafür, dass deren Inhalte auch in den Köpfen und damit im Verhalten der Mitarbeiter verankert sind. Für mich geht neben den rechtlichen Aspekten auch darum, eine Compliance-Kultur im Unternehmen zu entwickeln, die Mitarbeiter an das Unternehmen bindet und dadurch schädigenden Handlungen vorbeugt.

Dr. Florian Burger, Leopold-Franzens-Universität Innsbruck:

Vielen Dank für den schönen Vortrag, Herr *Benne*. Die Neutralisationstechnik macht aber meiner Meinung nach den Menschen nicht zum Täter, sondern er ist schon Täter, rechtfertigt damit nur seine Tat vorwegnehmend. Auf der Suche nach dem Grund, nach seinem Motiv, vermisste ich doch eine Kernaussage, denn – und das kann man als Kulmination Ihres Vortrags sehen – das gemeinsame Motiv der Täter ist „Anerkennung“; oder besser gesagt: der Mangel an Anerkennung. Jeder Mensch, jeder von Ihnen hier im Raum strebt nach Anerkennung, möchte Anerkennung, sehnt sich nach Anerkennung, lechzt nach Anerkennung. Und wenn er sie nicht bekommt, dann geht er entweder ein oder er holt sich die Anerkennung anderswo. „Ich weiß etwas Wichtiges, was Du nicht weißt.“ „Das ist aber toll, erzählst Du es mir?“ Beim Weitererzählen an der Bar wird der Arbeitnehmer anerkannt. Wenn er von seinem Arbeitgeber nicht anerkannt wird, dann führt dies auch zu diesen Sicherheitslücken. Alles, was an Beispielen gesagt wurde, kann man letztlich auf diesen Mangel an Anerkennung zurückführen. Der *Whistleblower*: Sie haben selber gesagt, er wurde im Unternehmen nicht verstanden, hatte keine Anlaufstelle, er hat sich Anerkennung geholt. Auch der im vorhergehenden Vortrag von Professor *Ann* erwähnte innerlich gekündigte Arbeitnehmer: Warum hat er denn schon innerlich gekündigt? Weil ihm die Anerkennung fehlte. Wo ist denn die Anerkennung des Arbeitgebers, wenn es heißt: „Tolle Mitarbeiter, Ihr habt 6 Mrd. € Gewinn erwirtschaftet und jetzt werden 6.000 von euch entlassen?“ Auch da fehlt irgendwo die Anerkennung. Oder der andere Arbeitnehmer, der sich die Anerkennung vermeintlich bei der Chinesin holen wollte: auch hier Mangel an Anerkennung durch den Arbeitgeber, die die Chinesin ihm gab. Die Anerkennung, glaube ich, muss noch nicht einmal real sein, sie kann sogar eingebildet sein – deshalb funktioniert meiner Meinung nach der Geheimnisschutz in der Kirche auch so wunderbar, weil hier die Geheimnisträger ihre Anerkennung aus ihrem Glauben erhalten: „Der Herrgott liebt mich. Das ist toll. Ich werde von ihm anerkannt.“ Und eines noch: Ich glaube, wenn der Personalmanager realisiert, dass hier die Anerkennung eigentlich der Kern der Dinge ist, dann ist es viel vernünftiger, wenn er seine Mitarbeiter öfter lobt, ihnen Anerkennung gibt. Und das ist auch der wesentliche Inhalt des Integrationsansatzes, indem ich die Arbeitnehmer zu mir heranhole. Ich glaube, wenn man hier mehr lobt, dann ist ein guter Teil des Sicherheitskonzepts schon umgesetzt.

Rainer Benne:

Meine Anerkennung für Ihren Beitrag! Genau das sollte herüberkommen.

Mir ist gerade gesagt worden, ich bin Ihnen noch eine Antwort schuldig und zwar Mafia und Kirche. Sie hatten mir vorhin das Zeitzeichen gezeigt. Es ist Folgendes: Es hat damit zu tun, Dinge aus dem Unternehmen auszulaudern. Die Mafia und die Kirche sind so in ihr System involviert, es bildet ihre Existenz, und deshalb tun die einen Teufel, Informationen nach außen gehen zu lassen. Es ist mit dem Kodex nicht vereinbar. Wo Sie das übrigens auch erleben, ist im inhabergeführten Mittelstand. Ein typischer Patriarch im inhabergeführten Mittelstand wird sein Unternehmensgeheimnis nicht preisgeben. Er kann noch so viele Biere in Gegenwart attraktiver Menschen trinken, er wird nichts ausplaudern. Es sind die Manager, die nicht im System involviert sind, denen es nichts ausmacht, die auch morgen woanders hingehen. Deshalb muss man sich auch einmal die Frage stellen, was es hat, wenn jemand im Unternehmen einen gut dotierten Drei- oder Fünfjahresvertrag hat und danach möglicherweise die Unsicherheit, ihn nicht mehr zu erfüllen. Er denkt kurzfristig. Er denkt nicht langfristig und es ist nicht unbedingt seins. Es fehlt die tiefe Involvierung in das System. Das vergleiche ich in diesem Punkt.

Volker Rieble:

Wir machen jetzt Mittagspause, damit Sie auch Zeit für anregende Gespräche haben und wünsche mir oder erwünsche mir, dass Sie vielleicht in der Mittagspause ein bisschen über dieses Thema nachdenken. Ich habe nämlich auch dieses Gefühl, dass wir Juristen zur Überjuridifizierung neigen, dass wir glauben, dass jeder komplexe Regeltext, den wir schaffen, etwas bewirkt, und dass wir eigentlich so eine Systemintegration nur durch eine Verbreiterung des wissenschaftlichen Denkansatzes bekommen und den machen wir bislang nicht. Das ist ein Manko. Da muss man erst einmal überlegen, wie kann ich meinen Kopf öffnen, um multikulturelle Aspekte hinzubekommen. Herr *Benne*, es war ein toller Vortrag, sehr inspirierend. Ich habe viel gelernt. Vielen Dank!

Elemente arbeitsrechtlicher Vorsorgekonzepte gegen Industriespionage und Geheimnisverrat

Martin Brock

Seite

I. Der Begriff des Betriebsgeheimnisses.....	77
II. Gesetzlicher Schutz während des bestehenden Arbeitsverhältnisses	81
1. Verschwiegenheitspflichten als vertragliche Nebenpflichten.....	81
2. Allgemeines Verbot der Wettbewerbstätigkeit, § 60 HGB	83
3. § 17 UWG	86
a) Geheimnisverrat, § 17 Abs. 1 UWG.....	86
b) Industriespionage, § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG	87
c) Geheimnishehlerei, § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG	88
d) Bedeutung des § 17 UWG.....	89
4. Arbeitnehmererfindungsgesetz.....	90
5. Bundesdatenschutzgesetz.....	91
III. Vertragliche Erweiterungen des gesetzlichen Schutzes.....	91
IV. Nachvertraglicher Geheimnisschutz.....	93
1. Herausgabeklauseln.....	93
2. Nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht	94
3. Vertragliche Regelungen und die Abgrenzung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot	97
V. Weitere Elemente eines Schutzkonzepts	99
1. Kündigungsfristen	99
2. Regelungen zur EDV-Nutzung und zum Datenschutz	100
VI. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote.....	100
1. Inhalt nachvertraglicher Wettbewerbsverbote.....	100
a) Inhalt und Ziele	100
b) Grenzen für die Gestaltung von Wettbewerbsverboten.....	102
aa) Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB	103
bb) Transparenzkontrolle.....	105
cc) Auslegung von Wettbewerbsverboten.....	105
dd) Anwendungskontrolle im Einzelfall gemäß § 74a HGB	106
c) Unternehmensbezogene Verbote	107

d)	Alternative Gestaltungsmöglichkeiten.....	108
e)	Erweiterung des Schutzes.....	109
aa)	Einbeziehung von Konzernunternehmen	109
bb)	Strohmannklausel.....	109
cc)	Kunden und Lieferanten	110
2.	Typische Wirksamkeitsmängel.....	110
a)	Schriftform und Aushändigung	110
b)	Korrekte Zusage der Karenzentschädigung	112
3.	Flexibilisierung von Wettbewerbsverboten	113
a)	Bedingte Wettbewerbsverbote	114
b)	Einseitige Lösung vom Wettbewerbsverbot	114
c)	Einvernehmliche Aufhebung	115
d)	Lösung nach fristloser Kündigung.....	115
4.	Fazit	115
	Diskussion	117

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Know-how-Schutz im Arbeitsrecht* (München 2012), S. 75-116

Der deutschen Wirtschaft entsteht jährlich ein geschätzter Gesamtschaden von 4,2 Milliarden Euro durch Industriespionage und Geheimnisverrat¹. Über 80 % der Unternehmen (insbesondere mittelständische Unternehmen und Konzerne) sehen sich mit Verlusten von Wettbewerbsvorteilen und finanziellen Schäden konfrontiert. Die fortschreitende Technologisierung der Unternehmenskommunikation erleichtert Industriespionage zusätzlich.

Die Unternehmen sind sich daher der Bedeutung des Know-how-Schutzes bewusst geworden. Es werden Sicherheitsvorkehrungen gegen Hackerangriffe, Abhöraktionen und Datendiebstahl getroffen. In vielen Fällen (ca. 48 %) sitzt der Feind jedoch im eigenen Unternehmen². Dieser Vortrag soll die arbeitsrechtlichen Elemente solcher Vorsorgekonzepte darstellen und auf ihre Chancen und Nachteile untersuchen.

I. Der Begriff des Betriebsgeheimnisses

Das deutsche Arbeitsrecht kennt den Begriff des Know-how nicht³. Aus diesem Grund gibt es auch keinen genuinen arbeitsrechtlichen Know-how-Schutz. Geschützt werden allerdings Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse: Durch den Straftatbestand des § 17 UWG, aber auch durch die (nach-) vertraglichen Nebenpflichten zur Verschwiegenheit⁴.

BAG und BGH verstehen unter einem Geschäfts- beziehungsweise Betriebsgeheimnis jede im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende, nicht offenkundige, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannte Tatsache, an deren Geheimhaltung der Unternehmensinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und die nach seinem bekundeten oder doch erkennbaren Willen auch geheim bleiben soll⁵. Die genannten Merkmale müssen kumulativ vorliegen⁶.

Ein hiervon abweichender Begriff ist in der Literatur, die den arbeitsrechtlichen Geheimnisschutz ohnehin recht stiefmütterlich behandelt, nicht

-
- 1 Vgl. *Corporate Trust*, Studie: Industriespionage 2012, S. 8, abzurufen unter <http://www.tuev-sued.de/uploads/images/1337081730757467822177/120423-studie-industriespionage-2012.pdf>.
 - 2 Vgl. *Corporate Trust* (Fn. 1), S. 8.
 - 3 Ann, in: Ann/Loschelder/Grosch (Hrsg.), *Praxishandbuch Know-how-Schutz*, 2010, Kapitel 1 Rn. 18.
 - 4 Preis, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)*, 12. Aufl. 2012, § 611 BGB Rn. 710 ff.
 - 5 BGH 7.11. 2002 – I ZR 64/00, GRUR 2003, 356, 358; BAG 15.12. 1987 – 3 AZR 474/86, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis = DB 1988, 1020.
 - 6 Köhler/Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 29. Aufl. 2011, § 17 Rn. 4.

entwickelt worden⁷. In der Praxis wenig bedeutsam geworden ist die Differenzierung zwischen dem Geschäftsgeheimnis und dem Betriebsgeheimnis: Während sich Geschäftsgeheimnisse auf den kaufmännischen Geschäftsverkehr beziehen sollen (zum Beispiel Kundenadressen), werden unter Betriebsgeheimnissen vor allem technische Betriebsabläufe (zum Beispiel Herstellung und Herstellungsverfahren) gesehen⁸.

Der Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses ist damit zum einen weiter als der des Know-how. Unter Know-how werden allgemein Fähigkeiten und Wissen über prozedurale Vorgänge verstanden. Das EU-Recht definiert den Begriff in Art. 1 lit. i TT-GVO wie folgt: Die Gesamtheit nicht patentierter praktischer Kenntnisse, die durch Erfahrung und Versuche gewonnen werden und die i) *geheim*, das heißt nicht allgemein bekannt und nicht leicht zugänglich sind, ii) *wesentlich*, das heißt für die Produktion, die Verwendung, den Verkauf oder den Weiterverkauf bedeutsam und nützlich sind, und iii) *identifiziert*, das heißt umfassend genug beschrieben sind, so dass überprüft werden kann, ob es die Merkmale „geheim“ und „wesentlich“ erfüllt⁹. Kundendaten oder andere betriebsbezogene geheimhaltungsbedürftige Tatsachen können damit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sein, sie sind aber kein Know-how.

Im Gegenzug ist nicht jedes Know-how als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis geschützt, denn der Geheimnisbegriff knüpft nicht nur an ein voluntatives Element – den Geheimhaltungswillen des Unternehmensinhabers – an, sondern auch an ein tatsächliches Element – die fehlende Offenkundigkeit, die mit dem begrenzten Kreis der Geheimnisinhaber verknüpft ist – und ein wertendes, das nach dem berechtigten Interesse des Unternehmensinhabers an der Geheimhaltung fragt.

Für die fehlende Offenkundigkeit der Tatsache ist zunächst der Kreis der Mitwisser entscheidend¹⁰. Wichtiger als dessen bloße Größe ist allerdings, ob der (große oder kleine) Mitwisserkreis vom Unternehmensinhaber unter Kontrolle gehalten werden kann¹¹. Entscheidend soll sein, ob mit der Geheimhaltung durch die eingeweihten Personen gerechnet werden kann.

7 *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl. 2009, § 17 Rn. 1.

8 *Preis*, in: ErfK (Fn. 4), § 611 Rn. 711.

9 Vgl. *Ann*, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 11.

10 *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 7), § 17 Rn. 4.

11 *Kraßer*, Grundlagen des zivilrechtlichen Schutzes von Geschäftsgeheimnissen und Betriebsgeheimnissen sowie von Know-how, GRUR 1977, 177, 179; *Többens*, Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland, NSTZ 2000, 505, 506; *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5. Aufl. 2010, § 17 Rn. 8.

Dies wird insbesondere bei Personen zu bejahen sein, die Geheimhaltungspflichten unterliegen¹².

Eine Rolle spielt auch die Qualität des Geheimnisses: Was zwar nicht bekannt ist, aber leicht herausgefunden werden kann, ist kein Geheimnis¹³. Ist dagegen eine Kenntniserlangung auch für Betriebsexterne ohne weitere Schwierigkeiten möglich, wird man von einer „offenkundigen Tatsache“ ausgehen müssen¹⁴. Maßgeblich sind hier die Kenntnisse und Fähigkeiten der jeweiligen Fachkreise sowie der Erschließungsaufwand¹⁵. Die theoretische Möglichkeit, eine Maschine nachbauen zu können, nachdem man sie in ihre Einzelteile zerlegt hat, führt nicht zur Offenkundigkeit, wenn dies nur mit erheblichem Aufwand möglich ist.

Auch das „berechtigte wirtschaftliche Interesse“ an der Geheimhaltung der Tatsache als wertendes Element des Geheimnisschutzes¹⁶ kann in der Praxis problematisch werden: Hat der Unternehmensinhaber tatsächlich ein berechtigtes und damit rechtlich schutzwürdiges Interesse, alle Tatsachen geheim zu halten, auch, wenn sie ihrerseits gegen die Rechtsordnung verstoßen? Ob ein Unternehmensinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung von rechtswidrigen, gegebenenfalls sogar strafbaren Vorgängen in seinem Betrieb haben kann, wird intensiv diskutiert. Gegen den Schutz soll sprechen, dass das Strafrecht durch § 17 UWG keine Mittel zur Verfügung stellen dürfe, die dazu missbraucht werden, weiteres Unrecht zu verdecken¹⁷. Zudem wird darauf verwiesen, dass ein Rechtsverstoß für sich allein keinen Geheimhaltungswert haben könne¹⁸, beziehungsweise dass bloß wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers nicht genügen, um einen rechtswirksamen Geheimnisschutz zu begründen¹⁹.

12 Loschelder, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 81; BGH 10.7. 1963 – Ib ZR 21/62, GRUR 1964, 31, 32 (Petromax II).

13 RG 17.3. 1936 – II ZR 223/35, GRUR 1936, 537, 576 (Kernöl); BAG 16.3. 1982 – 3 AZR 83/79, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis.

14 Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblattausgabe § 17 Rn. 10; Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 7), § 17 Rn. 4; Köhler/Bornkamm (Fn. 6), § 17 Rn. 7a; BGH 10.7. 1963 – Ib ZR 21/62 (Fn. 12) (Petromax II).

15 Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 7), § 17 Rn. 3.

16 BGH 15.3. 1955 – I ZR 111/53, GRUR 1955, 424, 426 (Möbelpaste); LAG Hamm 5.10. 1988 – 15 Sa 1403/88, DB 1989, 783 f.

17 Brammsen, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (MünchKomm-LauterkeitsR), Bd. 2, 2006, § 17 UWG Rn. 22.

18 Rützel, Illegale Unternehmensgeheimnisse?, GRUR 1995, 557, 558 ff.

19 Preis, in: ErfK (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 713.

Arbeitsrechtlich wird die genannte Problematik relevant als das viel diskutierte Thema des „Whistleblowings“²⁰. Darf ein Betriebsangehöriger, der von illegalen betriebsinternen Vorgängen Kenntnis hat, diese an die Öffentlichkeit bringen? Zuletzt hat der Fall Heinisch Aufmerksamkeit erregt²¹. Die Altenpflegerin *Brigitte Heinisch* hatte im Jahr 2004 ihren Arbeitgeber, den Berliner Klinikkonzern Vivantes, wegen Betrugs angezeigt. Sie behauptete, dass aufgrund von Personalmangel in einem Altenheim eine ausreichende Betreuung und Versorgung der Patienten nicht gewährleistet sei. Ihr Arbeitgeber kündigte die Arbeitnehmerin fristlos. Das BAG bestätigte die Kündigung; auch eine Verfassungsbeschwerde blieb erfolglos²². Der EGMR entschied jedoch mit Urteil vom 21.7. 2011, dass in der außerordentlichen Kündigung ein Verstoß gegen die europäische Menschenrechtskonvention lag, da die Klägerin in ihrer allgemeinen Meinungsfreiheit verletzt worden sei²³.

Tatsächlich setzt die arbeitsrechtliche Rechtsprechung den Schutz auch der gegen die Rechtsordnung verstoßenden Tatsachen voraus: Ohne den Schutz als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gabe es bereits keine Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers, deren Verletzung zu einer verhaltensbedingten Kündigung berechtigen könnte. In dieser Frage erschöpft sich das Problem daher nicht: Die arbeitsrechtlichen Treuepflichten als vertragliche Nebenpflichten des Arbeitnehmers werden durch die Preisgabe auch des illegalen Geheimnisses zumindest berührt, da Folge der Veröffentlichung schwere Schäden des Arbeitgebers sein können. Die deutsche Rechtsprechung fordert daher, dass dem Arbeitgeber die Möglichkeit der innerbetrieblichen Abhilfe gegeben wird²⁴ – eine Forderung, die kaum zu begründen wäre, wenn man bereits mangels Geheimnisschutzes eine Pflichtverletzung generell verneinen könnte.

Allerdings kann sich der Arbeitnehmer auf Grundrechte berufen: Neben der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 GG kann er sich auch auf Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip berufen, also auf das staatsbürgerliche Recht, strafrechtlich relevante Vorgänge der zuständigen Behörde anzuzeigen²⁵. Darüber hinaus werden bei illegalen Vorgängen häufig auch Rechte Dritter beziehungsweise der Allgemeinheit tangiert sein, ein Aspekt, den gerade der EGMR im Fall Heinisch betont hat²⁶.

20 Tiedemann, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 85 Rn. 13; Otto, in: Großkommentar UWG, 1991, § 17 Rn. 16; Többens, Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland, NSTZ 2000, 505, 506.

21 BAG 6.6. 2007 – 4 AZN 487/06, juris.

22 BVerfG 6.12. 2007 – 1 BvR 1905/07, nicht veröffentlicht.

23 EGMR 21.7. 2011 – Nr. 28274/08, NJW 2011, 3501 (Heinisch).

24 BAG 3.7. 2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547.

25 LAG Sachsen-Anhalt 14.2. 2006 – 8 Sa 385/05, LAGE § 612a BGB 2002 Nr. 2.

26 EGMR 21.7. 2011 – Nr. 28274/08 (Fn. 23) (Heinisch).

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben zwingen daher nicht dazu, rechtswidrige Geheimnisse nicht als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse zu erfassen. Dies würde die berechtigten Loyalitätserwartungen des Arbeitgebers und dessen als Ausfluss der Unternehmerfreiheit (Art. 12 GG) rechtlich geschütztes Interesse nur mit solchen Arbeitnehmern zusammenzuarbeiten, die die Ziele des Unternehmens fördern und das Unternehmen vor Schäden bewahren, entwerten und im Betrieb zu einem Klima des gegenseitigen Misstrauens führen. Zu beachten ist auch, dass Whistleblower keineswegs immer so altruistisch handeln, wie diese es gerne glauben machen. Bei den von Frau *Heinisch* dargestellten Missständen im Altenheim lässt der Sachverhalt den Schluss zu, dass es dieser jedenfalls auch um ihre eigene Arbeitsbelastung ging und nicht ausschließlich um das Patientenwohl.

Zutreffenderweise ist daher der Schutz von gegen die Rechtsordnung verstoßenden Tatsachen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gerechtfertigt. Die Rechte des Beschäftigten sind auf der Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen²⁷, die besser dem Einzelfall gerecht werden kann. Insbesondere ist stets als milderer Mittel die Möglichkeit zu prüfen, zunächst eine betriebsinterne Klärung herbeizuführen, indem der Arbeitgeber zunächst auf die Missstände angesprochen und von ihm eine Lösung verlangt wird. Ist demnach zu erwarten, dass der Arbeitgeber einer Beschwerde abhelfen oder ihr zumindest nachgehen wird, ist eine Anzeige schon aus dem Gesichtspunkt des Übermaßverbots unzulässig²⁸.

II. Gesetzlicher Schutz während des bestehenden Arbeitsverhältnisses

1. Verschwiegenheitspflichten als vertragliche Nebenpflichten

Betriebs- beziehungsweise Geschäftsgeheimnisse und das im Unternehmen erarbeitete Know-how stellen für den Arbeitgeber einen erheblichen wirtschaftlichen Wert dar²⁹. Jede Informationsweitergabe durch Arbeitnehmer, durch die dieses Wissen Dritten zugänglich wird, ist für den Arbeitgeber eine drohende Vermögensgefährdung. Ausgehend von diesem erhöhten Schutzinteresse des Arbeitgebers, das auch verfassungsrechtlich durch Art. 12 GG unterstützt wird, sind Verschwiegenheitspflichten als vertragliche Nebenpflichten auch ohne eine ausdrückliche Vereinbarung

²⁷ Köhler/Bornkamm (Fn. 6), § 17 Rn. 9.

²⁸ Preis, in: ErfK (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 717; Preis/Reinfeld, Schweigerecht und Anzeigepflicht im Arbeitsverhältnis, AuR 1989, 373.

²⁹ Ann, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 1.

im Arbeitsvertrag anerkannt³⁰. Zur dogmatischen Herleitung dieser vertragsimmanenten Verschwiegenheitspflicht wird auf § 242 BGB³¹ („Treu und Glauben“) und § 241 Abs. 2 BGB³² („Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“) verwiesen. Gerade das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist wegen der erhöhten gegenseitigen Abhängigkeit in besonderem Maße von Treue- und Rücksichtnahmepflichten geprägt³³. Der Arbeitnehmer ist daher wegen dieses Treueverhältnisses auch ohne ausdrückliche Regelung in seinem Arbeitsvertrag zur Verschwiegenheit verpflichtet³⁴.

Diese ist aber aufgrund der berechtigten Interessen des Arbeitnehmers nicht grenzenlos, sondern findet inhaltlich ihre Grenze im Schutz nicht aller betriebsbezogenen Tatsachen, sondern nur der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse³⁵. Zudem ist sie grundsätzlich auf die tatsächliche Vertragslaufzeit begrenzt³⁶. Die vertragliche Verschwiegenheitspflicht als solche endet somit grundsätzlich mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses – der nachvertragliche Schutz, der noch erörtert werden wird, bedarf der besonderen und weitergehenden Begründung³⁷.

Verstößt der Arbeitnehmer gegen diese vertragliche Nebenpflicht, kann der Arbeitgeber der Pflichtverletzung mit einer Abmahnung, bei Wiederholung oder besonderer Intensität auch mit einer ordentlichen oder sogar außerordentlichen Kündigung, begegnen³⁸. Ergänzend sind vertragliche Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB denkbar.

Dieser vertragliche Schutz hat aber auch Schwächen: In der Praxis bestehen häufig Beweisschwierigkeiten³⁹. Zudem ist aufgrund der rein vertraglichen Basis der Verschwiegenheitspflicht deren Geltung auf das Verhältnis zwischen den Parteien beschränkt. Der Arbeitgeber kann, gestützt auf die vertragliche Verschwiegenheitspflicht, gegen den Arbeitnehmer vorgehen – nicht aber gegen den Dritten, dem das Geheimnis verraten wurde und der es nutzt, denn dieser hat keine Vertragspflichtverletzung begangen. Selbst das UWG bleibt hier als Waffe stumpf: Das bloße Aus-

30 Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 611 BGB Rn. 350.

31 Linck, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl. 2011, § 55 Rn. 51.

32 Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 48 Rn. 32.

33 Reichold, in: MünchArbR (Fn. 32), § 47 Rn. 2.

34 Rolfs, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 2009, Kapitel II V 20, Rn. 4.

35 Preis, in: ErfK (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 711.

36 Rolfs, in: Preis (Fn. 34), Kapitel II V 20 Rn. 7.

37 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 56 f.

38 Müller-Glöge, in: ErfK (Fn. 4), § 626 BGB Rn. 154.

39 BAG 19.5.1998 – 9 AZR 394/97, NJW 1999, 2062.

nutzen eines fremden Vertragsbruchs ist als solches noch nicht wettbewerbswidrig, wenn die Kenntniserlangung selbst nicht zu beanstanden war⁴⁰.

2. Allgemeines Verbot der Wettbewerbstätigkeit, § 60 HGB

Flankiert wird der Geheimnisschutz durch das allgemeine Verbot der Konkurrenztätigkeit gemäß § 60 HGB. Wie schon die allgemeinen vertragsimmanenten Verschwiegenheitspflichten folgt auch das Wettbewerbsverbot aus dem Rechtsgedanken der §§ 241 Abs. 2, 242 BGB⁴¹. Das Wettbewerbsverbot bedarf daher keiner ausdrücklichen Vereinbarung. Anders als die Verschwiegenheitspflichten hat das Verbot durch § 60 HGB zudem eine gesetzliche Konkretisierung erfahren⁴².

Dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen dient § 60 HGB damit mittelbar: Die Tätigkeit für einen Wettbewerber wird unterbunden und damit Anlass und Kommerzialisierbarkeit des Geheimnisverrats. Vertraglicher Geheimnisschutz und vertragliches Wettbewerbsverbot, die beide ihre Wurzel in der vertraglichen Treuepflicht des § 241 Abs. 2 BGB haben, ergänzen einander daher, indem das Verbot des Geheimnisverrats konkret die für den Arbeitgeber besonders schädliche Handlung unterbindet, während das Wettbewerbsverbot generell die Gefährdung der Treuepflicht durch kollidierende Loyalitätspflichten bei der Tätigkeit für einen Wettbewerber oder kollidierendes Eigeninteresse bei der eigenen Wettbewerbstätigkeit verhindert. Eine rechtlich unbeanstandete Basis für den Geheimnisverrat an einen Wettbewerber wird für den Arbeitnehmer daher ausgeschlossen.

Die Praxis nahm die Existenz dieses Schutzes vor bloßer Gefährdung lange Zeit als selbstverständlich hin. Die massive Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers durch das vertragliche Wettbewerbsverbot wurde in ihrem ganzen Ausmaß kaum zur Kenntnis genommen. Das zwischenzeitlich als selbstverständliches Element der Berufsfreiheit des Art. 12 GG erkannte Recht des Arbeitnehmers auf Nebentätigkeiten⁴³ sollte sein jähes Ende bei jeder Wettbewerbstätigkeit finden. Tatsächlich hielt das BAG lange Zeit eine bloße abstrakte Gefährdung für ausreichend, ohne zu fragen, ob die konkrete Tätigkeit des Arbeitnehmers überhaupt Interes-

40 *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 7), § 17 Rn. 26.

41 *Preis*, in: *ErfK* (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 869.

42 BAG 16.8. 1990 – 2 AZR 113/90, AP Nr. 10 zu § 611 BGB, Treuepflicht = *EzA* § 4 KSchG nF Nr. 38 = DB 1991, 1682.

43 *Preis*, in: *ErfK* (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 724; BAG 18.1. 1996 – 6 AZR 314/95, AP Nr. 25 zu § 242 BGB Auskunftspflicht = *NZA* 1997, 41.

sen des Arbeitgebers gefährden konnte⁴⁴. Hier hat das BAG in der Entscheidung vom 24.3. 2010 allerdings eine Kehrtwende vollzogen. Die bloße abstrakte Gefährdung von Loyalitätspflichten reicht nun nicht mehr aus. Die Beeinträchtigung von Interessen des Arbeitgebers muss konkret dargelegt werden. Damit wird das vertragliche Wettbewerbsverbot richtigerweise auf seinen sachlich berechtigten Kern zurückgeführt.

Der Wortlaut des § 60 HGB ist damit zur Bestimmung der Grenzen des vertraglichen Wettbewerbsverbots kaum noch hilfreich⁴⁵. Schon vor der Kehrtwende des BAG im Urteil vom 24.3. 2010 wurde § 60 HGB korrigierend ausgelegt⁴⁶. Insbesondere kann der Norm kein umfassendes Nebentätigkeitsverbot entnommen werden⁴⁷. Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich frei, eine Nebenbeschäftigung aufzunehmen, solange er nicht gegen gesetzliche Vorgaben (zum Beispiel durch die Überschreitung der Arbeitszeitgrenzen des ArbZG) verstößt oder die Nebentätigkeit die geschuldete Arbeitsleistung beeinträchtigt⁴⁸. Das vertragliche Wettbewerbsverbot beschränkt sich auf ein Verbot von selbständigen Wettbewerbsunternehmungen (Nebentätigkeit als Wettbewerber) und der Tätigkeit für einen Wettbewerber⁴⁹.

Gemäß § 60 Abs. 1 HGB darf der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweig des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen – das ist einerseits mit der Beschränkung auf Handlungsgehilfen zu eng, andererseits mit dem generellen Verbot des Betreibens eines Handelsgewerbes wegen Verstoßes gegen die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG zu weit⁵⁰. § 60 HGB findet nicht nur auf Handlungsgehilfen, sondern auf alle Arbeitnehmer Anwendung⁵¹ – auch wenn der Gesetzgeber eine Klarstellung, wie sie mit § 110 GewO für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot geschaffen wurde, verabsäumt hat. § 60 Abs. 1 Alt. 1 HGB untersagt nur den Betrieb eines Handelsgewerbes „im Geschäftsbereich“ des Arbeitgebers⁵². Es werden grundsätzlich auch keine Maßnahmen zur Vorbereitung

44 BAG 16.8. 1990 – 2 AZR 113/90 (Fn. 42) zu III 2 c, cc der Gründe; BAG 24.3. 2010 – 10 AZR 66/09, NZA 2010, 693.

45 BAG 25.5. 1970 – 3 AZR 384/69, AP Nr. 4 zu § 60 HGB; BAG 12.5. 1972 – 1 AZR 99/72, AP Nr. 6 zu § 60 HGB.

46 BAG 25.5. 1970 – 3 AZR 384/69 (Fn. 45); BAG 12.5. 1972 – 1 AZR 99/72 (Fn. 45).

47 Oetker, in: ErfK (Fn. 4), § 60 HGB Rn. 4 f.

48 Preis, in: ErfK (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 724 f.

49 Diller, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 30), § 60 HGB Rn. 13.

50 Diller, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 30), § 60 HGB Rn. 13

51 BAG 17.10. 1969 – 3 AZR 442/68, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht = DB 1970, 497.

52 BAG 25.5. 1970 – 3 AZR 384/69 (Fn. 45).

von Konkurrenzaktivitäten erfasst; diese Grenze wird erst überschritten, wenn der Arbeitnehmer konkret am Markt tätig wird⁵³. Es ist also zulässig, dass der Arbeitnehmer eine Gesellschaft gründet oder bereits Mietverträge abschließt. Eine gegen § 60 HGB verstoßende Wettbewerbstätigkeit liegt erst vor, wenn die Vorbereitungshandlung schon konkrete Interessen des Arbeitgebers berührt, wie beispielsweise eine frühzeitige Kontaktaufnahme zu (potenziellen) Kunden.

Untersagt ist in der zweiten Tatbestandsalternative auch die Tätigkeit für einen Wettbewerber des Arbeitgebers – nach neuerer Rechtsprechung des BAG nunmehr verfassungskonform reduziert auf Wettbewerbshandlungen, die eine konkrete Gefährdung oder Beeinträchtigung von Interessen des Arbeitgebers begründen⁵⁴.

Zeitlich ist das Wettbewerbsverbot auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt. Da das Verbot an den Bestand des Arbeitsverhältnisses anknüpft, gilt das Verbot auch während Krankheit, Elternzeit und Arbeitskampf⁵⁵. Dasselbe gilt auch während einer Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht⁵⁶. Allerdings soll aus Sicht des BAG bei einer einseitigen Freistellung unter Anrechnung anderweitigen Erwerbs von einer stillschweigenden Einwilligung in die Konkurrenzaktivität auszugehen sein⁵⁷.

Bei Verstößen kann der Arbeitgeber mit Unterlassungsansprüchen⁵⁸, die auch als einstweilige Verfügung durchgesetzt werden können⁵⁹, reagieren. Der Arbeitgeber kann zudem gemäß § 61 Abs. 1 HGB in Verbindung mit §§ 249 ff. BGB vom Arbeitnehmer Schadensersatz verlangen⁶⁰. Zudem sieht § 61 Abs. 1 Halbs. 2 HGB ein Eintrittsrecht des Arbeitgebers vor: Er kann die von dem Arbeitnehmer getätigten (Konkurrenz-) Geschäfte an sich ziehen⁶¹. Die Rechte nach § 61 Abs. 1 HGB unterliegen jedoch nach Abs. 2 einer sehr kurzen (dreimonatigen) Verjährungsfrist⁶².

53 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 25.

54 BAG 24.3. 2010 – 10 AZR 66/09 (Fn. 44).

55 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 13.

56 Reinecke, in: Küttner, Personalbuch 2012, Kapitel 459 Rn. 10.

57 BAG 6.9. 2006 – 5 AZR 703/05, DB 2006, 2583.

58 Oetker, in: ErfK (Fn. 4), § 61 HGB Rn. 1.

59 LAG Baden-Württemberg 24.11. 1967 – 7 Sa 106/67, BB 1968, 708; LAG Düsseldorf 1.3. 1972 – 2 Sa 520/71, DB 1972, 878.

60 BAG 26.9. 2007 – 10 AZR 511/06, AP Nr. 4 zu § 61 HGB.

61 Oetker, in: ErfK (Fn. 4), § 61 HGB Rn. 5.

62 Oetker, in: ErfK (Fn. 4), § 61 HGB Rn. 7.

Zudem hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitnehmer wegen der Wettbewerbstätigkeit grundsätzlich sogar fristlos zu kündigen⁶³. Diese Reaktionsmöglichkeit ist für den Arbeitgeber allerdings zweischneidig. Durch die außerordentliche Kündigung wird der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses aufgehoben und die unerwünschte Konkurrenztaetigkeit damit für die Zukunft „legalisiert“: Die fristlose Kündigung schließt die Unterlassungsansprüche aus⁶⁴.

3. § 17 UWG

Der Geheimnisschutz durch die vertragliche Verschwiegenheitspflicht wird ergänzt durch §§ 17 ff. UWG. Es handelt sich um strafrechtliche Normen, die den Geheimnisverrat (§ 17 Abs. 1 UWG), die Betriebsspionage (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG) und die Geheimnishehlerei (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG) sanktionieren. Die Normen sind, was häufig übersehen wird, keine rein wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, sondern auch – und gerade – im Arbeitsrecht anwendbar⁶⁵ und ergänzen den rein vertraglichen Geheimnisschutz effektiv.

a) Geheimnisverrat, § 17 Abs. 1 UWG

Nach § 17 Abs. 1 UWG wird bestraft, wer als beschäftigte Person ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemand zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, mitteilt. Täter kann damit nur der bei einem Unternehmen Beschäftigte sein⁶⁶. Die Norm ist ein echtes Sonderdelikt⁶⁷. § 17 UWG gilt nicht für freie Mitarbeiter oder Leiharbeitnehmer⁶⁸. Diese Schutzlücke wird allerdings teilweise dadurch geschlossen, dass diese Personengruppen Täter der zweiten Tatbestandsalternative, der Industriespionage, sein können⁶⁹.

Das Betriebsgeheimnis muss dem Täter „im Rahmen des Dienstverhältnisses“ anvertraut worden sein beziehungsweise zugänglich werden. Anver-

63 BAG 28.1. 2010 – 2 AZR 1008/08, EzA § 626 BGB 2002 Nr. 30; BAG 26.6. 2008 – 2 AZR 190/07, AP Nr. 213 zu § 626 BGB.

64 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 43.

65 Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 30), § 611 BGB Rn. 352.

66 Loschelder, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 100.

67 Rengier, in: Fezer (Hrsg.), UWG, Bd. 2, 2. Aufl. 2010, § 17 Rn. 30; Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza (Fn. 11) § 17 Rn. 13; Brammsen, in: MünchKommLauterkeitsR (Fn. 17), § 17 Rn. 61.

68 Köhler-Bornkamm (Fn. 6), § 17 Rn. 14.

69 Rengier, in: Fezer (Fn. 67), § 17 Rn. 52.

traut ist ein Geheimnis dann, wenn es unter Auferlegung einer Schweigepflicht mitgeteilt wurde⁷⁰. Zugänglich wird ein Geheimnis, wenn der Täter Kenntnis im Rahmen des Dienstverhältnisses erlangt⁷¹.

Strafbare Handlung ist das unbefugte Mitteilen des Geheimnisses⁷². Die Norm setzt daher stets eine Kommunikation mit Dritten voraus⁷³. Verhaltensweisen, die vor einer Kommunikation liegen (zum Beispiel Kopieren), sind als solche gemäß § 17 Abs. 1 UWG nicht strafbar, können allerdings durch Abs. 2 erfasst werden⁷⁴. „Unbefugt“ handelt der Täter, wenn er kein Recht zur Mitteilung hat, etwa weil er gegen dienstliche Geheimhaltungspflichten verstoßen würde⁷⁵. Es handelt sich bei dem Merkmal „unbefugt“ allerdings nicht um ein Tatbestandsmerkmal, sondern um einen Rechtfertigungsgrund⁷⁶. Ein Geheimnisverrat ist nach § 17 Abs. 1 UWG nur während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses möglich⁷⁷. Nachvertragliches Verhalten des Arbeitnehmers kann nur durch Abs. 2 erfasst werden.

Subjektiv werden neben dem allgemeinen Tatbestandsvorsatz weitere subjektive Elemente vom Täter gefordert: Der Täter muss zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten Dritter oder mit Schädigungsabsicht handeln.

b) Industriespionage, § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG

Weitergehend als § 17 Abs. 1 UWG, dessen Anwendungsbereich kaum über die vertraglichen Nebenpflichten zur Verschwiegenheit hinausgeht, erfasst § 17 Abs. 2 UWG – die sogenannte Betriebsspionage – auch Handlungen im Vorfeld einer Weitergabe des Geheimnisses. Es ist in dieser Variante keine Kommunikation erforderlich⁷⁸. Täter einer Betriebsspionage kann jedermann sein⁷⁹. Der Anwendungsbereich beschränkt sich nicht auf beim Unternehmen Beschäftigte. Auch ist Betriebsspionage nicht auf die Dauer

70 *Brammsen*, in: MünchKommLauterkeitsR (Fn. 17), § 17 Rn. 34.

71 *Rengier*, in: Fezer (Fn. 67), § 17 Rn. 33.

72 *Rengier*, in: Fezer (Fn. 67), § 17 Rn. 34; *Baumbach/Hefermehl*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 27. Aufl. 2009, § 17 Rn. 16.

73 Auch für eine Strafbarkeit durch Unterlassen: *Rengier*, in: Fezer (Fn. 67), § 17 Rn. 35.

74 *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 7), § 17 Rn. 18.

75 *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 7), § 17 Rn. 11.

76 *Loschelder*, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 102.

77 *Loschelder*, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 103.

78 *Loschelder*, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 109.

79 *Rengier*, in: Fezer (Fn. 67), § 17 Rn. 52.

des Arbeitsverhältnisses beschränkt. Auch nachvertragliches Verhalten kann über Abs. 2 sanktioniert werden⁸⁰.

Tathandlung ist das unbefugte „Sichverschaffen“ beziehungsweise „Sich-sichern“ von Betriebsgeheimnissen. Der Täter verschafft sich ein Betriebsgeheimnis, indem er Kenntnis von ihm erlangt⁸¹. Der Täter „sichert sich“ ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, indem er das ihm bereits bekannte Geheimnis dauerhaft und zur wiederholten Möglichkeit der Kenntnisaufnahme verfestigt. Hierunter fällt insbesondere das Abschreiben, Kopieren oder Speichern von Geschäftsunterlagen⁸².

Diese Tathandlungen müssen begangen werden durch Anwendung technischer Mittel, Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses oder Wegnahme einer Sache, in der das Geheimnis verkörpert ist. Technische Mittel sind beispielsweise Abhörgeräte, Kameras, Kopierer, aber auch Handys und Computer⁸³. Die Herstellung einer verkörperten Wiedergabe erfasst sowohl die Kopie beziehungsweise Speicherung als auch den Nachbau einer Maschine. Der Begriff „Wegnahme“ ist entsprechend zum Diebstahl (§ 242 StGB) auszulegen⁸⁴.

Im subjektiven Tatbestand unterscheiden sich Geheimnisverrat und Betriebsspionage nicht.

c) Geheimnishehlerei, § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Durch die sogenannte Geheimnishehlerei gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG wird auch der vom Geheimnisverrat profitierende Dritte, dessen man mit den bloßen vertraglichen Geheimhaltungspflichten nicht habhaft werden kann, in die Strafbarkeit einbezogen. Die Geheimnishehlerei ist ein zweifaktiges Delikt, das sich ähnlich der Hehlerei aus einer Vortat und einer Nachtat zusammensetzt⁸⁵.

Zunächst muss als Vortat das Betriebsgeheimnis entweder durch einen Geheimnisverrat, eine eigene oder fremde Betriebsspionage oder sonst unbefugt erlangt worden sein. Es ist erforderlich, dass die Vortat vorsätzlich begangen wurde, da ansonsten schon der Tatbestand „Geheimnisverrat“ beziehungsweise „Betriebsspionage“ nicht verwirklicht ist⁸⁶. Der letzten Variante („sonst unbefugt verschafft oder gesichert“) kommt eine Auf-

80 Rengier, in: Fezer (Fn. 67), § 17 Rn. 50.

81 Köhler/Bornkamm (Fn. 6), § 17 Rn. 30.

82 Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza (Fn. 11), § 17 Rn. 18.

83 Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 7), § 17 Rn. 22.

84 Loschelder, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 111.

85 Loschelder, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 113.

86 Loschelder, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 115.

fangfunktion zu. Was unter „unbefugt“ zu verstehen ist, ist allerdings noch nicht abschließend geklärt, insbesondere ob jedes vertragswidrige Verhalten⁸⁷ bereits unbefugt ist.

In einem zweiten Schritt muss der Täter als Nachtat das Geheimnis unbefugt verwerten beziehungsweise jemandem mitteilen (= Nachtat). Die „unbefugte Verwertung“ setzt einen wirtschaftlichen Nutzen (nicht zwangsläufig für den Täter) voraus⁸⁸. Eine rein ideale Nutzung, etwa in einer wirtschaftlichen Publikation, ist zulässig⁸⁹. Die „unbefugte Mitteilung“ wird in Parallele zum „Geheimnisverrat“ ausgelegt⁹⁰. Auch der subjektive Tatbestand unterscheidet sich nicht von den übrigen Varianten des § 17 UWG.

d) Bedeutung des § 17 UWG

§ 17 UWG kann damit einige Schwächen des rein vertraglichen Geheimnisschutzes wirksam kompensieren. Sanktioniert wird nicht lediglich der bloße Geheimnisverrat, also die Weitergabe des Geheimnisses, sondern bereits die bloße Gefährdung des Geheimnisses durch das „Sichverschaffen“ und die Sicherung. Auch kann gegen den Dritten, der mit der Geheimnishehlerei eine eigene Straftat begeht, ebenso auf Unterlassung oder Schadensersatz wirksam vorgegangen werden: Die entsprechenden Ansprüche ergeben sich aus §§ 3, 4 Nr. 11, 17, 8 UWG.

Zudem verbessert § 17 UWG als Straftatbestand entscheidend die Aufklärungsmöglichkeiten des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber ist nicht darauf beschränkt, eigene Ermittlungen anzustellen, die häufig an datenschutzrechtliche Grenzen stoßen, sondern er kann über das Recht auf Akteneinsicht nach § 406e StPO versuchen, von staatsanwaltlichen Ermittlungen, die auch Möglichkeiten wie die Hausdurchsuchungen und Ähnliches umfassen, zu profitieren. Zwar wird eine Verurteilung gemäß § 17 UWG selten sein, da die Norm, wenn nicht die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht, ein Privatklagedelikt ist⁹¹, jedoch sind in der Praxis viele Staatsanwaltschaften bereit, bei entsprechendem Anfangsverdacht zu ermitteln.

87 BGH 14.1. 1999 – 1 ZR 2/97 GRUR 1999, 934, 936 (Weinberater).

88 Loschelder, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 122.

89 Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza (Fn. 11), § 17 Rn. 37; anderer Ansicht Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 7), § 17 Rn. 35.

90 Loschelder, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 124.

91 Heghmanns, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (HWSt), 3. Aufl. 2011, Kapitel VI 1 Rn. 68.

4. Arbeitnehmererfindungsgesetz

Ein spezielles Geheimhaltungsgebot enthält das ArbNErfG. Auch dieses Gesetz wird, wie § 17 UWG, in seiner grundlegenden Bedeutung für den betrieblichen Know-how- und Geheimnisschutz häufig verkannt.

Regelmäßig entsteht betriebliches Know-how durch Erfindungen der Arbeitnehmer. Das ArbNErfG trägt dem Umstand Rechnung, dass das Recht am Arbeitsergebnis zunächst dem Arbeitgeber zusteht⁹² und nach dem Erfinderprinzip zunächst nur der tatsächliche Erfinder Rechte an seiner Erfindung hat⁹³. Der Arbeitgeber hat allerdings die Möglichkeit, die Rechte an der Erfindung an sich zu ziehen, indem er die Erfindung gemäß § 6 ArbNErfG in Anspruch nimmt⁹⁴. Der Arbeitgeber kann sich so umfassend alle Rechte aus Erfindungen (beziehungsweise Verbesserungsvorschlägen, vgl. § 3 ArbNErfG) des Arbeitnehmers sichern. Als Erfindungen im Sinne des Gesetzes gelten sowohl Dienstervfindungen, also während der Dauer der Arbeitszeit gemachte Erfindungen, als auch freie Erfindungen⁹⁵. Der Arbeitnehmer hat gemäß § 5 ArbNErfG eine unverzügliche Meldepflicht bezüglich Dienstervfindungen und gemäß § 18 Abs. 1 ArbNErfG eine unverzügliche Mitteilungspflicht bezüglich freier Erfindungen.

Nach der Meldung kann der Arbeitgeber entscheiden, ob er die Erfindung für sich in Anspruch nehmen will oder sie frei gibt. § 6 Abs. 2 ArbNErfG enthält nunmehr eine Fiktion, wonach die Inanspruchnahme als erklärt gilt, wenn der Arbeitgeber die Dienstervfindung nicht bis zum Ablauf von vier Monaten nach Eingang der Meldung gegenüber dem Arbeitnehmer durch Erklärung in Textform freigibt. Folge der Inanspruchnahme der Erfindungen ist die Pflicht zur gesonderten Vergütung der Erfindung gemäß § 9 ArbNErfG.

Die arbeitgeberschützende Funktion des ArbNErfG wird häufig verkannt. Diese wird für viele Arbeitgeber überlagert von der – häufig unbegründeten – Furcht vor der an den Arbeitnehmererfinder zu zahlenden Vergütung. Tatsächlich verfolgt das ArbNErfG das wesentliche Ziel, das im Betrieb entstehende Know-how auch umfassend für diesen zu sichern⁹⁶. Alle Erfindungen des Arbeitnehmers werden also zunächst für den Arbeitgeber gesichert. Diese grundlegende Entscheidung des Gesetzgebers, das betriebliche Know-how, das durch Tätigkeit der Arbeitnehmer entsteht, umfassend für den Arbeitgeber und den Betrieb zu sichern, wurde in der Pra-

92 Himmelman, in: Reimer/Schade/Schippel, ArbEG, 8. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 32.

93 Himmelman, in: Reimer/Schade/Schippel (Fn. 92), Einleitung Rn. 26.

94 Rother, in: Reimer/Schade/Schippel (Fn. 92), § 6 Rn. 4 f.

95 Rother, in: Reimer/Schade/Schippel (Fn. 92), § 4 Rn. 22.

96 Himmelman, in: Reimer/Schade/Schippel (Fn. 92), Einleitung Rn. 26 f.; Bartenbach/Volz, Arbeitnehmererfindungen, 5. Aufl. 2010, Rn. 4.

xis vieler Unternehmen nicht nachvollzogen und gewürdigt. Tatsächlich haben viele Arbeitgeber das Wenige, was das Gesetz ihnen noch aufgab, die erforderliche Inanspruchnahme, unterlassen. Die Folgen dieser Fahrlässigkeit zeigte die Haftetikettenentscheidung des BGH: Der BGH wies die Erfindungen mangels wirksamer schriftlicher Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber den Erfindern zu, so dass die Erfindung für den Betrieb verloren war⁹⁷. Der Gesetzgeber reagierte, indem er die Anforderungen an die wirksame Inanspruchnahme senkte und das Gesetz um eine Fiktion der Inanspruchnahme ergänzte⁹⁸.

Bis zur Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber wird die Erfindung gemäß § 24 Abs. 2 ArbNErfG geschützt, der den Arbeitnehmer zur Geheimhaltung der Erfindung verpflichtet.

5. Bundesdatenschutzgesetz

Ein Geheimnisschutz für den Arbeitgeber kann sich mittelbar auch aus dem BDSG ergeben. § 5 BDSG bestimmt, dass es den bei der Datenverarbeitung beschäftigten Personen untersagt ist, personenbezogene Daten unbefugt zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen⁹⁹. Dieser Schutz der personenbezogenen Daten gemäß § 5 BDSG bewirkt, dass auch Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers mitgeschützt sind, sofern sie personenbezogene Daten sind (zum Beispiel Kundenlisten). Verpflichtet sind in erster Linie Beschäftigte mit Verarbeitungsbefugnissen. Es ist aber auch ausreichend, dass Mitarbeiter im Rahmen ihrer Tätigkeit Datenkenntnisse erlangen, so dass auch Angestellte ohne Datenverarbeitungsbefugnis wie beispielsweise Schreibkräfte von dem Verbot erfasst werden¹⁰⁰.

Abgesichert wird das Verbot durch die Bußgeldtatbestände gemäß § 43 Abs. 2, 3 BDSG, die die Verstöße mit einer Geldbuße bis zu 300.000 € ahnden und dem Straftatbestand gemäß § 44 BDSG, der bei Bereicherungs- beziehungsweise Schädigungsabsicht Verstöße mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert.

III. Vertragliche Erweiterungen des gesetzlichen Schutzes

Da die aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers (§§ 242, 241 Abs. 2 BGB) folgende allgemeine vertragliche Verschwiegenheitspflicht auf Betriebsbeziehungsweise Geschäftsgeheimnisse beschränkt ist¹⁰¹, stellt sich die Frage nach einer vertraglichen Erweiterung dieses Schutzes, da der

97 BGH 4.4. 2006 – X ZR 155/03, BGHZ 167, 118.

98 Bartenbach/Volz (Fn. 96), Rn. 165.

99 Lembke, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 30), § 5 BDSG Rn. 1 f.

100 Wank, in: ErfK (Fn. 4), § 5 BDSG Rn. 1.

101 Preis, in: ErfK (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 711.

Arbeitgeber häufig ein Interesse daran hat, Tatsachen, die aus verschiedenen Gründen nicht die Qualität eines Betriebsgeheimnisses erreicht haben, ebenfalls der Verschwiegenheit zu unterwerfen.

Unbestritten ist es dem Arbeitgeber möglich, die Verschwiegenheitspflichten individualvertraglich zu konkretisieren¹⁰²: Diese Konkretisierung stellt die vertraglichen Nebenpflichten nur deklaratorisch fest, erweitert sie jedoch nicht.

Erweiterungen der vertraglichen Nebenpflichten dagegen sind nur bedingt möglich. Zwar sind die gesetzlichen Regelungen zu Verschwiegenheitspflichten dispositiv¹⁰³, es müssen jedoch stets die Grenzen der Vertragsgestaltung aus den §§ 134, 138, 242 und 307 BGB beachtet werden¹⁰⁴. Für die konkrete Ermittlung der Grenzen der Vertragsfreiheit durch § 138 BGB sind dieselben Grundsätze heranzuziehen, die die Rechtsprechung zum Inhalt der Verschwiegenheitspflicht als arbeitsvertragliche Nebenpflicht entwickelt hat¹⁰⁵. Als Mindestvoraussetzung muss daher ein berechtigtes (wirtschaftliches) Interesse an der Erweiterung der Vertragspflichten bestehen, das der Arbeitgeber darzulegen hat. In einem zweiten Schritt erfolgt eine Interessenabwägung¹⁰⁶. Bei einer Erweiterung der Verschwiegenheitspflichten über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hinaus müssen die hierdurch beeinträchtigten Grundrechte (insbesondere Art. 12, 5 GG) berücksichtigt werden¹⁰⁷. Die individualvertragliche Erweiterung der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht ist daher nur sehr eingeschränkt möglich¹⁰⁸.

Jedenfalls unwirksam sind sogenannte „All-Klauseln“ – Vertragsklauseln, die Verschwiegenheitspflichten pauschal auf sämtliche betriebliche Tatsachen ausdehnen. Schon die Verpflichtung, über Kenntnisse und Erfahrungen, die der Arbeitnehmer aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewonnen hat und deren Verwertung oder Mitteilung an Dritte die Interessen des Betriebs schädigen kann, Stillschweigen zu bewahren, ist kritisch¹⁰⁹. Hier droht schon wegen der Unbestimmtheit der Klausel der Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 BGB). Eine solche Klausel wird aber auch einer Inhaltskontrolle kaum standhalten¹¹⁰.

102 Preis, in: ErfK (Fn. 4), § 611 BGB Rn. 714.

103 LAG Hamm 5.10. 1988 – 15 Sa 1403/88 (Fn. 16).

104 Rolfs, in: Preis (Fn. 34), Kapitel II V 20 Rn. 33.

105 LAG Hamm 5.10. 1988 – 15 Sa 1403/88 (Fn. 16).

106 Rolfs, in: Preis (Fn. 34), Kapitel II V 20 Rn. 34.

107 Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 30), § 611 BGB Rn. 350.

108 Rolfs, in: Preis (Fn. 34), Kapitel II V 20 Rn. 35 ff.

109 Beispiel nach Rolfs, in: Preis (Fn. 34), Kapitel II V 20 Rn. 32.

110 Rolfs, in: Preis (Fn. 34), Kapitel II V 20 Rn. 33; im Ergebnis (zu § 138 BGB) entsprechend BAG 19.5. 1998 – 9 AZR 394/97 (Fn. 39).

Individualvertragliche Erweiterungen der Verschwiegenheitspflicht müssen daher so genau wie möglich konkretisiert werden¹¹¹. Der Versuch, eine möglichst weite und auf viele Arbeitsverträge passende Generalklausel zu entwerfen, muss scheitern: Sinnvoll sein kann dagegen in begründeten Fällen eine auf den jeweiligen Betrieb zugeschnittene Klausel, die die geheim zu haltenden Tatsachen (etwa Rezepturen, Herstellungsverfahren, Kundenlisten) genau benennt.

IV. Nachvertraglicher Geheimnisschutz

Die Gefahr des Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen steigt mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses noch weiter: Mit dem Arbeitsverhältnis enden, wenn auch nicht alle rechtlichen Loyalitätspflichten, so doch vielfach die tatsächliche Loyalität des Arbeitnehmers und es steigt die Bereitschaft, Know-how des alten Arbeitgebers weiterzugeben. Gerade, wenn der Arbeitnehmer zu einem Wettbewerber gewechselt ist, gibt es häufig Anlässe und Anreize zur Weitergabe von Know-how.

Für den Arbeitgeber stellt sich damit die Frage nach einem wirksamen nachvertraglichen Geheimnisschutz.

1. Herausgabeklauseln

Erstes und einfachstes Element des nachvertraglichen Geheimnisschutzes ist es, dem Arbeitnehmer alle Unterlagen zu entziehen, in denen Know-how verkörpert ist. Hierzu werden in Arbeits- und Aufhebungsverträgen häufig Herausgabeklauseln vereinbart.

Die Klauseln sind grundsätzlich zulässig, schon weil sie regelmäßig ohnehin nur deklaratorisch sind. Dem Arbeitgeber stehen bereits gesetzlich umfassende Herausgabeansprüche gegen den Arbeitnehmer zu¹¹². Der Arbeitgeber ist regelmäßig Eigentümer, zumindest aber Besitzer der zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel. Der Arbeitnehmer hingegen erlangt keinen Besitz an ihnen. Er ist aufgrund des nach außen erkennbaren Abhängigkeitsverhältnisses zum Arbeitgeber nur Besitzdiener gemäß § 855 BGB¹¹³. Weigert er sich, die Arbeitsmittel herauszugeben, begeht er eine verbotene Eigenmacht, so dass dem Arbeitgeber bereits Herausgabeansprüche gemäß §§ 861, 862 BGB zustehen. Das gilt sogar für vom Arbeitnehmer selbst hergestellte Unterlagen: Auch hier ist der Arbeitgeber Eigentümer. Zwar erlangt gemäß § 950 BGB der Hersteller einer beweglichen Sache das Eigentum. Hersteller im Sinne von § 950 BGB ist aber

¹¹¹ Rolfs, in: Preis (Fn. 34), Kapitel II V 20 Rn. 34.

¹¹² Vgl. Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 68.

¹¹³ BGH 24.4.1952 – IV ZR 107/51, LM Nr. 2 zu § 1006 BGB; Bassenge, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. 2012, § 855 BGB Rn. 2.

nicht zwangsläufig der Verarbeiter selbst, sondern vielmehr derjenige, der herstellen lässt – der Arbeitgeber¹¹⁴.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Klarstellung ist die zusätzliche Vereinbarung von Herausgabeklauseln dennoch empfehlenswert. In solchen Klauseln kann beispielsweise auch der Umgang mit elektronisch gespeicherten Daten geregelt werden: Die Verpflichtung des Arbeitnehmers, auch solche elektronisch gespeicherten Daten herauszugeben und aus den ihm gehörenden Datenspeichern zu löschen und, komplementär, die Verpflichtung, dem Arbeitgeber die im Betrieb vorhandenen aber gegebenenfalls vom Arbeitnehmer durch Passwörter zusatzgesicherten Daten zugänglich zu machen.

2. Nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht

Die vertragliche Treuepflicht mit der aus ihr folgenden Verschwiegenheitspflicht endet nicht mit der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Nachvertragliche Verschwiegenheitspflichten werden von der Rechtsprechung anerkannt¹¹⁵. Eine unbeschränkte Fortschreibung des für die vertraglichen Pflichten Geltenden auf nachvertragliche Pflichten ist jedoch nicht möglich, da sich die Interessenlage der Beteiligten nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses grundlegend ändert: Nachvertragliche Pflichten können den Arbeitnehmer in besonderem Maße in seiner Berufsfreiheit tangieren¹¹⁶.

Das BAG begrenzt die nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht daher auf ein Verbot einer Verwertung von (verkörperten) Betriebsgeheimnissen durch Weitergabe der geheim zu haltenden Tatsache¹¹⁷. In diesem Fall seien die Arbeitgeberinteressen gegenüber den Arbeitnehmerinteressen vorrangig. Der Arbeitnehmer darf also auch nach Vertragsende keine Kundenlisten etc. veräußern und auf diese Weise für sich verwerten.

Nicht erfasst von der nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht ist aus Sicht des BAG hingegen die bloße Verwertung von Erfahrungswissen, selbst wenn es sich hierbei um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse handelt. Der Arbeitnehmer soll grundsätzlich frei darin sein, seinen eigenen Kopf zu benutzen – dieses Recht findet seine Grenze allerdings im Fassungsvermögen des Arbeitnehmerkopfes und dem im Gedächtnis gespei-

114 *Füller*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 6, 5. Aufl. 2009, § 950 BGB Rn. 21.

115 BAG 15.12.1987 – 3 AZR 474/86 (Fn. 5).

116 *Gaul*, Die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers, NZA 1988, 230.

117 BAG 15.6.1993 – 9 AZR 558/91, BAGE 73, 229.

cherten Wissen¹¹⁸. Die Verwertung von Wissen, welches der Arbeitnehmer nur durch in seinem Besitz befindliche Unterlagen abrufen kann, ist ihm nicht gestattet¹¹⁹. In Einzelfällen kann sogar die Verwertung von im Gedächtnis gespeichertem Erfahrungswissen unzulässig sein, wenn die Arbeitnehmerinteressen ausnahmsweise nicht schützenswert sind¹²⁰. Dies kann dann der Fall sein, wenn es dem Arbeitnehmer bei der Nutzung von Geheimnissen weniger um sein persönliches berufliches Fortkommen, als vielmehr um die Geheimnisweitergabe als solche und damit eine reine Schädigung des Arbeitgebers geht.

Während das BAG die Verwertung von Betriebsgeheimnissen durch Weitergabe oder Veräußerung der geheim zu haltenden Tatsache für unzulässig hält, hält der BGH jede Verwertung von Betriebsgeheimnissen – auch durch Weitergabe beziehungsweise Veräußerung – unter den oben genannten Voraussetzungen (redlich erlangt, insbesondere kein Verstoß gegen § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG; kein Wettbewerbsverbot) für zulässig. Der BGH ist sich der Divergenz bewusst, hält jedoch an seiner Rechtsprechung fest¹²¹.

Dieser Widerspruch in der Rechtsauffassung der beiden Gerichte erklärt sich aus den unterschiedlichen Begründungsansätzen der Gerichte: Das BAG stützt seine Rechtsprechung auf die vertraglichen Nebenpflichten¹²², während der BGH sich auf die Wertung des § 17 UWG stützt¹²³. Aus einem Umkehrschluss aus § 17 Abs. 2 UWG folgt für den BGH, dass aus wettbewerbsrechtlicher Sicht jeglicher nachvertragliche Umgang mit Betriebsgeheimnissen unbedenklich ist, solange diese nur befugt erlangt wurden¹²⁴. Solange also ein Betriebsgeheimnis, welches der ausscheidende Arbeitnehmer in seinem Gedächtnis bewahrt, nicht unbefugt erlangt wurde, kann es wettbewerbsrechtlich nach § 17 Abs. 2 UWG keinen Unterschied machen, ob er das Geheimnis selbst nutzt oder weiterveräußert.

Das vom BAG angenommene Verbot einer Verwertung durch Weitergabe der geheim zu haltenden Tatsache bezieht sich ausdrücklich nur auf nachvertragliche Verschwiegenheitspflichten, die aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht resultieren¹²⁵. Die arbeitsrechtliche Treuepflicht ist jedoch

118 *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 7), § 17 Rn. 49.

119 *Loschelder*, in: *Ann/Loschelder/Grosch* (Fn. 3), Kapitel 1 Rn. 209; *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 7), § 17 Rn. 49.

120 BGH 27.4. 2006 – I ZR 126/03, GRUR 2006, 1044.

121 BGH 3.5. 2001 – I ZR 153/99, MDR 2001, 1369.

122 BAG 15.6. 1993 – 9 AZR 558/91 (Fn. 117).

123 BGH 3.5. 2001 – I ZR 153/99 (Fn. 121).

124 BGH 21.12. 1962 – I ZR 47/61, BGHZ 38, 391, 396 (Industrieböden).

125 BAG 15.6. 1993 – 9 AZR 558/91 (Fn. 117).

weniger geprägt durch das Begriffspaar „befugt – unbefugt“, als durch das Verbot, den Arbeitgeber zu schädigen. Anders als bei der bloßen (sozialadäquaten) Ausnutzung von Wissen zum eigenen beruflichen Fortkommen, die auch das BAG für zulässig hält, tritt aus Sicht des BAG bei der Weitergabe beziehungsweise Veräußerung von Betriebsgeheimnissen die rechtswidrige Schädigung des Arbeitgebers in den Vordergrund.

Die Grenzen der BAG-Rechtsprechung sind jedoch nicht eindeutig, zumal sich die meisten der (wenigen) Entscheidungen auf Kundendaten beziehen und nicht auf technisches Know-how. Bei technischem Know-how nahm das BAG in der Vergangenheit im Thrombosol-Fall¹²⁶ bei der Nutzung einer Rezeptur einen Verstoß gegen die nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht an. Das könnte so zu verstehen sein, dass die Nutzung technischen Wissens in einem fremden betrieblichen Zusammenhang keine bloße Verwertung des Wissens, sondern ein Fall der – verbotenen – Weitergabe sei. Ob dieses Verständnis richtig ist und ob das BAG den Thrombosol-Fall heute noch ähnlich entscheiden würde, ist jedoch unsicher. Ausdrücklich aufgegeben wurden die Ergebnisse der Thrombosol-Entscheidung zwar nie. Allerdings hielt das BAG in der nachfolgenden und ebenfalls technische Prozesse als Betriebsgeheimnis betreffenden Kantenbänder-Entscheidung¹²⁷ die bloße Nutzung von betrieblich erworbenem Know-how nicht für einen Verstoß gegen vertragliche Verschwiegenheitspflichten – jedenfalls solange nicht nachgewiesen sei, dass rechtswidrig beschaffte oder beim Ausscheiden zurückgehaltene Informationsträger verwandt worden seien. Das spricht dafür, dass auch bei technischen Geheimnissen die Grenzen zwischen erlaubter Nutzung und verbotener Weitergabe nicht anders zu ziehen sind als bei Kundendaten. Dafür kann auch sprechen, dass das BAG in der Thrombosol-Entscheidung nicht entschieden hat, ob eine erlaubte oder unerlaubte Nutzung vorliege. Es hat ohne weitere Ausführungen nur die Annahme des Berufungsgerichts, es liege bereits kein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis vor, korrigiert¹²⁸.

Die Kantenbänder-Entscheidung des BAG illustriert jedoch anschaulich eine weitere erhebliche Hürde für den wirksamen nachvertraglichen Geheimnisschutz des Arbeitgebers: die Beweissituation. Es reicht für den Arbeitgeber nicht aus, nur die Nutzung des Geheimnisses darzulegen, er muss zugleich auch darlegen, dass dies unter Nutzung von illegalen Unterlagen geschah¹²⁹ – ein häufig aussichtsloses Unterfangen. Weitere Hürden sind ebenfalls prozessualer Art: Die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, deren weitere Nutzung untersagt werden soll, müssen in der Antragschrift

¹²⁶ BAG 16.3. 1982 – 3 AZR 83/79 (Fn. 13).

¹²⁷ BAG 19.5. 1998 – 9 AZR 394/97 (Fn. 39).

¹²⁸ BAG 16.3. 1982 – 3 AZR 83/79 (Fn. 13).

¹²⁹ BAG 19.5. 1998 – 9 AZR 394/97 (Fn. 39).

hinreichend genau bezeichnet werden: Es muss deutlich beschrieben werden, was geschützt werden soll; allerdings muss das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis nicht offenbart werden. Die hierdurch entstehenden Hürden sind häufig schwer zu nehmen¹³⁰.

Die Auffassung des BAG, dass dem Arbeitnehmer die Nutzung und Verwertung von bloßem Erfahrungswissen nicht ohne weiteres verboten werden kann, ist naheliegend. Nur so kann die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers wirksam geschützt werden. Ein wirksamer Know-how-Schutz kann mit dieser Regelung allein noch nicht erzielt werden.

3. Vertragliche Regelungen und die Abgrenzung zum nachvertraglichen Wettbewerbsverbot

Die Schutzlücken, die die nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht als vertragliche Nebenpflicht lässt, lassen eine vertragliche Ergänzung dieses Schutzes als sinnvoll erscheinen. Tatsächlich ist hier die schlagwortartige Antwort, eine vertragliche Ergänzung dieses Schutzes sei nicht möglich, inkorrekt.

Die gerichtlichen Entscheidungen zum Thema befassen sich nämlich nicht primär mit den Grenzen solcher Verbote, sondern problematisieren vorrangig die Frage, ab wann weitreichende nachvertragliche Verschwiegenheitspflichten den Charakter eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots gewinnen¹³¹. Diese Grenzziehung ist deshalb von grundlegender Bedeutung, da ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, um wirksam zu sein, die Grenzen der §§ 74 ff. HGB, die für alle Arbeitnehmer (vgl. § 110 GewO) geltende Vorgaben für die Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote enthalten, beachten muss. Dazu gehört vor allem die Zusage einer den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Karenzentschädigung¹³². § 74 Abs. 2 HGB fordert als Mindestentschädigung die Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen. Da die vom BAG zu beurteilenden Klauseln zur Erweiterung der nachvertraglichen Verschwiegenheitspflichten keine Karenzentschädigungszusage enthielten, waren sie schon aus diesem Grund unwirksam¹³³.

Damit kann aber grundsätzlich auch eine Regelung über weitreichende nachvertragliche Verschwiegenheitspflichten, wenn die Vorgaben der §§ 74 ff. HGB eingehalten werden, wirksam sein. Voraussetzung wäre allerdings eine § 74 Abs. 2 HGB entsprechende Karenzentschädigungszusage. Weiterhin darf die zeitliche Begrenzung gemäß § 74a Abs. 1 Satz 3 HGB

130 BAG 25.4. 1989 – 3 AZR 35/88, NZA 1989, 860.

131 BAG 15.12. 1987 – 3 AZR 474/86 (Fn. 5).

132 Oetker, in: ErfK (Fn. 4), § 74 HGB Rn. 15.

133 BAG 15.12. 1987 – 3 AZR 474/86 (Fn. 5).

maximal zwei Jahre betragen. Vertraglich kann eine solche Klausel wirksam sein, da auch ein weites Geheimhaltungsgebot in der Wirkung hinter den Tätigkeitsverboten, die bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten akzeptiert werden, zurückbleibt.

In der Praxis ist der Versuch, weitreichende nachvertragliche Verschwiegenheitspflichten als nachvertragliche Wettbewerbsverbote zu vereinbaren, soweit ersichtlich, nicht unternommen worden. Der erste Grund dafür dürfte sein, dass auch eine weitreichende Verschwiegenheitsverpflichtung in der Durchsetzung mit den oben geschilderten Beweis- und Antragsproblemen belastet bleibt und in der Wirkung hinter einem völligen Verbot der Konkurrenztaetigkeit, wie es als nachvertragliches Wettbewerbsverbot ueblich ist, zurueckbleibt. Hinzu kommt, dass sich auch eine wirksam vereinbarte nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht der Kontrolle des § 74a HGB stellen muessue und die fue das vertragliche Wettbewerbsverbot dargestellte Frage des berechtigten Interesses des Arbeitgebers an der Verschwiegenheit auch hier zu pruefen waere. Aus Sicht des Arbeitgebers macht es dann keinen Sinn mehr, fue die ohnehin zu zahlende und in der Hoehe fixe Karenzentschaedigung eine den Arbeitnehmer weniger belastende, aber auch ungleich weniger effektive Verschwiegenheitspflicht zu vereinbaren.

Die vertragliche Erweiterung nachvertraglicher Verschwiegenheitspflichten ist daher nur soweit sinnvoll, wie sie karenzentschaedigungsfrei vereinbart werden kann, also solange noch kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vorliegt. Die hier vom BAG gezogenen Grenzen sind eng. In einigen Urteilen stellt das BAG auf den Inhalt des Verbots ab: Eine Geheimhaltungsklausel, die die Veraeuueerung von Betriebsgeheimnissen verbietet, waere danach wirksam, eine Vereinbarung, die die Nutzung im Rahmen eines Arbeitsverhaeltnisses untersagt, wuerde die Grenze zu § 74 HGB ueberschreiten¹³⁴. Eine andere Ansicht beurteilt die Vertragsklausel hingegen nach der konkreten Intensitaet der Wirkung der Geheimhaltungspflicht, insbesondere ob die Verschwiegenheitsverpflichtung einem Wettbewerbsverbot gleichkommt. Eine einheitliche Rechtsprechung hat sich noch nicht gebildet¹³⁵.

V. Weitere Elemente eines Schutzkonzepts

1. Kuendigungsfristen

Der Arbeitgeber ist waehrend des laufenden Arbeitsverhaeltnisses gegen unliebsame Wettbewerbstaeetigkeit oder Geheimnisverrat durch das vertragli-

¹³⁴ BAG 16.3.1982 – 3 AZR 83/79 (Fn. 13); *Bauer/Diller*, Wettbewerbsverbote, 6. Aufl. 2012, Rn. 121 f.

¹³⁵ *Bauer/Diller* (Fn. 134), Rn. 118.

che Wettbewerbsverbot des § 60 HGB geschützt. Dieser Schutz endet erst mit dem Ablauf der Kündigungsfrist und dem damit verbundenen Vertragsende¹³⁶. Ohne die Vereinbarung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots verhindert damit nur die Länge der Kündigungsfrist den schnellen Wechsel des Arbeitnehmers zum Wettbewerber. Hier wird häufig übersehen, dass die gesetzliche Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer immer und unabhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses gemäß § 622 Abs. 1 BGB vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats beträgt¹³⁷. Die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB betreffen allein die Arbeitgeberkündigung¹³⁸. Ohne ergänzende Vereinbarung einer längeren vertraglichen Kündigungsfrist kann der Arbeitnehmer damit kurzfristig den Arbeitgeber wechseln. Bei einer bloß vierwöchigen Kündigungsfrist ist zudem eine ordnungsgemäße Übergabe des Arbeitsplatzes an einen Nachfolger häufig nicht mehr sicher gewährleistet, wenn auch noch der Resturlaub in der Kündigungsfrist genommen wird.

Ein wirksames Schutzkonzept für den Arbeitgeber setzt daher die vertragliche Vereinbarung längerer Kündigungsfristen voraus, auch wenn dies wegen der Vergütungspflicht während der Kündigungsfrist mit finanziellen Nachteilen verbunden ist¹³⁹. Die auf den ersten Blick naheliegende Vereinbarung längerer Kündigungsfristen für die Arbeitnehmerkündigung als für die Arbeitgeberkündigung wird durch § 622 Abs. 6 BGB untersagt¹⁴⁰.

Der Arbeitgeber muss daher, wenn er die Kündigungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers erschwert, im Gegenzug auch seine eigenen Kündigungsmöglichkeiten verschlechtern. Die gewonnene Sicherheit durch lange Kündigungsfristen führt zu einem Verlust an Flexibilität. Allzu lange Kündigungsfristen sind daher kein Allheilmittel, zumal bei einem vermuteten Wechsel zum Wettbewerber der Arbeitgeber durch eine Freistellung ohnehin auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichten wird. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote, die auch einen Wechsel zum Wettbewerber verhindern, als Karenzentschädigung aber nur 50 % der zuvor bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erfordern, sind hier häufig preisgünstiger und, da bei Wettbewerbsverboten, anders als bei vereinbarten Kündigungsfristen, ein einseitiger Verzicht möglich ist, flexibler.

136 BAG 26.3. 1965 – 3 AZR 248/63, AP Nr. 1 zu § 306 BGB; BAG 17.10. 1969 3 AZR 442/68 (Fn. 51).

137 Müller-Glöge, in: ErfK (Fn. 4), § 622 BGB Rn. 8.

138 Müller-Glöge, in: ErfK (Fn. 4), § 622 BGB Rn. 9.

139 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 15.

140 Müller-Glöge, in: ErfK (Fn. 4), § 622 BGB Rn. 43.

2. Regelungen zur EDV-Nutzung und zum Datenschutz

Weitere Elemente eines Schutzkonzepts gegen Industriespionage, die hier jedoch nur angerissen werden können, sind die Einführung angemessener Regeln zum Datenschutz sowie zur IT-Sicherheit in Unternehmen. Diese zunächst rein faktisch wirkenden Instrumente – der Arbeitnehmer kann ein Geheimnis, das er rein technisch nicht erlangt, auch nicht verraten – bedürfen zugleich häufig der rechtlichen Absicherung. Die IT-Systeme im Betrieb sowie die Befugnisse der Arbeitnehmer zum Umgang mit diesen IT-Systemen sind Gegenstand der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG. Die mit dem Betriebsrat vereinbarten Regelungen zur Kontrolle der EDV-Nutzung durch die Arbeitnehmer bestimmen zudem entscheidend die Aufklärungsmöglichkeiten des Arbeitgebers.

VI. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote

Der für den Arbeitgeber unzureichende nachvertragliche Geheimnisschutz lenkt den Blick auf die vom Gesetz eröffnete Möglichkeit eines wirksamen nachvertraglichen Schutzes vor einer Tätigkeit des Arbeitnehmers für den Wettbewerber: das nachvertragliche Wettbewerbsverbot. Von den zahlreichen Einzelthemen und offenen Fragen dieses recht komplexen Gebiets können hier nur drei für die Frage des Schutzkonzepts maßgebliche angesprochen werden: der Inhalt und die Vereinbarung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, typische Fehlerquellen und schließlich, wie nachvertragliche Wettbewerbsverbote flexibilisiert werden können, so dass sich der Arbeitgeber von der aus der Karenzentschädigungspflicht folgenden finanziellen Belastung durch das Verbot wieder befreien kann.

1. Inhalt nachvertraglicher Wettbewerbsverbote

a) Inhalt und Ziele

Effektiven Schutz gegen den direkten Wechsel des Arbeitnehmers zu einem Wettbewerber – und mittelbar damit auch gegen Industriespionage und Geheimnisverrat – kann der Arbeitgeber durch die Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote erzielen.

Eine gesetzliche Regelung finden nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer in den §§ 74 ff. HGB. Deren Geltung für alle Arbeitnehmer, von der die Rechtsprechung ohnehin stets ausgegangen war¹⁴¹, wird

¹⁴¹ BAG 13.9. 1969 – 3 AZR 138/68, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; BAG 9.1. 1990 – 3 AZR 110/88, AP Nr. 59 zu § 74 HGB.

durch § 110 GewO nun gesetzlich klargestellt¹⁴². Die §§ 74 ff. HGB setzen den Rahmen für die Vereinbarung wettbewerbsbeschränkender Regeln. Eine inhaltliche Konkretisierung nehmen sie nicht vor. § 74 Abs. 1 HGB spricht lediglich von einer

„Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt“.

Der Inhalt dieser Beschränkung bleibt der vertraglichen Bestimmung durch die Parteien überlassen¹⁴³.

Die gesetzliche Regelung, die aus dem Jahr 1914 stammt, bereitet der Praxis Schwierigkeiten. So ist es bislang noch nicht gelungen, eine wirklich überzeugende Harmonisierung der §§ 74 ff. HGB mit der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers gemäß Art. 12 GG zu entwickeln. Ebenso problematisch ist die Harmonisierung der Maßstäbe der §§ 74 ff. HGB mit denen der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen gemäß §§ 307 ff. BGB¹⁴⁴. Die der Regelung des § 74a HGB, die von Rechtsprechung und herrschender Ansicht in der Literatur als der gesetzliche Fall einer geltungserhaltenden Reduktion verstanden wird, zugrunde liegende Wertung kollidiert sichtlich mit Anforderungen an eine nicht benachteiligende Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, wie sie die §§ 307 ff. BGB verlangen.

Die Ziele, die der Arbeitgeber mit der Vereinbarung des Wettbewerbsverbots erreichen möchte, sind naheliegend: Der Arbeitgeberwechsel und damit auch das Interesse und die Gelegenheit zum Geheimnisverrat sollen unterbunden werden. Der Arbeitgeber hat daher ein Interesse daran, ein möglichst umfangreiches Wettbewerbsverbot mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren, so dass in Arbeitsverträgen häufig sehr weitreichende Verbote vereinbart werden¹⁴⁵. Anders als die nur punktuell wirkende Verschwiegenheitspflicht geht ein umfassendes Verbot der Tätigkeit für Wettbewerbsunternehmen, wie es als nachvertragliches Wettbewerbsverbot regelmäßig vereinbart wird, aus Effektivitäts- und Nachweisgründen über den reinen Geheimnisschutz deutlich hinaus. Das wird von den Arbeitsgerichten gebilligt. Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gilt im Rahmen der Abwägung gemäß § 74a HGB als typischer Fall des berechtigten Arbeitgeberinteresses an einem nachvertraglichen Wettbewerbsver-

142 Düwell, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in der Gewerbeordnung, DB 2002, 2270 ff.; ders., Neues Arbeitsrecht in der Gewerbeordnung, ZTR 2002, 461 ff.

143 Boecken, in: Ebenrath/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, § 74 Rn. 22.

144 Weber, in: Staub, Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 2008, § 74 Rn. 4.

145 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 94.

bot in Form eines umfassenden nachvertraglichen Tätigkeitsverbots¹⁴⁶. Tatsächlich ist das auf Wettbewerbsunternehmen bezogene umfassende nachvertragliche Tätigkeitsverbot eines der wenigen Mittel, um Geheimnisverrat zu beschränken. Der hohe Preis dieser Effektivität, der erhebliche Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers aus Art. 12 GG, darf allerdings nicht übersehen werden. Gerade bei fachlich spezialisierten Arbeitnehmern kann das auf Wettbewerbsunternehmen beschränkte Tätigkeitsverbot leicht den Charakter eines umfassenden Berufsverbots erlangen.

b) Grenzen für die Gestaltung von Wettbewerbsverboten

Wettbewerbsverbote schränken die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers ein und berühren damit einen grundrechtssensiblen Bereich. Die Vertragsfreiheit bei der Gestaltung von Wettbewerbsverboten ist damit nicht unbeschränkt. Die §§ 74 ff. HGB kennen zwei Grenzen: die zeitliche des § 74a Abs. 1 Satz 3 HGB, wonach das nachvertragliche Wettbewerbsverbot auf maximal zwei Jahre ausgedehnt werden kann¹⁴⁷, und die inhaltliche des § 74a Abs. 1 Sätze 1 und 2 HGB, wonach das Verbot unverbindlich ist, wenn es nicht einem berechtigten Interesse des Prinzipals dient oder soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Zeit, Ort oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen bedeutet¹⁴⁸.

Den Arbeitgebern kommt diese Regelung, die als Fall der gesetzlichen geltungserhaltenden Reduktion verstanden wird¹⁴⁹, entgegen. Unwirksam ist nicht das ganze, möglicherweise erheblich über das berechtigte Interesse des Arbeitgebers hinausgehende Verbot, sondern nur der von dem Interesse nicht mehr gedeckte Teil¹⁵⁰. Zurückhaltung bei der Vertragsgestaltung ist bei dieser Rechtslage nicht angebracht¹⁵¹. Warum eine sorgsame regionale Beschränkung des Verbots vereinbaren, wenn die Arbeitsgerichte diese Pflicht übernehmen und das vorsorglich mit weltweiter Geltung vereinbarte Verbot auf den berechtigten Kern zurückführen?

Ob angesichts der Inhalts- und Transparenzkontrolle gemäß §§ 305c, 307 BGB an dieser gängigen Praxis weiter festgehalten werden kann, ist allerdings umstritten.

¹⁴⁶ Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 5.

¹⁴⁷ Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 16.

¹⁴⁸ Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 5 f.

¹⁴⁹ Boecken, in: Ebenrath/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 143), § 74a Rn. 15; Reinhard, in: Anwaltkommentar-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 74a HGB Rn. 13.

¹⁵⁰ Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 3.

¹⁵¹ Brock, in: Ann/Loschelder/Grimm (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 84.

aa) Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB

Grundsätzlich ist die AGB-Kontrolle nach Streichung der Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht auf Arbeitsverträge anwendbar. Die Mehrheit der Arbeitsgerichte und Stellungnahmen in der Literatur lehnen die Anwendung der §§ 307 ff. BGB auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote dennoch ab¹⁵².

Zum Teil wird dies damit begründet, dass es sich bei nachvertraglichen Wettbewerbsverboten um Hauptpflichten handle¹⁵³. Nach Beendigung des Arbeitsvertrags falle die Pflicht zur Arbeitsleistung weg, so dass die Unterlassungspflicht des Arbeitnehmers zur Hauptleistungspflicht werde¹⁵⁴. Hauptleistungspflichten seien jedoch der AGB-Kontrolle entzogen, da sie zum engen Bereich der Leistungsbezeichnungen zählen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden könne¹⁵⁵. Tragen kann das aber nicht. Betrachtet man den Arbeitsvertrag als ein einheitliches rechtliches Gebilde, welches nicht künstlich in einen vertraglichen und einen nachvertraglichen Teil aufgespalten werden kann, so ist allein die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und nicht die Wettbewerbsabrede typusbildend für den Arbeitsvertrag¹⁵⁶. Als eigenständige Hauptpflicht wäre die bezahlte Pflicht, für bestimmte Arbeitgeber nicht tätig zu sein, rechtlich kaum zu rechtfertigen. Ihre Berechtigung findet sie allein in der Sicherung der Nebenpflichten aus dem vorangegangenen Arbeitsverhältnis. Diese im Hinblick auf die vertraglichen Nebenpflichten dienende Funktion der Pflicht zur Wettbewerbsunterlassung verbietet es aber, sie als eigenständige Hauptpflicht zu sehen.

Ein weiteres Argument ist, dass die geltungserhaltende Reduktion von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten als im Arbeitsrecht geltende Besonderheit gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB anzusehen sei¹⁵⁷. Das im AGB-Recht vorherrschende Verbot der geltungserhaltenden Reduktion biete keinen Spielraum für flexible Lösungen und sei daher als nicht brauchbar für die Beurteilung von Wettbewerbsverboten anzusehen. Das Wettbewerbsverbot gelte erst nach Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb und also möglicherweise erst Jahrzehnte nach dem Abschluss des

152 Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 4; Gaul/Khanian, Zulässigkeit und Grenzen arbeitsrechtlicher Regelungen zu Wettbewerbsverboten, MDR 2006, 181, 183.

153 Heinrichs, in: Palandt (Fn. 113), § 307 Rn. 57.

154 LAG Baden-Württemberg 30.1. 2008 – 10 Sa 60/07, NZA-RR 2008, 508.

155 BGH 15.11. 2007 – III ZR 247/06, NJW 2008, 360; Koch, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot im einseitig vorformulierten Arbeitsvertrag, RdA 2006, 28.

156 Koch, RdA 2006, 28.

157 ArbG Mainz 29.9. 2008 – 7 Ca 808/08, nicht veröffentlicht.

Arbeitsvertrags. Da die wettbewerbliche Situation nach einer so langen Zeit noch völlig ungewiss sei, passten die §§ 307 ff. BGB wegen ihrer unflexiblen „Alles oder Nichts Betrachtung“ nicht¹⁵⁸. Auch dieses Argument kann nicht überzeugen: Der BGH misst Wettbewerbsverbote für Geschäftsführer an § 138 BGB, der ebenfalls keine geltungserhaltende Reduktion ermöglicht, ohne dass nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Geschäftsführer unmöglich würden¹⁵⁹. Sie sind allerdings in der Vertragsgestaltung anspruchsvoller. Dieses Argument ist daher im Wesentlichen vom gewünschten Ergebnis her gedacht und getragen von der Sorge, dass eine strenge Inhaltskontrolle die Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote erschweren bis ausschließen würde.

Zuletzt wird – als das wohl stichhaltigste Argument – ins Feld geführt, dass § 74a HGB *lex specialis* zu § 307 BGB sei¹⁶⁰. § 74a HGB gehe von einer *ex post*-Betrachtung aus, die gerade auch wegen des erheblichen Zeitraums zwischen Vertragsschluss und nachvertraglichem Wettbewerbsverbot besser passe als die *ex ante*-Sicht des § 307 BGB. Die unflexible Nichtigkeitsfolge werde durch die flexible geltungserhaltende Reduktion des § 74a HGB ersetzt¹⁶¹. Tatsächlich ist jedoch bereits zweifelhaft, ob die Kontrolle der Berechtigung bei Berufung auf das nachvertragliche Wettbewerbsverbot *ex post* die *ex ante*-Prüfung der Vertragsgestaltung ersetzen kann. Die Ausübungskontrolle bei Widerrufsvorbehalten ersetzt auch nicht die Kontrolle der Vertragsgestaltung. § 74a Abs. 1 HGB regelt insoweit nicht den gleichen Fall wie § 307 BGB¹⁶². Richtigerweise konkurrieren beide Normen nicht, sondern ergänzen sich.

Der richtigere Weg, das Problem zu lösen, ist damit weniger die Abwehr jeder Inhaltskontrolle von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, als die sachgerechte Bestimmung, ob und unter welchen Voraussetzungen nachvertragliche Wettbewerbsverbote gegen die Wertungen des § 307 BGB verstoßen können. Denn selbst wenn eine Inhaltskontrolle nach den Maßstäben der §§ 307 ff. BGB durchzuführen sein sollte, muss das nicht die Unwirksamkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote zur Folge haben. Wenn man auf Wettbewerber beschränkte unternehmensbezogene Tätigkeitsverbote für grundsätzlich von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers gedeckt hält, wie dies die Rechtsprechung bislang tut, ist auch eine entsprechende Vereinbarung im Arbeitsvertrag nicht unangemessen im Sinne von § 307 BGB. Entsprechend entscheidet der BGH für

158 ArbG Mainz 29.9. 2008 – 7 Ca 808/08 (Fn. 157).

159 BGH 26.3. 1984 – II ZR 229/83, ZIP 1984, 954; *Bauer/Diller* (Fn. 134), Rn. 1035 f.

160 *Gaul/Khanian*, MDR 2006, 181, 183.

161 *Brock*, in: *Ann/Loschelder/Grosch* (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 101.

162 *Koch*, RdA 2006, 28.

Geschäftsführer¹⁶³. Das grundsätzlich richtige Argument, dass Wettbewerbsverbote zukunfts offen sein müssten, betrifft dann richtigerweise nicht das Ob der Inhaltskontrolle, sondern deren Kontrollmaßstab.

bb) Transparenzkontrolle

Im Gegensatz zur Inhaltskontrolle ist man sich in Literatur und Rechtsprechung weitestgehend einig, dass zumindest die Transparenzkontrolle auch auf nachvertragliche Wettbewerbsverbote anwendbar ist¹⁶⁴. Die gegen die Inhaltskontrolle vorgebrachten Bedenken greifen hier nicht. Auch Wettbewerbsverbote müssen „klar und verständlich“ formuliert sein. Auch das Verbot von überraschenden Klauseln (§ 305c Abs. 2 BGB) ist zu beachten¹⁶⁵.

Aber auch bei der Transparenzkontrolle kann nicht völlig unberücksichtigt bleiben, dass Wettbewerbsverbote Schutzmechanismen für die (teilweise) noch ferne Zukunft sein sollen. Eine gewisse inhaltliche Offenheit ist aufgrund der *ex ante*-Perspektive unvermeidbar¹⁶⁶. Häufig werden Arbeitgeber noch gar nicht einschätzen können, wo ihr Unternehmen in zehn Jahren steht und welche Wettbewerber sie dann fürchten müssen. Es muss daher ausreichend sein, dass bei unvermeidbarer Auslegungsbedürftigkeit vermeidbare Unklarheiten vermieden werden, so dass die Reichweite des Verbots objektiv feststellbar ist¹⁶⁷.

Bedenklich sind dagegen unnötig unklare und wertungsoffene Formulierungen wie „mittelbare Tätigkeit“, „Tätigkeit in sonstiger Weise“ oder „indirekter Wettbewerb“. Diese Leerformeln, die sich zudem in der Vertragsgestaltung vermeiden lassen, sind intransparent, da sie den Arbeitnehmer über den wahren Geltungsbereich des Wettbewerbsverbots im Unklaren lassen¹⁶⁸.

cc) Auslegung von Wettbewerbsverboten

Wirksamkeitsrisiken für nachvertragliche Wettbewerbsverbote ergeben sich auch aus deren Auslegung durch die Gerichte. Der Überlegung, dass Wettbewerbsverbote angesichts der teuren Karenzentschädigung stets

163 BGH 14.7.1997 – II ZR 238/96, NJW 1997, 3089; *Bauer/Diller* (Fn. 134), Rn. 1054.

164 LAG Hamm 4.11.2008 – 14 Sa 818/08, nicht veröffentlicht.

165 *Bauer/Diller* (Fn. 134), Rn. 226.

166 *Bauer/Diller* (Fn. 134), Rn. 233d; *Brock*, in: *Ann/Loschelder/Grosch* (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 110.

167 BAG 31.8.2005 – 5 AZR 545/04, AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG; LAG Niedersachsen 8.12.2005 – 7 Sa 1871/05, NZA-RR 2006, 426.

168 *Brock*, in: *Ann/Loschelder/Grosch* (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 112; anderer Ansicht LAG Hamm 4.11.2008 – 14 Sa 818/08 (Fn. 164).

weit auszulegen seien, schließt sich das BAG nicht an, sondern legt nachvertragliche Wettbewerbsverbote bewusst eng aus: Es sei Sache des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer klar zu sagen, was er dürfe und was nicht¹⁶⁹.

Aus dieser engen Auslegung, die es beispielsweise ablehnt, unternehmensbezogene Verbote auf andere Handelsstufen auszudehnen, folgen Risiken für die Durchsetzbarkeit von Wettbewerbsverboten. Es ist daher auch aus diesem Grund im Interesse des Arbeitgebers, den Verbotsinhalt so klar und transparent wie möglich zu gestalten.

dd) Anwendungskontrolle im Einzelfall gemäß § 74a HGB

Gemäß § 74a HGB ist das Wettbewerbsverbot insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutze eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. § 74a HGB gibt damit ein einzelfallbezogenes Prüfungsprogramm vor¹⁷⁰. § 74a Abs. 1 Sätze 1 und 2 HGB sind nicht alternativ, sondern kumulativ zu lesen¹⁷¹. Zunächst muss daher festgestellt werden, ob das Wettbewerbsverbot überhaupt von berechtigten geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers gedeckt ist oder ob dem Arbeitnehmer eine Konkurrenztaetigkeit lediglich in Branchen oder Regionen untersagt wird, in denen er seinem Arbeitgeber nicht gefährlich werden kann. In einem zweiten Schritt kommt es ähnlich wie bei den sonstigen nachvertraglichen Unterlassungspflichten zu einer Interessenabwägung, in der die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers berücksichtigt werden muss.

Zeitlich kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot gemäß § 74a Abs. 1 Satz 3 HGB nicht auf einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an erstreckt werden¹⁷².

Der berechnigte örtliche Geltungsbereich hängt vom konkreten Einzelfall ab. Unternehmen, die deutschlandweit oder sogar weltweit nur wenige Mitbewerber haben, werden ein berechtigtes Interesse daran haben, ihr Wettbewerbsverbot auf einen möglichst großen, bestenfalls weltweiten Radius auszudehnen. Massendienstleister wie Taxiunternehmen haben kein berechtigtes Interesse, Verbote über einen regionalen Kreis hinaus geltend machen zu können¹⁷³.

169 BAG 27.1. 1997 – 9 AZR 778/95, AP Nr. 44 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; BAG 8.3. 2006 – 10 AZR 349/05, AP Nr. 79 zu § 74 HGB.

170 Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 14.

171 Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 348.

172 Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 16.

173 Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 326.

Bei Verstößen gegen § 74a HGB kommt es zur Unverbindlichkeit der Vereinbarung. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für eine „Unverbindlichkeit“ und nicht für eine „Unwirksamkeit“ entschieden. Dadurch erhält der Arbeitnehmer ein Wahlrecht, ob er sich auf die Regelung berufen will oder nicht¹⁷⁴; Zudem gilt die Unverbindlichkeit nur „soweit“ betriebliche Interessen entgegenstehen. § 74a HGB ist – in der bislang herrschenden Auslegung – damit ein Fall einer gesetzlich angeordneten geltungserhaltenden Reduktion¹⁷⁵.

c) Unternehmensbezogene Verbote

Die §§ 74 ff. HGB geben lediglich einen Rahmen für die Gestaltung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote vor. Konkrete Vorgaben für den Verbotsinhalt gibt es jedoch nicht; dieser bleibt der Vertragsgestaltung im Einzelfall vorbehalten¹⁷⁶.

Trotz der damit eröffneten Freiheit in der Gestaltung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote hat sich in der Praxis fast durchgängig ein Grundtypus durchgesetzt: das auf Wettbewerbsunternehmen bezogene Tätigkeitsverbot, mit dem Arbeitnehmern generell die Tätigkeit bei einem Wettbewerbsunternehmen untersagt wird¹⁷⁷. Dieser sehr weitreichende Typus des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots hat sich in der Praxis als am effektivsten erwiesen¹⁷⁸. Mit dem Verbot jeder Tätigkeit sinkt die Gefahr einer Weitergabe von Know-how deutlich, da es dem Arbeitnehmer jedenfalls die kommerzielle Nutzung eines Geheimnisses durch Begründung eines neuen Dauerarbeitsverhältnisses erschwert.

Das BAG hat allerdings klargestellt, dass der Arbeitgeber nicht generell und für jeden Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse daran hat, einen Wechsel zu einem Wettbewerbsunternehmen zu verhindern¹⁷⁹. Im Rahmen des § 74a HGB kann daher ein unternehmensweit vereinbartes Verbot auch beschränkt werden, etwa auf eine Betätigung in der Sparte, in der der Arbeitnehmer zuvor tätig war. Dies ist jedoch stets eine Frage des Einzelfalls. So ist ein unternehmensbezogenes Tätigkeitsverbot von Führungskräften wohl regelmäßig von betrieblichen Interessen des Arbeitgebers gedeckt¹⁸⁰. Führungskräfte werden häufig spartenübergreifend tätig, so dass das Risiko von Geheimnisverrat deutlich erhöht wird. Auch in Unternehmen, in denen die einzelnen Sparten nicht räumlich getrennt

174 BAG 21.4. 2010 – 10 AZR 288/09, NJW 2010, 2378.

175 Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 14.

176 Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 14.

177 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 118.

178 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 118.

179 BAG 24.6. 1966 – 3 AZR 501/65, AP Nr. 2 zu § 74a HGB.

180 BAG 13.12. 1968 – 3 AZR 434/67, AP Nr. 21 zu § 133f GewO.

sind, kann sich für den Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daraus ergeben, dass er sonst keine wirksame Überwachungsmöglichkeit hat¹⁸¹.

d) Alternative Gestaltungsmöglichkeiten

Als alternative Gestaltungsmöglichkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots wurde das sogenannte tätigkeitsbezogene Verbot entwickelt, das an die bisherige Tätigkeit des Arbeitnehmers anknüpft¹⁸². Ein rein tätigkeitsbezogenes Verbot ist allerdings nicht sinnvoll: Einem Buchhalter jede anderweitige Tätigkeit als Buchhalter zu untersagen, ist für die Mehrheit der Unternehmen nicht von einem berechtigten Interesse gedeckt. Ein solches Interesse kann lediglich in Bezug auf Wettbewerber bestehen. Richtigerweise ist ein tätigkeitsbezogenes Wettbewerbsverbot daher ein eingeschränktes unternehmensbezogenes Verbot.

Zudem haben solche Verbote einen entscheidenden Nachteil: Das konkrete Einsatzgebiet des Arbeitnehmers bei seinem neuen Arbeitgeber ist ein betriebliches Internum. Der alte Arbeitgeber wird nur schwerlich ermitteln beziehungsweise beweisen können, mit welcher konkreten Tätigkeit der bisherige Arbeitnehmer nunmehr konkret betraut wird. Es ist durchaus denkbar, dass der Arbeitnehmer zur Umgehung des Wettbewerbsverbots offiziell auf einer anderen Position eingestellt wird als er tatsächlich arbeitet.

Eine weitere Alternative ist die Vereinbarung von Mandanten- beziehungsweise Kundenschutzklauseln¹⁸³. In solchen Klauseln wird es dem Arbeitnehmer in verschiedenen Ausprägungen untersagt, Kunden beziehungsweise Mandanten des bisherigen Arbeitgebers zu betreuen. Auch diese Klauseln müssen jedoch an den allgemeinen Maßstäben gemessen werden, so dass der Arbeitgeber stets ein berechtigtes Interesse darlegen muss¹⁸⁴. Zu weitreichend ist es, wenn sich die Klausel auch auf Mandanten bezieht, mit denen bisher nur Akquisitionsgespräche geführt wurden. Nach Auffassung des BGH ist – in Bezug auf Geschäftsführer – erforderlich, dass der betreffende Arbeitnehmer persönlichen Kontakt innerhalb der letzten zwei Jahre mit dem jeweiligen Kunden/Mandanten gehabt hat¹⁸⁵. Anders als bei Geschäftsführern, bei denen Kundenschutzklauseln karenzenschädigungsfrei vereinbart werden können¹⁸⁶, spielen diese im Arbeitsrecht nur eine geringe Rolle. Auch für eine Kundenschutzklausel muss die gesetzliche Mindestkarenzenschädigung gemäß § 74 Abs. 2 HGB

181 LAG Hamm 19.2. 2008 – 14 SaGa 5/08, juris.

182 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 116.

183 Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 112 f.

184 Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 307.

185 BGH 8.5. 2000 – II ZR 308/98, NJW 2000, 2584.

186 BGH 26.3. 1984 – II ZR 229/83, BGHZ 91, 1; Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 1073.

gezahlt werden, so dass viele Arbeitgeber das effektivere generelle Tätigkeitsverbot bei Wettbewerbsunternehmen bevorzugen.

e) Erweiterung des Schutzes

Auch beim klassischen Grundtypus des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots, dem auf Wettbewerbsunternehmen bezogenen Tätigkeitsverbot, gibt es zahlreiche Möglichkeiten der Vertragsgestaltung. Hier ist insbesondere von Bedeutung, eine Umgehung des Wettbewerbsverbots auszuschließen.

aa) Einbeziehung von Konzernunternehmen

Häufig wird der Arbeitgeber ein Interesse daran haben, dass sich das Wettbewerbsverbot nicht nur auf Wettbewerber des eigenen Unternehmens, sondern auch auf Wettbewerber von im Konzern verbundenen Unternehmen bezieht¹⁸⁷.

„Das Wettbewerbsverbot gilt auch zugunsten der mit dem Arbeitgeber verbundenen Unternehmen.“

Hier kann es allerdings in vielen Fällen an einem berechtigten Interesse fehlen. Wenn man sich insoweit nicht ganz auf die geltungserhaltende Reduktion des § 74a HGB beschränken möchte, ist es sinnvoll die Vertragsklausel zu präzisieren und einzuschränken. Möglich ist zum Beispiel eine Einschränkung auf die Fälle, in denen wegen ähnlicher Produkte ein Interesse an der Wettbewerbsuntersagung besteht. Auch hier ist jedoch wieder zu beachten, dass zurzeit durch die geltungserhaltende Reduktion des § 74a HGB das Risiko, eine zu weitreichende Klausel zu formulieren, begrenzt ist.

Wichtiger ist es häufig, auch Unternehmen im Konzern von Wettbewerbern in das nachvertragliche Wettbewerbsverbot einzubeziehen, um zu verhindern, dass das Verbot durch eine Konzernanstellung unterlaufen wird.

bb) Strohmanklausel

Häufig versuchen Arbeitnehmer, Wettbewerbsverbote dadurch zu umgehen, dass sie nicht direkt für einen Wettbewerber tätig werden, sondern sich bei einer Unternehmensberatung oder einem Leiharbeitsunternehmen anstellen lassen, das für diesen Wettbewerber tätig wird¹⁸⁸. Diese Umgehungsmöglichkeit lässt sich durch entsprechende Beraterklauseln verhindern, wobei eine klare Regelung der Beraterverhältnisse einer wei-

187 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 125.

188 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 131.

chen und auslegungsfähigen Formulierung wie „indirekter Wettbewerb“ beziehungsweise „Tätigkeit in sonstiger Weise“ vorzuziehen ist.

„Als Wettbewerb untersagt ist auch eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit für Unternehmen oder Personen, die für Wettbewerbsunternehmen – entgeltlich oder unentgeltlich – als Lieferanten, Dienstleister oder Berater tätig sind.“

cc) Kunden und Lieferanten

Häufig kann es für den Arbeitgeber negative Folgen haben, wenn der scheidende Arbeitnehmer zu einem Kunden oder Lieferanten wechselt¹⁸⁹. Zwar stehen Kunden beziehungsweise Lieferanten nicht im Wettbewerb zum eigenen Unternehmen. Jedoch ist es möglich, dass der Arbeitgeber durch den Wechsel diesen Kunden verliert, etwa wenn der Arbeitnehmer den Kunden (= neuen Arbeitgeber) durch sein technisches Know-how in die Lage versetzt, zukünftig ohne die bisher vom (alten) Arbeitgeber bezogenen Produkte auszukommen¹⁹⁰. Auch hier sollte nicht pauschal von „indirektem Wettbewerb“ gesprochen, sondern die Konstellation präzise und ausdrücklich angesprochen werden.

„Das Wettbewerbsverbot erstreckt sich auch auf Unternehmen, die in den letzten drei Jahren vor Inkrafttreten des Wettbewerbsverbots Lieferanten oder Kunden des Arbeitgebers waren.“

2. Typische Wirksamkeitsmängel

Eine Hürde, an der viele Arbeitgeber bei der Vereinbarung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten scheitern, sind die strengen Formalien der §§ 74 ff. HGB. Typische Fehler betreffen die Einhaltung der formellen Voraussetzungen, insbesondere der Schriftform und die fehlerhafte Zusage der Karenzentschädigung.

a) Schriftform und Aushändigung

§ 74 Abs. 1 HGB kennt zwei verschiedene Formvorschriften. § 74 Abs. 1 HGB verlangt für nachvertragliche Wettbewerbsverbote zunächst die Schriftform¹⁹¹. Sämtliche zur Wettbewerbsabrede gehörenden Regelungen müssen daher schriftlich fixiert und von beiden Parteien eigenhändig unterschrieben werden. Teilweise wird gefordert, dass Karenzentschädigung und Wettbewerbsabrede in einer Urkunde vereinbart sind¹⁹². Verletzungen des Schriftformerfordernisses führen gemäß § 125 BGB zur Nichtigkeit, so dass die Vereinbarung keine Rechtswirkungen entfaltet. Es ist

189 *Bauer/Diller* (Fn. 134), Rn. 128a.

190 *Bauer/Diller* (Fn. 134), Rn. 252.

191 *Weber*, in: *Staub* (Fn. 144), § 74a Rn. 4.

192 LAG Baden-Württemberg 12.3. 1969 – 6 Sa 14/69, BB 1969, 533.

möglich und üblich, das Wettbewerbsverbot in dem jeweiligen Arbeitsvertrag und nicht in einer gesonderten Urkunde zu vereinbaren¹⁹³.

Schriftform im Sinne von § 74 HGB ist die strenge gesetzliche Schriftform des § 126 BGB¹⁹⁴. Faxe, kopierte oder eingescannte Unterschriften sind nicht ausreichend¹⁹⁵. Faxt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die unterschriebene Urkunde, so erhält der Arbeitnehmer lediglich eine Kopie des Originals mit einer kopierten Unterschrift¹⁹⁶. Besteht die Urkunde aus mehreren verschiedenen Seiten, sollten sämtliche Seiten eine durchlaufende Paragrafen- und Seitenzählung enthalten¹⁹⁷. Nur so kann nach außen hinreichend sicher dokumentiert werden, dass es sich um eine einheitliche Urkunde handelt. Den notwendigen Zusammenhang bietet auch eine Heftklammer. Wegen der leichten Lösbarkeit und der damit einhergehenden Zerstörung der Gesamturkunde ist hiervon als alleinigem Mittel, um den Zusammenhang herzustellen, allerdings abzuraten¹⁹⁸.

Häufig scheitern nachvertragliche Wettbewerbsverbote auch an der ordnungsgemäßen Vertretung des Arbeitgebers. Eine nachträgliche Genehmigung ist nicht möglich, da sonst ein bedingtes, in seiner Wirksamkeit allein vom Willen des Arbeitgebers abhängiges Wettbewerbsverbot entstehen würde¹⁹⁹. Unterschreibt auf Arbeitgeberseite ein Vertreter, ist es daher erforderlich, dass er über die erforderliche Vertretungsmacht verfügt und das Vertretungsverhältnis durch einen Zusatz („Für die Firma“, „iV“, „ppa“) offenlegt²⁰⁰. In dem Fall, dass mehrere Vertreter gesamtvertretungsbefugt sind, müssen grundsätzlich alle auf der Urkunde unterschreiben. Unterschreibt nur einer, muss aus der Urkunde hervorgehen, dass er die anderen vertreten will²⁰¹.

Die zweite, häufig übersehene Formvorschrift des § 74 Abs. 1 HGB ist die Aushändigung einer vom Arbeitgeber unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Arbeitnehmer. Die Übergabe muss stets unverzüglich nach Vertragsschluss erfolgen, sonst hat der Arbeitnehmer das Recht, die Urkunde zurückzuweisen²⁰². Nimmt er sie allerdings verspätet an, ist das Wettbewerbsverbot wirksam²⁰³. Die an den

193 Diller, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 30), § 74 HGB Rn. 30.

194 Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 4.

195 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 156.

196 Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 4.

197 Ahrens, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl. 2012, § 126 BGB Rn. 6.

198 LAG Hamm 06.7. 2000 – 4 Sa 233/00, EWiR 2001, 125.

199 Diller, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 30), § 74 HGB Rn. 29.

200 Vgl. LAG Hamm 10.1. 2005 – 7 Sa 1480/04, NZA-RR 2005, 428 f.

201 Diller, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 30), § 74 HGB Rn. 29.

202 Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 104.

203 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 163.

Arbeitnehmer ausgehändigte Urkunde bedarf, anders als die zugrunde liegende Vereinbarung, nur der (originalen) Unterschrift des Arbeitgebers oder dessen Vertreters. Es muss sich nicht um diejenige Urkunde handeln, mit der auch das oben dargestellte Schriftformerfordernis (= beiderseitige Unterschrift) gewahrt wurde²⁰⁴.

Anders als das Schriftformgebot soll das Aushändigungsgebot nur den Arbeitnehmer schützen. Aus diesem Grund kommt es bei Formverstößen nicht zu der strikten Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB²⁰⁵. Der Arbeitnehmer hat vielmehr ein Wahlrecht, ob er sich auf die Unwirksamkeit beruft und daher für Konkurrenzunternehmen tätig sein darf, oder ob er die Zahlung der Karenzentschädigung bevorzugt²⁰⁶.

Der Arbeitgeber ist bei Bestreiten durch den Arbeitnehmer für die Aushändigung der Urkunde beweispflichtig²⁰⁷. Sinnvoll ist der Beweis nur durch eine vom Arbeitnehmer unterzeichnete Empfangsquittung zu führen, wobei eine formularmäßige Bestätigung innerhalb des Arbeitsvertrags wegen § 309 Nr. 12 BGB nur dann wirksam ist, wenn das Empfangsbekenntnis gesondert unterschrieben ist²⁰⁸. Sich auf einen Zeugenbeweis zu verlassen, ist angesichts der möglicherweise langen Zeiträume zwischen Vertragsschluss und Vertragsende risikoreich, wenn Zeugen nicht mehr greifbar sind oder sich schlicht nicht mehr konkret erinnern können.

b) Korrekte Zusage der Karenzentschädigung

Viele nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind unwirksam, da die gesetzliche Mindestkarenzentschädigung nicht ordnungsgemäß dem Arbeitnehmer zugesagt wurde. Gemäß § 74 Abs. 2 HGB ist ein Wettbewerbsverbot nur verbindlich, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der vom Arbeitnehmer zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht.

Bei einer unzureichenden Höhe steht dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zu, ob er das Verbot gegen sich gelten lassen will und damit einen Anspruch auf die Entschädigungssumme erlangt oder ob er sich unter Verzicht auf die Karenzentschädigung vom Wettbewerbsverbot löst. Fehlt

204 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 161.

205 Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 9; BAG 23.11. 2004 – 9 AZR 595/03, AP Nr. 75 zu § 74 HGB.

206 Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 9; BAG 23.11. 2004 – 9 AZR 595/03 (Fn. 205).

207 Bauer/Diller (Fn. 134), § 6 Rn. 110; Welslau, in: Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2000, Kapitel 6.1 Rn. 427.

208 Preis, in: ErfK (Fn. 4), §§ 305-310 BGB Rn. 77.

eine Karenzentschädigungszusage allerdings völlig, ist das Wettbewerbsverbot gänzlich nichtig²⁰⁹.

Das Wettbewerbsverbot muss nach der Rechtsprechung des BAG so eindeutig formuliert sein, dass aus Arbeitnehmersicht keine vernünftigen Zweifel an dem Anspruch auf die Entschädigung bestehen können²¹⁰. In der Vergangenheit war das BAG allerdings recht großzügig darin, Karenzentschädigungszusagen in nachvertragliche Wettbewerbsverbote hineinzulesen und ließ hierfür schon den allgemeinen Hinweis auf die Geltung der §§ 74 ff. HGB „im Übrigen“ ausreichen²¹¹. Diese Entscheidungen betrafen aber Fälle, in denen Arbeitnehmer den Anspruch auf die Karenzentschädigung geltend machten²¹². Der Arbeitgeber kann sich nicht sicher sein, dass zu seinen Gunsten ebenso großzügig verfahren würde. Richtigerweise ist hier die Unklarheitenregel des § 305c BGB anzuwenden, so dass zugunsten des Arbeitnehmers eine großzügige Auslegung möglich ist, für die Durchsetzbarkeit des Wettbewerbsverbots jedoch eine klare, keinen vernünftigen Zweifel lassende Zusage erforderlich ist²¹³.

Am sichersten ist es, sich in der Formulierung schlicht am Wortlaut des Gesetzes zu orientieren²¹⁴:

„Während der Dauer des Wettbewerbsverbots erhält der Arbeitnehmer eine Entschädigung in gesetzlicher Höhe, also für jedes Jahr des Verbots die Hälfte der von dem Mitarbeiter zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen.“

Auch hinsichtlich Fälligkeit und der Anrechnung anderweitigen Erwerbs sollten keine von den gesetzlichen Vorgaben abweichenden Regelungen vereinbart werden.

3. Flexibilisierung von Wettbewerbsverboten

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind effektiv, aber teuer. Der sachgerechte Einsatz von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten wäre daher deutlich erleichtert, wenn der Arbeitgeber nach deren Vereinbarung noch Steuerungsmöglichkeiten hätte, mit denen er im Einzelfall bestimmen kann, ob er das Wettbewerbsverbot in Anspruch nimmt oder nicht. Diese Flexibilisierungsmöglichkeiten sind allerdings beschränkt.

209 BAG 13.9. 1969 – 3 AZR 138/68 (Fn. 141).

210 BAG 5.9. 1995 – 9 AZR 718/93, BAGE 80, 380.

211 BAG 31.7. 2002 – 10 AZR 513/01, DB 2002, 2651; *Bauer/Diller* (Fn. 134), Rn. 278 ff.

212 *Brock*, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 173.

213 LAG Hamm 4.11. 2008 – 14 Sa 818/08 (Fn. 164).

214 *Brock*, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 172.

a) Bedingte Wettbewerbsverbote

Ein Versuch der Flexibilisierung von Wettbewerbsverboten war die Vereinbarung von sogenannten bedingten Wettbewerbsverboten, von denen sich der Arbeitgeber einseitig lösen beziehungsweise flexibel entscheiden kann, ob er das Verbot in Anspruch nehmen will oder nicht²¹⁵. Ist ein Wettbewerbsverbot auf diese Weise nur vom Willen des Arbeitgebers abhängig, liegt streng genommen kein „bedingtes Wettbewerbsverbot“ vor, sondern vielmehr eine Option oder ein Rücktrittsvorbehalt des Arbeitgebers²¹⁶.

Solche, in ihrer Wirksamkeit vom Willen des Arbeitgebers abhängigen, bedingten Wettbewerbsverbote sind stets unverbindlich, da sie den Arbeitnehmer benachteiligen. Sie nehmen ihm jede Planungsmöglichkeit und weisen alle Handlungsoptionen einseitig dem Arbeitgeber zu²¹⁷. In der Konsequenz hat der Arbeitnehmer das Wahlrecht über die Wirksamkeit des Verbots, das der Arbeitgeber sich vorbehalten wollte: Er entscheidet, ob er sich bei Zahlung der Karenzentschädigung an das Verbot hält oder ob er sich unter Verzicht auf die Karenzentschädigung von ihm löst²¹⁸.

Macht der Arbeitgeber die Geltung des Wettbewerbsverbots davon abhängig, ob er davon Gebrauch macht („Vorbehaltsklausel“), ist das ebenfalls eine Benachteiligung des Arbeitnehmers. Dasselbe gilt für Freigabe- beziehungsweise Verzichtsklauseln, die eine ähnliche Wirkung haben²¹⁹.

Zulässig ist es jedoch, Wettbewerbsverbote unter eine objektive Bedingung zu stellen²²⁰. Denkbar sind sowohl auflösende, als auch aufschiebende Bedingungen. In der Praxis häufig anzutreffen sind Klauseln, die die Geltung des Wettbewerbsverbots von dem Erreichen einer Altersgrenze, dem Verstreichen einer Wartezeit, dem Erreichen einer bestimmten Position beziehungsweise vom Ausscheiden wegen Dienstunfähigkeit abhängig machen²²¹.

b) Einseitige Lösung vom Wettbewerbsverbot

Gemäß § 75a HGB kann der Arbeitgeber durch eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung auf das Wettbewerbsverbot verzichten. Der Verzicht kann nur vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen werden. Der Arbeitgeber wird durch den Verzicht erst nach Ablauf eines

²¹⁵ Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 47.

²¹⁶ Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 485.

²¹⁷ BAG 19.1. 1978 – 3 AZR 573/97, AP Nr. 36 zu § 74 HGB.

²¹⁸ Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 485; Weber, in: Staub (Fn. 144), § 74a Rn. 51.

²¹⁹ Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 502 ff.

²²⁰ BAG 30.10. 1984 – 3 AZR 213/82, AP Nr. 46 zu § 74 HGB.

²²¹ Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 518 ff.

Jahres seit der Erklärung von der Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung frei²²². Mit dem Verzicht verliert das Wettbewerbsverbot jedoch ab sofort seine Wirkung²²³. Der Arbeitnehmer kann also in Wettbewerb zu seinem Arbeitgeber treten, ohne den einjährigen Anspruch auf die Entschädigungszahlung gemäß § 75a HGB zu verlieren; dem Arbeitgeber kommt zumindest die Anrechnung gemäß § 74c HGB zugute²²⁴.

Da der Arbeitnehmer erst ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf die Entschädigungszahlung hat, wird der Arbeitgeber den Verzicht möglichst frühzeitig aussprechen, damit die Jahresfrist des § 75a HGB ganz oder teilweise mit der Kündigungsfrist zusammenfällt²²⁵.

c) Einvernehmliche Aufhebung

Möglich ist auch stets die einvernehmliche Aufhebung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote²²⁶. Nur kann sich der Arbeitgeber nicht sicher sein, dass ein Arbeitnehmer, der in seinen Plänen durch das Wettbewerbsverbot nicht behindert wird, auf die zugesagte Karenzentschädigung ohne weiteres verzichtet. Problematisch sind hier weniger Arbeitnehmer, die zügig eine neue Stelle annehmen wollen, da in diesen Fällen die Karenzentschädigung durch Anrechnung gemäß § 74c HGB häufig entfällt, als die Arbeitnehmer, die längere Zeit arbeitslos bleiben oder sich – mit der Karenzentschädigung als „Gründungszuschuss“ – selbständig machen und zu Beginn noch keine gemäß § 74c HGB anrechenbaren Gewinne erwirtschaften.

d) Lösung nach fristloser Kündigung

Lösungsmöglichkeiten bestehen auch bei einer fristlosen Kündigung gemäß § 75 HGB²²⁷. Dies ist aber keine Norm, mit der der Arbeitgeber zukunftsgerichtet planen kann.

4. Fazit

Ein sinnvolles System des Know-how-Schutzes durch Wettbewerbsverbote darf sich folglich nicht auf die einmalige Verwendung von Standardklauseln beschränken. Sinnvoll ist stets eine auf den Einzelfall abgestimmte Vertragsgestaltung und die laufende Überprüfung der vereinbarten Verbo-

222 Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 592.

223 Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 591; BAG 17.2. 1987 – 3 AZR 59/86, AP Nr. 4 zu § 75a HGB.

224 BAG 25.10. 2007 – 6 AZR 662/06, RdA 2008, 299.

225 Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 3), Kapitel 2 Rn. 212.

226 Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 712; BAG 10.1. 1989 – 3 AZR 460/87, AP Nr. 57 zu § 74 HGB.

227 Bauer/Diller (Fn. 134), Rn. 618 f.

te, gerade bei Karriereschritten des Arbeitnehmers, ob diese der Ergänzung bedürfen oder ob das Verbot noch benötigt wird, um gegebenenfalls kostensparend noch im laufenden Arbeitsverhältnis gemäß § 75a HGB auf es zu verzichten.

Diskussion

Professor Dr. Christoph Ann, Technische Universität München:

Vielen Dank, Herr *Brock*. Sie haben das Thema ziemlich umfassend behandelt, auch durchaus eine Reihe von Aspekten des repressiven Schutzes mitbehandelt. Ich bin mir sicher, dass es dazu Beiträge und Fragen gibt. Da müssen auch nicht die Universitätsprofessoren in erster Reihe stehen. Bitte sehr:

Professor Dr. Paul Schrader, Universität Augsburg:

Ich möchte anknüpfen an den eingangs genannten Begriff von dem Know-how. Jetzt bin ich ganz froh, dass beide Referenten vorne stehen. Ich möchte auf beide Bezug nehmen. Herr *Ann* hat heute Morgen das Know-how aus dem TRIPS-Übereinkommen definiert und hat gesagt, Know-how ist das, wie man etwas macht. Diese Definition orientierte sich daran, was lizenzfähig ist, das heißt was werthaltig ist und was man irgendwie schützen müsste – Produktionsverfahren haben Sie als Beispiel genannt. Jetzt hatten Sie eine andere Definition gebracht, Herr Dr. *Brock*, und haben gesagt: „Das sind alle Tatsachen mit einem Geschäftsbezug, also Informationen mit einer Betriebsbezogenheit, die irgendwie geheim gehalten werden.“ Sie hatten gesagt, diese Definition sei eingedampft das, was wir heute Morgen gehört haben. Ich sehe das genau umgekehrt, nämlich dass das gerade mehr umfasst als die Definition, die Herr *Ann* gebracht hat. Ich möchte das auch kurz begründen: Bei der Definition von Herrn *Ann* handelt es sich meines Erachtens um prozedurales Wissen, das heißt also um Wissen, „wie ich etwas tue“, und bei Ihnen sind es Tatsachen. Diese Tatsachen umfassen nicht nur das Know-how – also „wie tue ich etwas“ –, sondern auch das „*Knowing That*“ – also das Faktenwissen. Diese Unterscheidung möchte ich auch exemplifizieren an einem Beispiel, bevor ich zu meiner Frage komme, die sich aber nur auf „*Knowing That*“ bezieht.

Das Produktionsverfahren, das Herr *Ann* genannt hat, ist „*Knowing How*“. Die produktionsbegleitenden Faktoren sind davon zu unterscheiden, zum Beispiel: Mäuse in der Bäckerei, Schimmel an der Wand in der Bäckerei oder aber auch Umetikettieren von Gammelfleisch. Möglicherweise könnte man im Umetikettieren auch einen Produktionsablauf sehen, aber ich denke nicht, dass Herr *Ann* das unter *Knowing-How*-Gesichtspunkten schützen möchte. Ich denke, dass Herr Dr. *Brock* dort sicherlich einen Schutz sieht unter dem Blickwinkel von § 17 UWG. Dazu nun meine Frage: Wie sieht es aus, wenn die Zusatzinformation, also die produktionsbegleitenden Fakten – das „*Knowing That*“ – (das heißt das Faktenwissen) eine Gesetzesübertretung darstellt? Da gibt es das Problem,

dass in § 17 UWG ein ungünstiges Tatbestandsmerkmal steht: Die Weitergabe des Geheimnisses muss unbefugt erfolgen. „Nicht unbefugt weitergeben“ könnte daher heißen: Die Weitergabe der Information über alle Gesetzesübertretungen, an deren Kenntnis ein öffentliches Interesse besteht, ist nicht unbefugt. Allerdings stellt sich dann das Problem, wer das Risiko trägt, dass die Weitergabe dann doch befugt oder unbefugt war. Meine Frage jetzt an Sie: Könnte man dies irgendwie vertraglich im Arbeitsvertrag regeln? Ich möchte wegen der Länge der Fragenformulierung nicht nur mit einer einfachen Frage kommen, sondern gleich mit einer These, und zwar eine mögliche Regelung vorstellen, beispielsweise in einen Arbeitsvertrag hineinzuschreiben: „Die Weitergabe von Informationen über interne Gesetzesverletzungen ist unbefugt und untersagt. Davon gibt es eine Ausnahme: Die Weitergabe ist nur dann unbefugt (§ 17 UWG), wenn es intern ein Compliance-System oder ein Meldesystem – um es Deutsch zu formulieren – gibt und man in diesem Meldesystem melden kann, dass es intern eine Gesetzesübertretung oder eine vermutete Gesetzesübertretung gibt. Wenn daraufhin innerhalb einer bestimmten Frist nichts passiert, kann man dann damit auch außerhalb des Unternehmens an die Presse, Staatsanwaltschaft usw. treten.“ Könnte man diese Regelung in den Arbeitsvertrag hineinschreiben oder nicht?

Dr. Martin Brock, Loschelder Rechtsanwälte, Köln:

Die Frage kann man noch weiter ziehen. Es ist immer wieder erstaunlich, wenn man erfährt, dass enorm viele freie Mitarbeiter in Entwicklungsabteilungen tätig sind. Es scheint fast Standard in der deutschen Automobilindustrie zu sein, dass es dort ein Karussell von Entwicklungsingenieuren gibt, die zwischen verschiedenen Herstellern wechseln. Ob das nun möglicherweise gewollt ist als stille Form der technischen Kooperation oder ob die Unternehmen diese Form der Beschäftigung aus Personalkostensicht für richtig halten – aus Know-how-Schutz-Gesichtspunkten ist das sicherlich problematisch. In der Tat scheint mir teilweise in diesen Punkten erstaunlich wenig Sensibilität zu herrschen, gerade wenn man die ganzen Folgeprobleme von *Freelancern* in der Entwicklung sieht. Da fehlt es im Zweifel schon an der Anwendbarkeit des Arbeitnehmererfindungsgesetzes und Ähnliches. Die Situation bedingt wirklich schwerwiegende Rechtsprobleme.

Christoph Ann:

Das ist doch eine klare Antwort. Weitere Fragen vorzugsweise zu dem Thema?

Peter Staudacher, staudacher Arbeitsrecht, München:

Herr Kollege, noch einmal zur Dynamik eines solchen nachvertraglichen Wettbewerbsverbots. Sie haben zu Recht darauf hingewiesen, dass mit weitem Blick, man nicht weiß, wie sich ein Geschäft entwickelt. Jetzt bin ich in einem Unternehmen tätig, das einen relativ eingeschränkten Geschäftsgegenstand hat und bin auch bereit, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu unterzeichnen, und habe auch kein Problem damit, mich nach drei Jahren an diesen kleinen Geschäftsbereich entsprechend zu binden. Das Geschäft entwickelt sich in eine andere Richtung, man erweitert den Geschäftsgegenstand, sei es, dass man einfach neue Geschäftsfelder aufnimmt oder das Unternehmen wird übernommen. Ich bin beispielsweise bei Amazon-Buchhandel, wie es früher einmal losgegangen ist, Online-Buchhandel, mittlerweile können Sie dort alles kaufen. Im Wege des Betriebsübergangs oder Erweiterung des Geschäftsgegenstands der ursprünglichen Firma wird das nachvertragliche Wettbewerbsverbot massiv ausgeweitet. Wie kann man dort vorgehen?

Martin Brock:

Einfach indem die nachvertraglichen Wettbewerbsverbote in der Tat eine gewisse abstrakte Offenheit haben. Der Grundtatbestand wird eigentlich immer das Verbot der Tätigkeit für einen Wettbewerber sein und dieser Begriff des Wettbewerbers ist in der Tat dynamisch zu bestimmen: nämlich zur Zeit der Verletzungshandlung. Das Beispiel, das ich immer benutze, kommt aus dem Finnischen. Wenn damals ein Gummistiefelhersteller ein Wettbewerbsverbot vereinbart hat, bezog sich das auf Gummistiefel. Mittlerweile stellt Nokia ganz andere Sachen her.

Wenn ich eine Konkretisierung des Wettbewerbsverbots vorschlage, ist es natürlich sinnvoll dem Arbeitnehmer zu sagen: „Derzeit machen wir das und das.“ Nur: Man muss dann natürlich immer diese Offenheit erhalten, so dass die Aufzählung nicht abschließend ist, sondern trotzdem auch künftige Geschäftsfelder unter das Wettbewerbsverbot fallen. Aber der klassische offene Tatbestand sorgt schon für die flexible Anpassung an den jeweiligen Stand des Unternehmens.

In der Tat: Das ist natürlich auch eine Frage der Konkretisierung des Verbotsinhalts. Nur darf den Unternehmen nicht zugemutet werden, dem Arbeitnehmer im Vertrag klar sagen zu müssen, was er künftig darf. Das würde das Wettbewerbsverbot in der Tat entwerten, indem diese Dynamik genommen wird. Man braucht diese Dynamik, sie wird aber auch vom strengeren BGH für die Geschäftsführer ohne weiteres als notwendig gesehen. Die Dynamik haben Sie einfach über die Auslegung dieses offenen Begriffs „Wettbewerber“.

Christoph Ann:

Vielen Dank. Die von mir *ad hoc* eingeführte Regel, dass das Fragerecht der Professoren subsidiär ist, ist zulasten meines Freundes *Hans Hanau* gegangen. Er hatte sich vorhin schon gemeldet und ich möchte ihn nicht abschneiden.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Ich frage mich nach der Schnittmenge von Geheimnisschutz und nachvertraglichem Wettbewerbsverbot. Stellen Sie sich vor, ich bin im Besitz des Coca Cola-Rezepts, versichere meinem Noch-Arbeitgeber, ich werde auch Zuckerbrause herstellen, aber ohne Coca-Geschmack. Ich habe aber dieses nachvertragliche Wettbewerbsverbot unterschrieben. Ist das nicht total überschießend? Ist das nicht eine für meine Berufsfreiheit zentrale Frage? Das würde doch auch viel zu kurz greifen, das Wettbewerbsverbot, weil es zeitlich befristet ist. Auch wenn ich mich zwei Jahre ruhig verhalte mit dem Cola-Rezept, im dritten Jahr kann ich es wieder vermarkten. Ist das nicht auch ineffizient? Sie haben es als Königsweg angeboten, wie man kautelarjuristisch diese Geheimnisbredouille lösen kann. Ist es nicht zum einen zu viel und zum anderen zu wenig?

Martin Brock:

Als Königsweg habe ich, glaube ich, das nicht gesehen. Ich habe das als das angeboten, was wir überhaupt haben.

In der Tat: Wenn wir eine gewisse Effektivität überhaupt haben wollen, brauchen wir zumindest das Wettbewerbsverbot, weil die Geheimhaltungspflichten meist völlig versagen. Denn die Coca Cola-Formel lässt sich möglicherweise sogar noch so memorieren, dass man nicht auf Unterlagen zurückgreifen muss und auch § 17 UWG nicht helfen würde. Auch die nachvertraglichen Verschwiegenheitspflichten würden dort wohl versagen, wenn man jetzt nicht die Thrombosol-Entscheidung, in der das BAG einmal in Bezug auf ein bestimmtes Rezept strenger war, in die Zukunft weiterdenkt.

Das heißt aber: Ein effektiver Geheimnisschutz selbst durch das nachvertragliche Wettbewerbsverbot findet eine Grenze dann nach zwei Jahren – länger darf man ein Wettbewerbsverbot nicht ausdehnen. Das heißt, man muss das in der Tat immer ergänzen durch eine effektive praktische Geheimhaltung und Ähnliches.

Das andere ist, dass wir uns tatsächlich klar werden müssen, wie massiv überschießend diese nachvertraglichen Wettbewerbsverbote eigentlich sind. Wenn man Arbeitnehmer, die von Wettbewerbsverboten betroffen sind, vertritt, merkt man, was für massive Eingriffe in die Berufsfreiheit das sein können, weil möglicherweise Karrieren zerstört werden. Wenn etwa ein hochattraktiver Wechsel nicht möglich ist, weil man dem Mandanten sagen muss: „Sorry, viele Wettbewerbsverbote sind nicht wirksam, aber das ist wirksam.“

Doch wenn man versucht, überhaupt noch einen effektiven Schutz vor Know-how-Verlusten durch Arbeitnehmer herbeizuführen, brauchen Unternehmen diese Wettbewerbsverbote, denn ein weniger einschneidendes Mittel, das eine ähnliche Effektivität hätte, ist nicht zu erkennen. Und wir gehen im Verbotsinhalt ja sogar so weit, dass wir nicht nur bestimmte Tätigkeiten verbieten, sondern komplett die Tätigkeit für ein Unternehmen, also bewusst an einem Tatbestand ansetzen, den man noch möglichst leicht nachweisen kann. Aber auch das, glaube ich, brauchen wir, weil schon mit dem Nachweis, was der Arbeitnehmer konkret im Wettbewerbsunternehmen macht, Unternehmen vielfach überfordert sind.

Man muss wirklich sehen, dass das eine ganz starke Möglichkeit des Arbeitgebers ist, und dass es ein massiver Eingriff in die Berufsfreiheit ist und dass dort das BAG möglicherweise seinen Ansatz, Art. 12 GG bei der Abwägung stärker in Stellung zu bringen, auch noch ausbauen wird, wenn das nicht sehr klare Fälle sind, wo der Arbeitgeber ein deutliches Interesse hat.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Wir haben heute Morgen gelernt, es kommt mehr darauf an, zu erkennen, was ich als Arbeitgeber schützen möchte und ich muss dem Arbeitnehmer, von dem ich Geheimnistreue und Stillschweigen will, dies auch mitteilen. Denn er weiß vielleicht noch weniger als der Arbeitgeber, was ein wichtiges Geheimnis ist und was ein weniger wichtiges Geheimnis ist. Kann man nicht sagen, dass Compliance und AGB-Kontrolle in ihrer Verschränkung womöglich es den Unternehmen nahelegen, bei jeder beruflichen Veränderung die Geheimnisklausel sachlich-fachlich neu zu präzisieren und zu sagen: „Auf diese neue Stelle versetze ich Dich aber erst, wenn Du mir unterschreibst, dass Du diese und jene Geheimnisse, die jetzt in Deinem neuen Tätigkeitsfeld wichtig sind, auch zu wahren versprichst, sonst wirst Du dort nicht hinversetzt.“ Das ist sicherlich keine Maßregelung, weil es ein sachliches Interesse des Arbeitgebers ist, so könnte ich ein bisschen aus dieser Generalklausel-Problematik herauskommen und dem Arbeitnehmer auch führend in Erinnerung rufen, dass von ihm auf der neuen

Stelle eine neue, nämlich eine andere Art von Geheimhaltung erwartet wird.

Martin Brock:

Das ist ein sehr guter Gedanke, und das ist sicherlich, was auch Unternehmen leisten müssen mit diesen arbeitsvertraglichen Regelungen. Das wird aber vielfach nicht umgesetzt: Man schließt am Anfang des Berufslebens einen Arbeitsvertrag und schaut dann nach 20 Jahren hinein, was man daraus machen kann. Das ist der Bedeutung der Problematik nicht mehr angemessen und es ist Unternehmen zu empfehlen, dort laufend nachzukontrollieren und nachzujustieren. Gerade Beförderungsschritte, die man durchaus von der Unterzeichnung neuer Regelungen abhängig machen kann, bieten sich an, dort noch einmal eine Nachjustierung vorzunehmen, sei es, dass man Wettbewerbsverbote wieder streicht, weil man sie nicht braucht, sei es, dass man Wettbewerbsverbote ab bestimmten Hierarchiestufen neu aufnimmt oder sei es, dass man eine vertragliche Konkretisierung, was geheimhaltungsbedürftig ist, mit in den Vertrag aufnimmt. Das ist eine Gestaltungsmöglichkeit, die in vielen Unternehmen noch nicht ausreichend genutzt wird.

Christoph Ann:

Das würde auch zu der Idee passen, dass man ein Know-how-Management, das den Namen verdient, im Unternehmen hat. Dass man deutlich macht, wie mit den Informationen, mit denen der Arbeitnehmer jetzt zu tun haben wird oder die ihm jetzt zugänglich gemacht werden, umgegangen werden soll.

Martin Brock:

Wenn Sie als Anwalt versuchen, diese Informationen auch nur abzufragen, stoßen Sie meistens schon auf Schwierigkeiten, weil das vielfach Unternehmen in dieser Schärfe gar nicht bewusst ist. Gut wäre, wenn die Unternehmen dort ein neues Bewusstsein entwickeln, das dann auch stärker in die Vertragsgestaltung einfließen kann.

Peter Mayer, Präsident des LAG München a.D., Kolbermoor:

Wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie Kritik geäußert an der BAG-Rechtsprechung, wenn jemand die Geheimnisse besser schützen will, möge man doch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbaren.

Das ist ja eigentlich viel zu weit und belastet den Arbeitnehmer unnötig. So ist es doch gar nicht. Das BAG kennt doch auch partielle Wettbewerbsverbote, zum Beispiel Mandantenschutzklauseln. Das BAG hat gar nicht verlangt, dass das umfassend sein muss. Das kann sehr fallbezogen vereinbart werden. Nur die Karenzenschädigung ist eben fällig und die Formvorschriften müssen beachtet werden. Also sehe ich keinen Anlass zur Kritik am BAG.

Martin Brock:

In dem Punkt wollte ich auch gar nicht Kritik am BAG üben, sondern habe, meine ich, nur referiert, was das BAG sagt. Und das halte ich auch für richtig, denn es entspricht sehr stark den Wertungen, die man aus § 17 UWG entnehmen kann. Ich meine mich zu erinnern, dass das BAG zwar § 17 UWG nicht zitiert. Aber es vollzieht die Wertungen, die in dieser Norm stecken, nach. Zu sagen: „Der Inhalt des Arbeitnehmerkopfes ist frei“, halte ich auch für eine richtige Regel, denn ansonsten hätten wir wirklich eine Art entschädigungsloses Verbot.

Das Problem besteht mit partiellen Verboten – Mandanten- und Kundenschutzklauseln kann ich natürlich vereinbaren und ich nehme die vielleicht auch ergänzend in den Vertrag mit auf. Als Kautelarjurist muss ich dem Mandanten aber natürlich sagen, dass das Verbot ohnehin immer 50 % der vertraglichen Leistungen kostet. Wenn der Mandant aber ohnehin 50 % zahlen muss, kann ich auch die große Lösung wählen und muss mich nicht auf eine kleine Lösung wie die Mandantenschutzklausel beschränken, sondern vereinbare direkt das umfassende Tätigkeitsverbot.

Das ist beispielsweise bei den Geschäftsführern anders. Dort werden die Kundenschutzklauseln entschädigungslos zugelassen, was dazu führt, dass sie dort viel häufiger verwandt werden als bei Arbeitnehmern. Bei Arbeitnehmern, ist es durchaus ein Konstruktionsfehler des Gesetzes, dass die Höhe der Entschädigung unabhängig vom Inhalt des Verbots ist. Wenn ich den Arbeitnehmer auch nur für einen anderen Arbeitgeber sperre, kostet das trotzdem 50 %. Das wäre jetzt vielleicht eine rechtspolitische Überlegung: Wenn man dort zu einer Flexibilisierung käme, wäre die möglicherweise arbeitnehmerschützend wirksamer, indem dann auch der Arbeitgeber einen Anreiz hätte, den Geltungsbereich der Verbote einzuschränken. So gibt es nach derzeitiger Rechtslage keinen Grund dafür.

Christoph Ann:

Flattrate ist nicht immer gut, kann man sagen.

Professor Dr. Martina Benecke, Universität Augsburg:

Redeverbot für Professoren ist jetzt wohl aufgehoben und ich traue mich jetzt auch, einfach einmal zu fragen. Ich habe eine Frage aus der Wissenschaft an Sie als Praktiker und zwar etwas weg vom Wettbewerbsverbot. Man kann mit den Wettbewerbsverboten immer nur einige wenige Arbeitnehmer erfassen und zwar vor allem die leitenden Angestellten, die Geheimnisträger. Viele von denen, problematische Gruppen, von denen wir heute Morgen erfahren haben – der Putzmann und die Chefsekretärin – kann man mit Wettbewerbsverboten nicht erfassen. Ich bin in Ihren Thesen über ein Wort gestolpert, das in Ihrem mündlichen Vortrag gar nicht oder nur ganz am Rande vorkam, nämlich über das Wort „Betriebsrat“. Da habe ich mir einmal ganz naiv überlegt: Wir haben § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und könnte man nicht, bevor man lauter einzelvertragliche Regelungen macht, die entweder zu weit gehen oder nicht präzise genug sind, überlegen, dass man sich mit dem Betriebsrat zusammensetzt und sagt: „Wir machen jetzt mit Euch zusammen ein Sicherheitskonzept.“ Vielleicht erhöht man damit auch die Akzeptanz oder macht man das eher gar nicht? Man muss es auf jeden Fall, wenn man eine *Whistleblowing*-Regelung in irgendeiner Form treffen will. Da muss man den Betriebsrat auf jeden Fall einbeziehen. Gibt es solche Überlegungen? Wird so etwas gemacht, oder erweist sich das in der Praxis eher als sinnlos?

Martin Brock:

Klare Regelungen mit dem Betriebsrat zu treffen über die sicherheitsrelevanten Fragen ist sehr sinnvoll, wird aber nicht so flächendeckend gemacht wie es sinnvoll wäre.

Man muss sehen, dass enorm viele Fragen, die in Betriebsvereinbarungen geregelt werden, in das Thema Know-how-Schutz mit hineinspielen. Der gesamte hierfür hochrelevante Bereich der IT ist über § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmt vom Betriebsrat. Aber natürlich sind dort viele Know-how-relevante Fragen betroffen und natürlich ist es sinnvoll, dort auch vieles im Detail zu regeln. Wenn ich eine Betriebsvereinbarung habe, dass USB-Sticks im Unternehmen generell nicht verwandt werden dürfen, und klare Regelungen habe, wie das Internet genutzt werden darf, dann habe ich auch eine Rechtsverbindlichkeit gegenüber dem Arbeitnehmer, die ich im Zweifel mit einer einseitigen Arbeitgeberweisung in dieser starken Form nicht habe.

Ich sehe den Betriebsrat dort in einer sehr wichtigen Position. Auch über den Glaubwürdigkeitsgewinn für den Arbeitgeber. Ich habe das an einem Fall deutlich gesehen: Wir mussten für eine Bank eine Regelung zu Insidergeschäften einführen. Die Arbeitnehmer sollten ihren privaten Aktienbesitz offenlegen. Das ist natürlich eine Regelung, die wehtut. Da sagte jeder erst einmal: „Datenschutz! Das geht Euch überhaupt nichts an.“ Als wir dann den Betriebsrat überzeugt hatten – das war durchaus Arbeit, aber wir haben es geschafft – und zusammen mit dem Betriebsrat zu den Arbeitnehmern gingen und sagten: „Wir haben hier die Regelung gefunden und wir haben auch Schutzmechanismen für Euch zusammen mit dem Betriebsrat gefunden“, das ließ sich dann gegenüber den Arbeitnehmern deutlich besser verkaufen als wenn der Arbeitgeber einfach nur einseitig die Vorgaben, die von der Muttergesellschaft gekommen waren, den Arbeitnehmern vorgelegt hätte: Die hatten nämlich schon zum Volksaufstand geführt. Darum sehe ich den Betriebsrat wegen des Glaubwürdigkeitsgewinns als Aktivposten.

Nach meiner Erfahrung lässt sich das Thema den Betriebsräten auch vermitteln. Man muss aber vor allem erklären, warum man bestimmte Dinge macht. Man muss erklären, warum man die Privatnutzung der betrieblichen E-Mail-Adresse untersagen will. Wenn man das wirklich einmal mit allen Konsequenzen überzeugend dargestellt hat, dann sind Betriebsräte auch bereit das mitzutragen.

Zur Überlegung, Verschwiegenheitspflichten für die Arbeitnehmer mit dem Betriebsrat zu regeln, wäre ich allerdings ein bisschen zögerlich, ob man das wirklich in einer Betriebsvereinbarung verbindlich geregelt bekommt oder ob das nicht der Regelung im Einzelvertrag vorbehalten ist. Da müsste man noch einmal in die Handelsblatt-Entscheidung des BAG hineinschauen. Aber für die unmittelbar unternehmensbezogenen Verhaltenspflichten: ja, regeln.

Dr. Rainer Sieg, Siemens AG, Erlangen:

Für die von Frau *Benecke* angesprochenen leitenden Angestellten können mit dem Betriebsrat natürlich keine Vereinbarungen geschlossen werden. Aber an eine Richtlinie mit dem Sprecherausschuss wäre zum Beispiel zu denken. Die *Brock'sche* Idee einer kollektivrechtlichen Regelung finde ich im Prinzip auch für die leitenden Angestellten gut; ich lasse sie mir für eine Umsetzung in der betrieblichen Praxis einmal durch den Kopf gehen.

Christoph Ann:

Wir machen hier Pause, stärken uns, diskutieren die offenen Fragen und treffen uns um 15.30 Uhr pünktlich wieder hier.

Arbeitsrechtlicher Umgang mit Spionagefällen

Hans Hanau

Seite

A. Notwendigkeit des rechtlichen Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	131
I. Know-how als unternehmerische Kernsubstanz	131
II. Strategisches Ziel	131
III. Mittel zur Umsetzung	132
1. Als rechtliches Monopol – durch Anmeldung als gewerbliches Schutzrecht	132
a) Kommt nicht für jede Wissenskategorie in Betracht	132
b) Oder scheidet aus strategischen Gründen aus	132
2. Als faktisches Monopol – durch schlichte Geheimhaltung	133
IV. Geschäfts- und Betriebsgeheimnis als höchst fragile strategische Position	133
V. Betriebsspionage als kaum zu überschätzende Bedrohung einer wesentlichen Betriebsgrundlage	134
VI. Conclusio: Umfassende Schutznotwendigkeit	134
B. Der lückenhafte zivilrechtliche Geheimnisschutz	134
I. Geheimnis zivilrechtlich nicht als solches geschützt	134
II. Anspruchsgrundlagen	135
1. Arbeitsvertraglich, § 241 Abs. 2 BGB	135
a) Während des Arbeitsverhältnisses	135
b) Nach Beendigung?	135
2. Wettbewerbsrechtlich	136
a) §§ 3, 4 Nr. 9 lit. c, 10 UWG	136
b) §§ 3, 4 Nr. 11 UWG (in Verbindung mit §§ 17 ff. UWG)	137
3. Urheberrechtlich	137
a) §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a ff. UrhG	137
b) ArbNErfG	137
4. Bürgerlichrechtlich	137

a)	§ 823 Abs. 1 BGB?	137
b)	§ 826 BGB	138
c)	§ 823 Abs. 2 BGB (in Verbindung mit §§ 17 ff. UWG)	138
III.	Rechtsfolgen und Sanktionsinstrumentarium	138
1.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Vertragsstrafe	139
2.	Unterlassung und Beseitigung	139
a)	§ 241 Abs. 2 BGB – Erfüllungsanspruch aufgrund arbeitsvertraglicher Verschwiegenheitspflicht	139
b)	§ 8 UWG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 9 lit. c, 10 oder 11 UWG sowie § 1004 BGB analog in Verbindung mit §§ 823 Abs. 2, 826 BGB	139
3.	Kompensation des Schadens	139
a)	§ 280 Abs. 1 BGB – bei Verstoß gegen arbeitsvertragliche Verschwiegenheitspflicht	139
b)	§ 9 UWG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 9 lit. c, 10 oder 11 UWG sowie §§ 823 Abs. 2, 826 BGB	140
c)	„Dreifache“ Schadensberechnung	140
aa)	Konkreter Schaden	140
bb)	Lizenzanalogie	140
cc)	Gewinnabschöpfung	140
4.	Auskunft, Besichtigung	140
a)	§§ 3 Abs. 1 UWG, 242 BGB – akzessorischer Auskunftsanspruch	140
b)	Selbständiger Auskunftsanspruch (Drittauskunft)	141
c)	§ 809 BGB – Besichtigungsanspruch	141
C.	Hohe arbeitsrechtliche Hürden bei der Ermittlung von Geheimnisverrat	142
I.	Strukturelle Ungeeignetheit des arbeitsrechtlichen Kontrollinstrumentariums	142
II.	Ermittlungsbarrieren – Beispiele	143
1.	Telefonüberwachung	143
a)	Dienstliche Telefonnutzung	143
aa)	Verbindungsdaten	143
bb)	Inhalte	143
b)	Private Telefonnutzung	144
c)	Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	144
2.	Überwachung des E-Mail-Verkehrs	144

3.	Videoüberwachung.....	144
a)	Öffentlich zugängliche Räume	145
b)	Nicht öffentlich zugängliche Räume.....	145
c)	Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	145
4.	Datenabgleich („Rasterfahndung“)	145
a)	Datenschutzrechtliche Zulässigkeit	146
b)	Mitbestimmung des Betriebsrats, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.....	146
5.	Fazit	146
D. Der Transfer vom Strafrecht in das Arbeitsrecht		146
I.	Überwölbung des zivilrechtlichen Geheimnisschutzes durch ein umfangreiches nebenstrafrechtliches Sanktionssystem.....	146
1.	Unmittelbarer Schutz des Unternehmensgeheimnis‘ durch § 17 UWG	147
2.	Die Tatbestände.....	147
a)	§ 17 Abs. 1 UWG – Geheimnisverrat.....	147
b)	§ 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG – Betriebsspionage	148
c)	§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG – Geheimnishehlerei	148
II.	Knüpfen von zivilrechtlichen Rechtsfolgen an strafrechtliche Geheimnisschutzvorschriften	148
1.	§ 17 UWG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG	148
2.	§ 17 UWG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB (Verletzung eines Schutzgesetzes)	149
III.	Partizipation an den Ermittlungsergebnissen der Strafverfol- gungsbehörden.....	149
1.	Umfangreiche Ermittlungsbefugnisse der dem Gemeinwohl verpflichteten Strafverfolgungsbehörden ohne Bindung an den spezifisch arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz.....	149
2.	Akteneinsichtsrecht gemäß § 406e StPO für den Arbeit- geber	149
E. Erkenntnisse für den nachvertraglichen Geheimnisschutz		150
I.	Konsequenzen aus der § 17 UWG zugrunde liegenden Wertung für den arbeitsrechtlichen Interessenausgleich	150
II.	Herausragende Bedeutung gebrauchsmuster- oder patentfähi- ger Geheimnisse	150

III. Konsequenzen für die zeitliche Bindung des Arbeitnehmers.....	151
IV. Bestätigung der Wertung durch Regelung im Arbeitnehmerer- findungengesetz.....	152
F. Fazit	153
Diskussion	154

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Know-how-Schutz im Arbeitsrecht (München 2012), S. 127-153

Der Know-how-Schutz führt im Arbeitsrecht bisher ein stiefmütterliches Dasein. Weder seine Bedeutung für das Unternehmen noch seine rechtliche Ausgestaltung sind hinreichend bewusst. Die Erschließung der Materie wird zudem durch ihre Unübersichtlichkeit und ihre unzulängliche dogmatische Konturierung erschwert.

Ich möchte deshalb im Folgenden zunächst die Notwendigkeit des rechtlichen Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen herleiten (A), anschließend den erstaunlich defizitären zivilrechtlichen Geheimnisschutz (B) unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts vorstellen (C), sodann in den strafrechtlichen Geheimnisschutz einführen, der sich – wie wir sehen werden – in bemerkenswerter Weise für den zivilrechtlichen Know-how-Schutz fruchtbar machen lässt (D), und schließlich aus den bis dahin gewonnenen Erkenntnissen Folgerungen für die Reichweite des nachvertraglichen Geheimnisschutzes im Arbeitsverhältnis ziehen (E).

A. Notwendigkeit des rechtlichen Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Die Notwendigkeit eines Know-how-Schutzes im Unternehmen ist als solche weitgehend unbestritten, wird in ihrer Dringlichkeit aber im Arbeitsrecht oft verkannt.

I. Know-how als unternehmerische Kernsubstanz

Spezifikum eines Unternehmens ist sein selbst erarbeitetes Wissen. Dieses Know-how kann zum einen technische Aspekte der unternehmerischen Tätigkeit wie Rezepturen, Konstruktions- und Herstellungsverfahren betreffen. Es kann zum anderen aber auch den kaufmännischen Bereich umfassen; so können etwa im Absatzbereich Kundenlisten, im Lieferantenbereich Warenbezugsquellen, im Wettbewerbsbereich die unternehmerische Strategie und im Personalbereich Personaleinsatz und Gehaltsstruktur besonderes Erfahrungswissen verkörpern.

Als unternehmerische Kernsubstanz kann dieses Know-how ein entscheidender Wettbewerbsvorteil sein¹.

II. Strategisches Ziel

Strategisches Ziel muss mithin sein, den Zugriff der Konkurrenz auf dieses Wissen auszuschließen. Kurzum: Das Unternehmen sollte sich tunlichst ein Monopol an diesem Know-how sichern.

¹ Dazu *Bartenbach*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Arbeitsleben, Festschrift Küttner, 2006, S. 113.

III. Mittel zur Umsetzung

1. Als rechtliches Monopol – durch Anmeldung als gewerbliches Schutzrecht

Ein solches Monopol kommt zunächst als rechtliches in Betracht, in Gestalt der klassischen gewerblichen Schutzrechte, zuvörderst durch Anmeldung als Patent. Der Patentschutz versetzt den Inhaber in die Lage, Dritte von der Nutzung auszuschließen (siehe §§ 9 Satz 2, 139 ff. PatG). Der Patentinhaber kann deshalb bei eigener Verwertung des Wissens eine Monopolrente erzielen oder bei Überlassung an Wettbewerber Lizenzgebühren kassieren.

a) Kommt nicht für jede Wissenskategorie in Betracht

Der Patentschutz kommt allerdings nicht für jede Wissenskategorie infrage, der Kanon der Schutzgegenstände ist vielmehr begrenzt. Patente werden nur für eine technische, neue, erfinderische und gewerblich anwendbare Erfindung erteilt (§ 1 PatG). Aufgrund des Technizitätserfordernisses ist nur ein kleiner Ausschnitt unternehmensrelevanten Wissens vom Patentschutz erfasst: die klassische technische Erfindung, wie insbesondere chemische Rezepturen.

Für den großen kaufmännischen Bereich steht hingegen kein entsprechendes Immaterialgüterrecht zur Verfügung.

b) Oder scheidet aus strategischen Gründen aus

Doch selbst wenn ein Patentschutz in Betracht kommt, können strategische Gründe gegen eine Anmeldung sprechen²: Das Anmeldeverfahren ist kostenträchtig und vergleichsweise langwierig. Weiterhin vermittelt das Patent nur einen zeitlich begrenzten Schutz von maximal 20 Jahren. Der rechtliche Schutz reicht zudem nicht weiter als die Staatsgewalt, die den Schutz vermittelt³.

Vor allem aber zwingt die Anmeldung den Erfinder zur Offenlegung seines Wissens, was einerseits Piraten den Zugriff ermöglicht und andererseits bei Zurückweisung der Anmeldung aufgrund der eingetretenen Publizität sogar den Totalverlust des Monopols nach sich zieht.

² Zum Folgenden *Ann*, in: *Ann/Loschelder/Grosch* (Hrsg.), *Praxishandbuch Know-how-Schutz*, 2010, Kapitel 1 Rn. 38.

³ *Kalbfus*, *Know-how-Schutz in Deutschland zwischen Strafrecht und Zivilrecht – welcher Reformbedarf besteht?*, 2011, Rn. 14.

2. Als faktisches Monopol – durch schlichte Geheimhaltung

Als Alternative für technische Erfindungen, insbesondere aber für den gesamten kaufmännischen Bereich bleibt deshalb nur, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Interessenten schlicht vorzuenthalten und sie dadurch von einer Nutzung auszuschließen⁴ – im Idealfall weltweit und für immer. Auch Geheimhaltung kann also eine strategische Position sein⁵. Sie gewinnt dadurch einen eigenen wirtschaftlichen Wert⁶.

IV. Geschäfts- und Betriebsgeheimnis als höchst fragile strategische Position

Sie ist allerdings höchst fragil. Der Vorsprung ist zum einen stets durch Wettbewerber gefährdet, die sich das Wissen unabhängig parallel erschließen, also durch eigene Forschung und Entwicklung die Erfindung ein zweites Mal machen.

Zum anderen und vor allem ist das Geheimnis aber bereits durch das schlichte Bekanntwerden mehr oder minder vollständig entwertet! Der Wissensvorsprung ist dahin. Dritten stehen ja bei der Verwertung des nunmehr zugänglichen Wissens anders als beim Patent keine immaterialgüterrechtlichen Hürden entgegen.

4 Dazu *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 13; *Gaugenrieder/Unger-Helmich*, Know-how-Schutz – gehen mit dem Mitarbeiter auch die Unternehmensgeheimnisse?, WRP 2011, 1364, 1365.

5 Bekannte Beispiele für das Setzen auf Geheimhaltung statt auf Anmeldung eines Patents sind das Coca-Cola-Rezept – die Coke-Formel gilt als eines der bestgehüteten Firmengeheimnisse der Welt (dazu <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/coca-cola-wirbel-um-geheimes-coke-rezept-a-745819.html>) –, aber auch die Mixtur für Pustefix-Seifenblasen („Ein Patent gibt es auf die Herstellung von Pustefix bis heute nicht. ‚Wenn ich das Rezept patentieren lasse, muss ich es ja öffentlich machen‘, sagt Firmengründer Frank Hein“, Zitat entnommen aus <http://www.impulse.de/unternehmen/:Betriebsgeheimnis--Auch-Schweigen-ist-Marketing/1006052.html?p=3>) und der unter Heimwerkern höchst beliebte Rostlöser WD-40 („Ich würde Ihnen die Formel ja gerne mitteilen“, sagte CEO Garry Ridge einmal im Interview. ‚Aber dann müsste ich Sie umbringen‘“, Zitat entnommen aus <http://www.impulse.de/unternehmen/:Betriebsgeheimnis--Auch-Schweigen-ist-Marketing/1006052.html?p=3>; immerhin steht der Produktname ja für „Water Displacement perfected on the 40th try“, siehe <http://de.wikipedia.org/wiki/WD-40>).

6 Zur Teilhabe an der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG *Brammsen*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 2, 2006, § 17 UWG Rn. 4; *Otto*, in: Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Großkommentar UWG), 1991-2006, § 17 UWG Rn. 4.

V. Betriebsspionage als kaum zu überschätzende Bedrohung einer wesentlichen Betriebsgrundlage

Aufgrund dieses simplen Wirkungszusammenhangs stellt jedes Leck im Geheimnisschutz eine kaum zu überschätzende Bedrohung einer wesentlichen Betriebsgrundlage dar. Betriebsspionage – sei es durch Arbeitnehmer, sei es durch Außenstehende – ist deshalb von besonderer Perfidie. Sie höhlt die Wettbewerbsposition des Geheimnisinhabers gleichsam von innen aus.

Wirtschaftsspionage ist aber nicht nur aus betriebswirtschaftlicher Perspektive verhängnisvoll, sondern führt volkswirtschaftlich allein in der bundesdeutschen Wirtschaft zu Schadenssummen, die auf mehrere Milliarden Euro im Jahr geschätzt werden⁷.

VI. Conclusio: Umfassende Schutznotwendigkeit

Hiergegen bedarf es nicht nur erheblicher organisatorischer Vorkehrungen in Form von personellem und materiellem Geheimnisschutz⁸, sondern auch der Unterstützung durch die Rechtsordnung – in Gestalt eines umfassenden rechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen⁹.

B. Der lückenhafte zivilrechtliche Geheimnisschutz

Dieser Erkenntnis entspricht das geltende Recht nur in Maßen.

I. Geheimnis zivilrechtlich nicht als solches geschützt

Ein zivilrechtlicher Geheimnisschutz als solcher existiert nicht¹⁰, das Unternehmensgeheimnis ist kein eigenständiges Schutzobjekt. Vielmehr widmen sich arbeitsrechtliche, deliktsrechtliche, lauterkeitsrechtliche und urheberrechtliche Vorschriften unverfugt ihren je eigenen Schutzbereichen und bilden dabei jeweils nur Aspekte des Geheimnisschutzes ab – allerdings unter Aufbietung einer durchaus imposanten und nur schwer zu überschauenden Zahl unterschiedlicher Anspruchsgrundlagen.

⁷ Dazu *Brammsen*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (Fn. 6), Vor § 17 UWG Rn. 7 mit weiteren Nachweisen.

⁸ Dazu *Ann* (Fn. 2), Rn. 61.

⁹ Zur Schutzwürdigkeit von geheimem Know-how, nicht zuletzt aus ökonomischer Perspektive, *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 8 ff.; *Föbus*, Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach § 17 UWG, 2011, S. 29 ff.; siehe auch *I. Westermann*, Handbuch Know-how-Schutz, 2007, Kapitel 1 Rn. 1 f.

¹⁰ *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 496.

II. Anspruchsgrundlagen

1. Arbeitsvertraglich, § 241 Abs. 2 BGB

Arbeitsrechtlich ergibt sich eine Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers aus einer vertraglichen Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers gem. § 241 Abs. 2 BGB¹¹.

a) Während des Arbeitsverhältnisses

Diese Pflicht gilt unstreitig während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses.

b) Nach Beendigung?

Ob und inwieweit auch eine nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht besteht, gilt als umstritten. Insoweit sind das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers einerseits und das Interesse des Arbeitnehmers, der während des bestehenden Arbeitsverhältnisses *nolens volens* mit Geheimnissen in Berührung gekommen ist und diese Kenntnisse bei der weiteren Verwertung seiner Arbeitskraft schwerlich wegdenken kann, an seiner unbehinderten beruflichen Entfaltung andererseits gegeneinander abzuwägen.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt dabei zu dem Ergebnis, dass der Arbeitnehmer nicht an der Verwertung seines redlich erlangten beruflichen Erfahrungswissens gehindert sei, selbst wenn es sich dabei um Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse handelt, solange er es erstens für seine eigene berufliche Tätigkeit verwendet und nicht an Dritte veräußert und solange es sich zweitens um Präsenzwissen handelt, der Arbeitnehmer also nicht auf die Verkörperung des Geheimnisses angewiesen ist¹².

Wegen verbreiteter Unkenntnis über den Rechtsweg – auch für die Durchsetzung von Ansprüchen aus dem UWG gegen einen ehemaligen Arbeitnehmer sind aufgrund der deliktsrechtlichen Natur der Wettbewerbsverletzung eigentlich die Arbeitsgerichte gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. d ArbGG

11 Etwa Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 48 Rn. 32; Brock, in: Ann/Loschelder/Grosch (Fn. 2), Kapitel 2 Rn. 54.

12 BAG 16.3.1982 – 3 AZR 83/79, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis (Thrombosol); BAG 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis (Kundenlisten); BAG 15.6.1993 – 9 AZR 558/91, AP Nr. 40 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel (Titandioxid); BAG 19.5.1998 – 9 AZR 394/97, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Treuepflicht (Kantenbänder).

ausschließlich zuständig¹³ –, dessen Prüfung in der Revision gemäß § 17a Abs. 5 GVG allerdings unterbleibt, sind einige der prominentesten Entscheidungen zum nachvertraglichen Geheimnisschutz vom Bundesgerichtshof gefällt worden¹⁴. Der BGH nimmt zwar einen anderen Lösungsweg, indem er nicht an eine nachvertragliche Treuepflicht anknüpft, sondern maßgeblich darauf abstellt, ob der ausgeschiedene Arbeitnehmer durch die Geheimnisnutzung unredlich handelt und deshalb gegen § 1 UWG verstößt. Weil der BGH an die Voraussetzungen der Unredlichkeit hohe Anforderungen stellt, gilt er im Vergleich zum BAG als arbeitnehmerfreundlicher¹⁵. Bei näherem Hinsehen scheint diese Einschätzung aber übertrieben, seine Interessenabgrenzung kommt der des BAG zumindest ausgesprochen nahe und bedarf deshalb hier keiner eigenen Erörterung.

So oder so ist also der ausgeschiedene Arbeitnehmer der Rechtsprechung zufolge nicht an der Verwertung seines Präsenzwissens gehindert. Der Fortgang von Leistungsträgern kann also für das Unternehmen einen beträchtlichen Know-how-Abfluss bedeuten.

2. Wettbewerbsrechtlich

Während sich der arbeitsrechtliche Schutz naturgemäß nur auf Geheimnisverrat durch Arbeitnehmer bezieht, richtet sich der wettbewerbsrechtliche deliktische Geheimnisschutz gegen jedermann.

a) §§ 3, 4 Nr. 9 lit. c, 10 UWG

Allerdings beziehen sich die zivilrechtlichen lauterkeitsrechtlichen Tatbestände nicht unmittelbar auf Unternehmensgeheimnisse, sondern schützen sie nur mittelbar¹⁶. So kann das Abwerben und Ausforschen von für den Know-how-Schutz relevanten Arbeitskräften eine gezielte Behinde-

¹³ Dazu *W.J. Reuter*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche bei Konflikten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern – Terra Incognita?, NJW 2008, 3538, 3542; *Bartenbach*, Festschrift Küttner, 2006, S. 113, 134 f.

¹⁴ BGH 21.12. 1962 – I ZR 47/61, AP Nr. 7 zu § 17 UnlWG (Industrieböden); BGH 19.11. 1982 – I ZR 99/80, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis (Stapel-Automat); BGH 14.1. 1999 – I ZR 2/97, WRP 1999, 912 (Weinberater); BGH 3.5. 2001 – I ZR 153/99, EzA § 611 BGB Betriebsgeheimnis Nr. 4 (Spritzgießwerkzeuge); BGH 19.12. 2002 – I ZR 119/00, WRP 2003, 642 (Verwertung von Kundenlisten); BGH 27.4. 2006 – I ZR 126/03, NJW 2006, 3424 (Kundendatenprogramm), BGH 26.2. 2009 – I ZR 28/06, NJW 2009, 1420 (Versicherungsuntervertreter).

¹⁵ So etwa *Richters/Wodtke*, Schutz von Betriebsgeheimnissen aus Unternehmenssicht – „Verhinderung von Know-how-Abfluss durch eigene Mitarbeiter“, NZA-RR 2003, 281, 287; *Gaugenrieder/Unger-Hellmich*, WRP 2011, 1364, 1376.

¹⁶ Kritisch zur gesetzgeberischen Regelungstechnik *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 378 ff.

rung von Mitbewerbern gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 10 UWG und die Verwertung der erlangten Geheimnisse zur Produktnachahmung gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 9 lit. c UWG unlauter sein¹⁷.

b) §§ 3, 4 Nr. 11 UWG (in Verbindung mit §§ 17 ff. UWG)

Über diesen originär zivilrechtlichen Schutz hinaus erlauben es §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG als TransfERNorm¹⁸, an Verstöße gegen strafrechtliche Geheimnisschutzvorschriften zivilrechtliche Rechtsfolgen zu knüpfen. Insbesondere können dadurch lauterkeitsrechtliche Straftatbestände in Bezug genommen werden, die unmittelbar Unternehmensgeheimnisse schützen – darauf ist noch zurückzukommen.

3. Urheberrechtlich

Da das Recht des geistigen Eigentums nicht kategorial die Offenlegung des Werks voraussetzt, können Unternehmensgeheimnisse auch urheberrechtlich geschützt sein. Allerdings deckt dieser Schutz nur ein vergleichsweise kleines Spektrum ab.

a) §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a ff. UrhG

So werden etwa Computerprogramme von §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a ff. UrhG erfasst.

b) ArbNErfG

Und bei hinreichendem Geheimhaltungsinteresse kann ausweislich § 17 ArbNErfG der Arbeitgeber auch für nicht offengelegte Arbeitnehmererfindungen Urheberrechtsschutz beanspruchen.

4. Bürgerlichrechtlich

Neben dem Lauterkeitsrecht bildet das bürgerliche Deliktsrecht die zweite Säule des außervertraglichen zivilrechtlichen Geheimnisschutzes¹⁹.

a) § 823 Abs. 1 BGB?

Umstritten ist, ob das Unternehmensgeheimnis – selbst zentral als absolutes Recht oder zumindest als Element des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – gemäß § 823 Abs. 1 BGB geschützt ist. So oder so wäre es allenfalls ein Rahmenrecht, dessen Verletzung im Einzelfall erst aufgrund einer Abwägung festgestellt werden könnte, die deliktsrechtlich

¹⁷ I. Westermann (Fn.9), Kapitel 7 Rn. 4; Kalbfus (Fn. 3), Rn. 341 ff.

¹⁸ Kalbfus (Fn. 3), Rn. 309.

¹⁹ Kalbfus (Fn. 3), Rn. 383.

zumindest für das Arbeitsverhältnis schwerlich zu anderen Ergebnissen führen dürfte, als bereits für die arbeitsvertragliche Rechtslage konstatiert. Fraglich ist allerdings bereits grundlegend, ob ein Unternehmensgeheimnis *de lege lata* überhaupt über einen hinreichenden Zuweisungsgehalt verfügt²⁰. Das Unternehmensgeheimnis ist zwar, wie schon gezeigt und noch zu zeigen sein wird, verschiedentlich gegenüber Übergriffen Dritter negativ abgesichert. Daraus folgt aber noch keine positive Zuweisung des Geheimnisses an einen bestimmten Inhaber. Dafür bedürfte es einer gesetzlichen Zuerkennung, die aber nach wohl herrschender Meinung gerade fehlt²¹. Bislang kann es nur eine faktische, nicht aber eine rechtliche Exklusivität vermitteln; „das Geheimnis ist kein Rechtsgut, sondern ein Zustand“²².

b) § 826 BGB

Sofern der Verräter nicht nur seinen hedonistischen Neigungen folgt, sondern sogar mit Schädigungsabsicht handelt, kommt immerhin eine Haftung gemäß § 826 BGB in Betracht.

c) § 823 Abs. 2 BGB (in Verbindung mit §§ 17 ff. UWG)

Und schließlich eröffnet § 823 Abs. 2 BGB als bürgerlichrechtliche Transferrorm das weite Feld der deliktsrechtlichen Haftung für die Verletzung von Schutzgesetzen, was wiederum die Einbeziehung insbesondere strafrechtlicher Normen, zuvörderst aus dem Lauterkeitsrecht²³, erlaubt. Darauf ist, wie gesagt, noch zurückzukommen.

III. Rechtsfolgen und Sanktionsinstrumentarium

Das eben dargestellte Spektrum unterschiedlicher und lückenhafter Anspruchsgrundlagen eröffnet immerhin vielfältige Rechtsfolgen.

20 Zum Folgenden ausführlich *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 403 ff.

21 So im Ergebnis auch *Brammsen*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 6 mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand.

22 *Schlötter*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und die Abwerbung von Arbeitnehmern, 1997, S. 178.

23 Darüber hinaus finden sich etliche – hier nicht eigens erwähnte – strafrechtliche Spezialtatbestände, die dem Schutz von Unternehmensgeheimnissen dienen oder diesen Schutz zumindest reflexhaft vermitteln, etwa § 120 BetrVG, §§ 43 f. EBRG, § 35 SprAuG, § 155 SGB IX, § 404 AktG, § 85 GmbHG, § 151 GenG, § 138 VAG, § 333 HGB sowie §§ 99, 202a ff. StGB und §§ 43 f. BDSG.

1. Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Vertragsstrafe

Die Verletzung arbeitsvertraglicher Schweigepflichten kann den Arbeitgeber zu einer – meist außerordentlichen²⁴ – verhaltensbedingten Kündigung berechtigen. Bei einschlägiger arbeitsvertraglicher Grundlage kann eine Vertragsstrafe verwirkt sein²⁵.

2. Unterlassung und Beseitigung

a) § 241 Abs. 2 BGB – Erfüllungsanspruch aufgrund arbeitsvertraglicher Verschwiegenheitspflicht

Aus der arbeitsvertraglichen Verschwiegenheitspflicht folgt unmittelbar ein Anspruch des Arbeitgebers auf Unterlassung der künftigen Weitergabe und Verwertung von Unternehmensgeheimnissen²⁶. Bei bereits eingetretener Verletzung muss der Verletzer den Verletzungszustand beseitigen; der Arbeitgeber kann deshalb insbesondere Herausgabe oder Vernichtung gesicherter oder verschaffter Aufzeichnungen sowie von solchen Gegenständen verlangen, die unter rechtswidriger Verwendung des Geheimnisses hergestellt worden sind²⁷.

b) § 8 UWG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 9 lit. c, 10 oder 11 UWG sowie § 1004 BGB analog in Verbindung mit §§ 823 Abs. 2, 826 BGB

Diese Rechtsfolgen kommen gemäß § 8 UWG auch für die lauterkeitsrechtlichen deliktischen Ansprüche (§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 9 lit. c, 10 oder 11 UWG, siehe oben) sowie gleichermaßen gemäß § 1004 BGB analog für die bürgerlichrechtlichen deliktischen Ansprüche (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB) in Betracht.

3. Kompensation des Schadens

Wenn der Verletzer schuldhaft gehandelt hat, kann der Know-how-Inhaber Schadensersatz verlangen.

a) § 280 Abs. 1 BGB – bei Verstoß gegen arbeitsvertragliche Verschwiegenheitspflicht

Das ergibt sich bei Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Verschwiegenheitspflicht aus § 280 Abs. 1 BGB.

²⁴ Dazu I. Westermann (Fn. 9), Kapitel 7 Rn. 32 ff.

²⁵ Gaugenrieder/Unger-Hellmich, WRP 2011, 1364, 1379 f.

²⁶ Zur dogmatischen Begründbarkeit Kalbfus (Fn. 3), Rn. 298 ff.

²⁷ Ohly, in: Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl. 2010, § 17 Rn. 54.

b) § 9 UWG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 9 lit. c, 10 oder 11 UWG sowie §§ 823 Abs. 2, 826 BGB

Im deliktischen Bereich ist diese Rechtsfolge lauterkeitsrechtlich an § 9 UWG (in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 9 lit. c, 10 oder 11 UWG) geknüpft, und bürgerlichrechtlich folgt sie aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB.

c) „Dreifache“ Schadensberechnung

Der Schaden kann dabei auf dreifache Weise berechnet werden²⁸:

aa) Konkreter Schaden

Als konkret nachgewiesener Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns.

bb) Lizenzanalogie

Alternativ in Analogie zu einer fiktiven Lizenzgebühr – in Höhe der Summe, die verständige Parteien für die Nutzung des Geheimnisses vereinbart hätten. Sofern der Abschluss eines Lizenzvertrags prinzipiell in Betracht gekommen wäre, wird diese Art des Schadensausgleichs bevorzugt herangezogen, um den Verletzer weder besser noch schlechter als einen vertraglich gebundenen Lizenznehmer zu stellen. Der Verletzer erwirbt dadurch kein Nutzungsrecht.

cc) Gewinnabschöpfung

Und schließlich als Herausgabe der Verletzergewinns. Ein besonderer Vermarktungserfolg des Verletzers wird nicht abgezogen, sondern kommt dem Verletzten zugute.

4. Auskunft, Besichtigung

Damit die gerade vorgestellten Rechtsschutzmöglichkeiten *in praxi* auch durchgesetzt werden können, werden sie nach allgemeiner Auffassung von Auskunfts- und Besichtigungsansprüchen flankiert.

a) §§ 3 Abs. 1 UWG, 242 BGB – akzessorischer Auskunftsanspruch

Auskunftsansprüche dienen zunächst der Vorbereitung von Schadensersatz- und Beseitigungsansprüchen und richten sich gegen den Geheim-

²⁸ Dazu *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza* (Fn. 27), § 17 Rn. 51; *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 446 ff.; *I. Westermann* (Fn. 9), Kapitel 7 Rn. 15 ff. jeweils mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

nisverletzer, der hiernach Art, Zeitpunkt und Umfang der Verletzungshandlung preiszugeben hat; dazu gehört auch Auskunft über Personen, an die das Geheimnis weitergegeben wurde. Korrespondierend zur dreifachen Schadensberechnung ist außerdem ein Anspruch auf Rechnungslegung gegen den Verletzer anerkannt, um den geltend zu machenden Schaden überhaupt beziffern zu können²⁹.

b) Selbständiger Auskunftsanspruch (Drittauskunft)

Entgegen einer Entscheidung des BGH³⁰ wird im Schrifttum³¹ darüber hinaus auch ein selbständiger Auskunftsanspruch befürwortet, der nicht der Vorbereitung von Ansprüchen gegen den Geheimnisverletzer dient, sondern ihn zur Auskunft über die Personen verpflichtet, von denen er das Geheimnis erlangt hat, damit der Verletzte das „Leck“ in den eigenen Reihen stopfen kann.

c) § 809 BGB – Besichtigungsanspruch

Schließlich dürften die Grundsätze der Rechtsprechung zum Urheberrecht, die bei einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit der Verletzung einen Besichtigungsanspruch gemäß § 809 BGB – etwa in einen Software-Quellcode – gewährt³², auf den Geheimnisschutz übertragbar sein³³. Häufig können nur so Beweismittel, die sich in Händen Dritter befinden, herbeigeschafft und gesichert werden. Zum Schutz des Geheimhaltungsinteresses des mutmaßlichen Verletzers kommt gegebenenfalls ein *in camera*-Verfahren in Betracht³⁴.

29 *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 462 f.; *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza* (Fn. 27), § 17 Rn. 55; *Kiethe/Groeschke*, Die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen in Fällen der Betriebs- und Wirtschaftsspionage, WRP 2005, 1358, 1370.

30 BGH 4.7. 1975 – I ZR 115/73, NJW 1976, 193 (Ausschreibungsunterlagen).

31 *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 466 ff.; *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza* (Fn. 27), § 17 Rn. 55; *Kiethe/Groeschke*, WRP 2005, 1358, 1370.

32 BGH 2.5. 2002 – I ZR 45/01, BGHZ 150, 377 (Faxkarte). Auf der gleichen Linie liegt die Entscheidung des Patentsenats zur Urkundenvorlegung im Rechtsstreit über technische Schutzrechte BGH 1.8. 2006 – X ZR 114/03, BGHZ 169, 30 (Restschadstoffentfernung).

33 In diesem Sinn *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl. 2009, § 17 UWG Rn. 65; *Kiethe/Groeschke*, WRP 2005, 1358, 1370; *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 470 ff.

34 *Bornkamm*, Der Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums – In-camera-Verfahren im Zivilprozess?, Festschrift Ullmann, 2006, S. 893, 909 ff.

C. Hohe arbeitsrechtliche Hürden bei der Ermittlung von Geheimnisverrat

Genügt die Rechtsfolgenseite somit grundsätzlich durchaus den Ansprüchen an einen effektiven Geheimnisschutz, so hat sich die Tatbestandsseite demgegenüber als löchriger Flickenteppich erwiesen. Noch problematischer wird das Bild, wenn man die spezifisch arbeitsrechtlichen Probleme bei der Ermittlung von Geheimnisverrat ins Auge fasst.

I. Strukturelle Ungeeignetheit des arbeitsrechtlichen Kontrollinstrumentariums

Das arbeitsrechtliche Kontrollinstrumentarium ist hierfür nicht ausgelegt. Da sich die Erbringung der Arbeitsleistung von der Person des Arbeitnehmers nicht trennen lässt – weil sich der Arbeitnehmer gleichsam immer als ganze Person selbst zur Erbringung der Arbeitsleistung mitbringt –, ist ein Großteil des arbeitsrechtlichen Regelungskanons dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers verpflichtet³⁵. Der daraus erwachsene fein ausdifferenzierte Arbeitnehmerschutz im bilateralen Austauschverhältnis steht der Suche nach Personen, die ihre Mitwisserposition missbrauchen oder Mitwissen unlauter erlangen, im Weg, obwohl sich diese Personen dabei ja eigentlich außerhalb des geschützten arbeitsrechtlichen Bereichs bewegen. So sind sowohl bei personenbezogenen als auch bei technischen Ermittlungsmaßnahmen neben dem Persönlichkeitsrecht im engeren Sinn etwa auch datenschutz- und telekommunikationsrechtliche Vorschriften sowie nicht zuletzt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu beachten.

Diesen Kordon müssen die Ermittlungshandlungen erst einmal durchdringen.

35 Dazu schon *H. Hanau*, Mindestlohn und Natur des Arbeitsverhältnisses, *ZfA* 2012, 269, 275.

II. Ermittlungsbarrieren³⁶ – Beispiele

1. Telefonüberwachung

Möchte der Arbeitgeber etwa den Telefonverkehr eines verdächtigen Arbeitnehmers überwachen, sieht er sich mit hoch differenzierten Zugriffsvoraussetzungen konfrontiert.

a) Dienstliche Telefonnutzung

aa) Verbindungsdaten

Selbst bei der dienstlichen Telefonnutzung, die ja im Rahmen der Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung fremdnützig erfolgt, kann der Arbeitgeber lediglich auf die sogenannten Verbindungsdaten wie Datum, Uhrzeit und Rufnummer des Zielanschlusses (letztere möglicherweise aber nur zum Teil) zugreifen³⁷.

bb) Inhalte

Auf die Gesprächsinhalte hat der Arbeitgeber hingegen keinen Zugriff. Ein Mithören ist nur bei Einverständnis beider Gesprächspartner gestattet³⁸. Sonst ist das Mitgehörte prozessual nicht verwertbar³⁹. Zudem droht sogar Strafbarkeit gemäß § 201 StGB wegen Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes.

36 Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf den Stand *de lege lata*. Bekanntlich gibt es zur Zeit umfangreiche gesetzgeberische Bestrebungen, den Beschäftigtendatenschutz zu novellieren; siehe dazu die Vorträge, die auf dem 23. Professoren-Kolloquium der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände am 13.10. 2011 in Berlin gehalten wurden, abgedruckt in Heft 2 der ZfA 2012 mit Beiträgen von *Franzen*, Datenschutz im Unternehmen – Zwischen Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer und compliance-Anforderungen, 173 ff., *Fritz*, Beschäftigtendatenschutz im Konzern Deutsche Bahn aus arbeitsrechtlicher Sicht, 197 ff., *Fleck*, Datenschutz in der Praxis eines global agierenden Großkonzerns, 209 ff., *Jacobs*, Datenschutz bei der Überwachung von Beschäftigten, 215 ff. und *Joussen*, Kollektivrechtliche Aspekte des Arbeitnehmerdatenschutzes, 235 ff.

37 *Oberwetter*, Arbeitnehmerrechte bei Lidl, Aldi & Co, NZA 2008, 609, 611.

38 *Wank*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 12. Aufl. 2012, § 32 BDSG Rn. 23.

39 BVerfG 9.10. 2002 – 1 BvR 1611/96 und 805/98, NJW 2002, 3619 (Mithörvorrichtung).

b) Private Telefonnutzung

Wenn der Arbeitgeber die private Nutzung des Telefons erlaubt, ist nach herrschender Meinung das Regime des Telekommunikationsgesetzes einschlägig. Denn der Arbeitgeber gilt durch die Bereitstellung des funktionsfähigen Arbeitsplatzes samt Telefon als Diensteanbieter im Sinne von § 3 Nr. 6 TKG⁴⁰. Inwieweit überhaupt noch eine Nutzung der Verbindungsdaten wegen des gemäß § 88 TKG dann auch für den Arbeitgeber geltenden Fernmeldegeheimnisses in Betracht kommt, ist zwar grundsätzlich streitig. Bei begründetem Missbrauchsverdacht soll sie aber zulässig sein⁴¹. Jedenfalls unzulässig ist aber wiederum die Kontrolle des Gesprächsinhalts.

c) Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Die Einführung und Anwendung eines Telefondatenerfassungssystems ist zudem gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig⁴². Wurde die technische Infrastruktur bereits mitbestimmt eingeführt, muss der Betriebsrat bei Aufnahme der Ermittlungen nicht erneut konsultiert werden⁴³.

2. Überwachung des E-Mail-Verkehrs

Mutatis mutandis gilt das gerade Gesagte auch für die Überwachung des E-Mail-Verkehrs der Arbeitnehmer. Da dienstliche Mails nach überwiegender Auffassung als Geschäftsbrief behandelt werden, darf sogar ihr Inhalt kontrolliert werden. Bei privaten Mails ist der Zugriff auf die Verbindungsdaten wiederum nur bei begründetem Missbrauchsverdacht, auf den Inhalt selbst beim Verdacht einer Straftat nur in Ausnahmefällen gestattet; hier droht Strafbarkeit gemäß § 202a StGB wegen Ausspähens von Daten⁴⁴. Auch bei der Einführung eines E-Mail-Überwachungssystems ist das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu beachten⁴⁵.

3. Videoüberwachung

Ausgesprochen komplex sind ferner die Anforderungen an eine optisch-elektronische Überwachung. Hier muss das Aufklärungsinteresse des

⁴⁰ Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, Kapitel 7 Rn. 18 ff.

⁴¹ Mengel (Fn. 40), Kapitel 7 Rn. 23 f.

⁴² Wiese, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), Bd. 2, 9. Aufl. 2010, § 87 Rn. 558.

⁴³ Zimmer/Heymann, Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmens-internen Ermittlungen, BB 2010, 1853, 1855.

⁴⁴ Oberwetter, NZA 2008, 609, 611; Mengel (Fn. 40), Kapitel 7 Rn. 25 ff.

⁴⁵ Wiese, in: GK-BetrVG (Fn. 42), § 87 Rn. 551.

Arbeitgebers mit dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers abgewogen werden.

a) Öffentlich zugängliche Räume

Gesetzlich geregelt ist lediglich die offene Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen; gemäß § 6b BDSG ist sie zur Wahrung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke, also etwa auch zur Ermittlung von Geheimnisverrat, grundsätzlich zulässig, solange schutzwürdige Interessen der Betroffenen nicht überwiegen. Verdeckt ist sie nach umstrittener Auffassung als *ultima ratio* zur Aufdeckung von Straftaten erlaubt, erfordert also wiederum eine umfängliche Interessenabwägung⁴⁶.

b) Nicht öffentlich zugängliche Räume

Gleiches gilt letztlich auch für den gesetzlich nicht erfassten nicht-öffentlichen Bereich: Offen kommt eine Videoüberwachung hier nach der Rechtsprechung des BAG nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips⁴⁷ und verdeckt zudem nur bei Vorliegen des konkreten Verdachts einer Straftat in Betracht⁴⁸. Das entspricht den Vorgaben, die mittlerweile § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG für repressive Maßnahmen macht⁴⁹.

c) Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Dass der Betriebsrat in diesen Fällen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu beteiligen ist, versteht sich nachgerade von selbst.

4. Datenabgleich („Rasterfahndung“)

Furore hat in letzter Zeit bekanntlich der automatisierte Abgleich von bereits gespeicherten Beschäftigtendaten zur Korruptionsbekämpfung – bei der Deutschen Bahn – gemacht. Solche Maßnahmen kommen auch zur Bekämpfung von Geheimnisverrat infrage, kollidieren aber mit dem Recht der betroffenen Arbeitnehmer auf informationelle Selbstbestimmung.

46 Jacobs, ZfA 2012, 215, 225; Oberwetter, NZA 2008, 609, 611; so schon BAG 27.3. 2003 – 2 AZR 51/02, AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung. Anderer Ansicht Mengel (Fn. 40), Kapitel Rn. 33. So jetzt auch BAG 21.6. 2012 – 2 AZR 153/11, DB 2012, 2227 mit Anmerkung Bayreuther, DB 2012, 2222.

47 BAG 29.6. 2004 – 1 ABR 21/03, AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Mengel (Fn. 40), Kapitel 7 Rn. 35.

48 BAG 26.8. 2008 – 1 ABR 16/07, AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972; Mengel (Fn. 40), Kapitel 7 Rn. 36.

49 Jacobs, ZfA 2012, 215, 226.

a) Datenschutzrechtliche Zulässigkeit

Ihre Zulässigkeit richtet sich nach § 32 Abs. 1 BDSG. Nach wohl vorherrschender Auffassung dürfen sie nur aufgrund eines konkreten Tatverdachts erfolgen und sollten tunlichst pseudonymisiert durchgeführt werden⁵⁰.

b) Mitbestimmung des Betriebsrats, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Auch der Datenabgleich ist gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Hier wird zwar nur eine menschliche Gedankenleistung nachvollzogen, aber auch eine bloß EDV-gestützte Datenauswertung fällt unter den Mitbestimmungstatbestand⁵¹.

5. Fazit

Insgesamt ergeben sich damit für den Arbeitgeber erhebliche Unklarheiten und Risiken bei der Ermittlung von Geheimnisverrat. Die Zulässigkeit einzelner Überwachungsmaßnahmen lässt sich materiellrechtlich aufgrund der subtil abgestuften Eingriffstatbestände und der umfänglichen Abwägungserfordernisse nur schwer prognostizieren. Und die Notwendigkeit der Beteiligung des Betriebsrats zwingt den Arbeitgeber mindestens partiell zur Offenlegung von solchen Kenntnissen, die ja eigentlich gerade unter Verschluss bleiben sollen.

D. Der Transfer vom Strafrecht in das Arbeitsrecht

Hinreichend funktionstüchtig wird der arbeitsrechtliche Geheimnisschutz bemerkenswerterweise erst durch einen Transfer aus dem Strafrecht.

I. Überwölbung des zivilrechtlichen Geheimnisschutzes durch ein umfangreiches nebenstrafrechtliches Sanktionssystem

Das zivilrechtliche Instrumentarium wird nämlich überwölbt von einem umfangreichen nebenstrafrechtlichen Sanktionssystem.

50 Kock/Francke, Mitarbeiterkontrolle durch systematischen Datenabgleich zur Korruptionsbekämpfung, NZA 2009, 646, 648; Jacobs, ZfA 2012, 215, 222.

51 Kock/Francke, NZA 2009, 646, 649.

1. Unmittelbarer Schutz des Unternehmensgeheimnis‘ durch § 17 UWG

Anders als das Zivilrecht schützt § 17 UWG Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unmittelbar⁵².

Dahinter steht die Erkenntnis, dass sich der Schutz von Geheimwissen nicht auf das Spannungsfeld im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien beschränkt, sondern vielmehr weit darüber hinaus konstitutive Bedeutung für die gesamte Wettbewerbsordnung hat⁵³. Erst ein angemessener Schutz gibt Ansporn zur Schaffung und Nutzung von Know-how und dient damit institutionell der Investitionsförderung. Jedes Unternehmen benötigt einen geschützten Innenbereich für die eigene Forschung und Entwicklung. Neuentwicklungen fänden nicht mehr statt, wenn sie von Konkurrenten sogleich ausgekundschaftet und verwertet werden könnten⁵⁴. Mit diesem globalen Aspekt auf das engste zusammenhängend, dient der Geheimnisschutz zudem nicht zuletzt, anders als bislang im Arbeitsrecht berücksichtigt, dem kollektiven Interesse der vom Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter an der Erhaltung der Unternehmenssubstanz und der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens, die ja wesentliche Bedeutung für die Sicherheit der Arbeitsplätze hat⁵⁵.

Dieser Zusammenhang unterstreicht die besondere Sozialschädlichkeit des Geheimnisverrats.

2. Die Tatbestände

Der strafrechtliche Schutz des Unternehmensgeheimnisses gliedert sich in verschiedene Tatbestände.

a) § 17 Abs. 1 UWG – Geheimnisverrat

Der Straftatbestand des Geheimnisverrats gemäß § 17 Abs. 1 UWG verbietet die unbefugte Offenbarung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen

52 Auf die zahlreichen anderen Strafnormen, die Unternehmensgeheimnisse schützen (zur Gesetzessystematik etwa *Brammsen*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht [Fn. 6], Vor § 17 UWG Rn. 15 f.), wird hier nicht eingegangen, weil diese Tatbestände keinen hinreichenden Bezug zum Geheimnisverrat durch Arbeitnehmer aufweisen.

53 *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 33), § 17 UWG Rn. 5; *Otto*, in: *Großkommentar UWG* (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 5.

54 *Sosnitza*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza* (Fn. 27), § 17 Rn. 4.

55 *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 33), § 17 UWG Rn. 5; so schon *Nastelski*, *Der Schutz des Betriebsgeheimnisses*, GRUR 1957, 1, 7; ähnlich auch *Föbus* (Fn. 9), S. 35 unter Bezug auf sämtliche *Stakeholder* des Unternehmens.

durch eine in dem betroffenen Unternehmen beschäftigte Person während der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses – also nicht mehr nach ihrem Ausscheiden. Das entspricht dem zeitlichen Umfang der eingangs dargestellten Verschwiegenheitspflicht, die nach bisheriger Lesart aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht resultiert.

b) § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG – Betriebsspionage

§ 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG sanktioniert die sogenannte Betriebsspionage. Die Norm richtet sich anders als Abs. 1 sogar an jedermann und verbietet das unbefugte Sich-Verschaffen von Unternehmensgeheimnissen durch Anwendung technischer Mittel sowie die Herstellung und Wegnahme einer Verkörperung des Geheimnisses. Aus arbeitsrechtlicher Perspektive wird hierdurch bereits eine typische Vorbereitungshandlung für einen Geheimnisverrat unter Strafe gestellt.

c) § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG – Geheimnishehlerei

Der Tatbestand der Geheimnishehlerei gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG verbietet die unredliche Verwendung eines unbefugt beschafften oder gesicherten Geheimnisses. Das gilt auch für ausgeschiedene Arbeitnehmer. Bei unredlicher Erlangung des Geheimnisses erstreckt sich die Strafbarkeit also – wiederum im Gleichlauf mit der zeitlichen Erstreckung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht – auch auf den Zeitraum nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

II. Knüpfen von zivilrechtlichen Rechtsfolgen an strafrechtliche Geheimnisschutzvorschriften

Dieser strafrechtliche Schutz lässt sich im Zivilrecht zum einen unmittelbar materiellrechtlich fruchtbar machen.

Wie schon eingangs vorgestellt, ergeben sich in Verbindung mit zivilrechtlichen Transfornormen sowohl lauterkeitsrechtlich⁵⁶ als auch bürgerlich-rechtlich⁵⁷ Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Geheimnisverräter.

1. § 17 UWG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG

§ 17 UWG ist eine Marktverhaltensregel im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG, eine Zuwiderhandlung ist unlauter und gemäß § 3 UWG verboten. Der Geheimnisverräter macht sich damit gemäß § 9 UWG schadensersatzpflichtig.

⁵⁶ Oben unter B II 2b, S. 137.

⁵⁷ Oben unter B II 4c, S. 138.

2. § 17 UWG in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB (Verletzung eines Schutzgesetzes)

§ 17 UWG hat neben seiner wettbewerbsschützenden Funktion zudem individualschützenden Charakter und ist deshalb auch Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.

III. Partizipation an den Ermittlungsergebnissen der Strafverfolgungsbehörden

Zum anderen erwachsen dem Arbeitgeber aus der strafrechtlichen Überlagerung des zivilrechtlichen Geheimnisschutzes auch verfahrensmäßige Vorteile.

1. Umfangreiche Ermittlungsbefugnisse der dem Gemeinwohl verpflichteten Strafverfolgungsbehörden ohne Bindung an den spezifisch arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz

Der Staatsanwaltschaft obliegt es von Amts wegen, den Sachverhalt zu erforschen. Die dem Gemeinwohl verpflichteten Strafverfolgungsbehörden sind anders als der Arbeitgeber nicht an den spezifisch arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz gebunden. Ihnen steht ein umfangreiches Instrumentarium von Zwangsmaßnahmen zur Verfügung, die dem Arbeitgeber bei eigenen Ermittlungen verschlossen sind⁵⁸.

2. Akteneinsichtsrecht gemäß § 406e StPO für den Arbeitgeber

Diese weiten Zugriffsmöglichkeiten kann sich der Arbeitgeber zunutze machen. Denn auf die Ermittlungsergebnisse kann er über das Akteneinsichtsrecht gemäß § 406e StPO zugreifen.

Damit soll nicht gesagt werden, dass bei Verdacht von Betriebsspionage die Einschaltung der Ermittlungsbehörden stets den Königsweg darstellt. Die Staatsanwaltschaft ist kein Hilfsorgan des Arbeitgebers und hat ihre eigene „Agenda“. Staatsanwaltliche Ermittlungen können im Betrieb erhebliche Unruhe auslösen. Zeitlicher Umfang und Effizienz der Maßnahmen hängen naturgemäß von Einsatzwillen (und -ressourcen) der Ermittlungsbehörden ab; dazu hört man aus verschiedenen Bundesländern durchaus Unterschiedliches. Aber immerhin verfügt der Arbeitgeber damit über eine attraktive Option: Er kann nicht nur von den weiten staatlichen Zugriffsmöglichkeiten profitieren, sondern sich – möglicherweise

58 Kiethe/Groeschke, WRP 2005, 1358, 1366.

erheblichen – eigenen Aufwand ersparen. Arbeitgeber befinden sich damit hierzulande in einer vergleichsweise privilegierten Situation⁵⁹.

E. Erkenntnisse für den nachvertraglichen Geheimnisschutz

Die gerade gewonnenen Erkenntnisse zur strafrechtlichen Seite des Geheimnisschutzes sind nicht nur in Hinblick auf die faktisch erweiterten Erkenntnismöglichkeiten des Arbeitgebers bedeutsam.

I. Konsequenzen aus der § 17 UWG zugrunde liegenden Wertung für den arbeitsrechtlichen Interessenausgleich

Ein Transfer drängt sich auch noch in anderer Hinsicht auf. Wie wir gesehen haben, liegt einer der Gründe für den strafrechtlichen Schutz von Unternehmensgeheimnissen im besonderen Interesse der Belegschaft am Geheimnisschutz. Diese Erkenntnis lässt sich auch für den arbeitsrechtlichen Interessenausgleich fruchtbar machen. Die Berücksichtigung des betrieblichen Kollektivinteresses erlaubt nämlich einen veränderten Blick auf die Bestimmung des zeitlichen Umfangs der Bindung von Arbeitnehmern an die arbeitsvertragliche Verschwiegenheitspflicht.

II. Herausragende Bedeutung gebrauchsmuster- oder patentfähiger Geheimnisse

Bislang besteht, wie wir gesehen haben⁶⁰, weitgehend Einigkeit darüber, dass ausgeschiedene Arbeitnehmer sämtliche Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse für das eigene berufliche Fortkommen selbst nutzen dürfen, solange sie die Kenntnisse nicht unlauter erlangt haben, nicht auf eine Verkörperung des Geheimnisses angewiesen sind, sondern ihr Gedächtnisinhalt ausreicht, und sie das Wissen nicht an Dritte veräußern. Diese Kompromisslinie zwischen Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers und dem Interesse des Mitarbeiters an einer möglichst unbehinderten beruflichen Entfaltung kann jedoch für gebrauchsmuster- oder patentfähige Geheimnisse nicht überzeugen.

Hier besteht eine besonders enge Verwandtschaft zwischen Geheimnisschutz und Immaterialgüterrecht. Die Schutzfähigkeit markiert die besondere Bedeutung der Materie.

59 Anschaulich dazu *Ann*, Vom Patentschutz zum Technologieschutz – Braucht der deutsche Erfindungsschutz ein neues Konzept?, Festschrift von Meibom, 2010, S. 1, 6 Fn. 10: „Aus dem Fall Volkswagen ./.. General Motors wegen der Mitnahme von Opel-Daten durch Ignacio Lopez bekannt geworden ist das Erstaunen der amerikanischen Seite über den ‚Service‘ der zuständigen StA Wiesbaden, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln und damit auf Kosten des Steuerzahlers. In den USA hätte dies dem Geschädigten obliegen.“

60 Oben unter B II 1b, S. 135 f.

Bei schutzrechtsfähigen Erfindungen besteht sogar die Gefahr, dass das Geheimnis durch Anmeldung des Schutzrechts beseitigt wird⁶¹. Die Schutzrechtsfähigkeit zieht also auch insoweit eine spezifische Schutzbedürftigkeit nach sich.

III. Konsequenzen für die zeitliche Bindung des Arbeitnehmers

Dieses „Tafelsilber“ bedarf im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und damit der Sicherheit der mit ihm verbundenen Arbeitsplätze eines herausgehobenen Schutzes und kann deshalb auch von ausgeschiedenen Mitarbeitern nicht für eigene Zwecke verwendet werden. Auf diesem Feld muss deshalb die gebotene Abwägung zwischen Unternehmens- und Arbeitnehmerinteresse zulasten des Arbeitnehmers ausfallen.

Auch die Rechtsprechung des BAG lässt durchaus, entgegen dem vorherrschenden Eindruck, zumindest Ansätze für eine solche Abgrenzung erkennen. So hat das Gericht 1982 in der Thrombosol-Entscheidung⁶² zum Ausdruck gebracht, dass der berufliche Neuanfang eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers nicht maßgeblich mit der Verwertung eines medizinischen Rezepts betrieben werden kann, dessen Kenntnis er beim ehemaligen Arbeitgeber erlangt hat. Die Existenzgründung darf also nicht auf der Nutzung einer fremden geheimen patentfähigen Erfindung basieren. Die nachfolgenden Entscheidungen des BAG⁶³ bezogen sich überwiegend nicht auf solche Betriebs-, sondern vielmehr auf Geschäftsgeheimnisse wie vor allem Kundenlisten, an die auch nach der hier vertretenen Position weniger strenge Maßstäbe angelegt werden können.

Selbst der als arbeitnehmerfreundlicher geltende BGH hat in seiner Industrieböden-Entscheidung 1962 befunden:⁶⁴

„Es ist aber anzuerkennen, daß es dem Anstandsgefühl des Durchschnittsgewerbetreibenden widerspricht, wenn ein leitender Angestellter, der sich in einer ausgesprochenen Vertrauensstellung befunden hat, den Betrieb schon nach verhältnismäßig kurzer Zeit verläßt, um unmittelbar darauf das für die wettbewerbliche Stellung des bisherigen Arbeitgebers entscheidende Betriebsgeheimnis zu benutzen, das ihm in dem Betrieb kraft seiner Vertrauensstellung zugänglich geworden ist, zu dessen Erarbeitung er nichts beigetragen hat und auf dessen Verwertung er nach seinem beruflichen Werdegang billigerweise nicht angewiesen ist.“

61 *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 527.

62 BAG 16.3. 1982 – 3 AZR 83/79 (Fn. 12), Rn. 38 (Thrombosol).

63 Siehe Fn. 12.

64 BGH 21.12. 1962 – I ZR 47/61 (Fn. 14), unter III 3 a Rn. 13 (Industrieböden).

IV. Bestätigung der Wertung durch Regelung im Arbeitnehmererfindungsgesetz

Diese Wertung findet ihre Bestätigung im Arbeitnehmererfindungsgesetz.

Arbeitnehmererfindungen sind gemäß § 2 ArbNErfG definitionsgemäß patent- oder gebrauchsmusterfähig. § 13 Abs. 1 ArbNErfG verpflichtet den Arbeitgeber eigentlich zur Schutzrechtsanmeldung. Gemäß § 17 ArbNErfG kann der Arbeitgeber sie aber aufgrund berechtigter Belange⁶⁵ auch als Betriebsgeheimnis behandeln und von der Erwirkung eines Schutzrechts absehen, sofern er die Schutzfähigkeit gegenüber dem Arbeitnehmer anerkennt und ihm die Erfindung gemäß § 9 ArbNErfG abgilt. Mit der Inanspruchnahme gehen alle vermögenswerten Rechte an der Dienstleistung auf den Arbeitgeber über (§ 7 Abs. 1 ArbNErfG). Der Arbeitgeber verfügt damit über ein immaterialgütergleiches Recht. Der Erfinder unterliegt korrespondierend gemäß § 24 Abs. 2 ArbNErfG einer Geheimhaltungspflicht – und zwar über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus; die Auflösung des Arbeitsverhältnisses soll auf dieses Arrangement gerade keinen Einfluss haben (§ 26 ArbNErfG).

Gemäß § 24 Abs. 3 ArbNErfG sind Arbeitnehmer, die „auf Grund dieses Gesetzes von einer Erfindung Kenntnis erlangt haben“, ebenfalls zur Geheimhaltung verpflichtet. Auch diese Pflicht überdauert das Ende des Arbeitsverhältnisses. Der Wortlaut lässt zwar Zweifel zu, ob sämtliche Arbeitnehmer, die von der Erfindung Kenntnis erlangt haben, Adressaten der Geheimhaltungspflicht sind⁶⁶. Der Gesetzeszweck gebietet aber eine weite Auslegung. Das entscheidende Argument findet sich schon in der Industrieböden-Entscheidung⁶⁷: Dem ArbNErfG könne jedenfalls nicht entnommen werden,

„daß auch derjenige Arbeitnehmer, der derartige Vorschläge anderer Arbeitnehmer oder des Betriebsinhabers selbst verrät oder selber auswertet, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schon frei sei, wenn er von solchen Vorschlägen nur ‚redlich‘ Kenntnis erworben hatte; er könnte anderenfalls der seinen früheren Mitarbeitern vom Unternehmer zu gewährenden Vergütung jederzeit den Boden entziehen und damit dem Anreiz zu technischer und innerbetrieblicher Weiterentwicklung, der das Gesetz dienen will, in entscheidender Weise entgegenwirken.“

Auch aus der inneren Logik der gesetzlichen Regelung folgt also für schutzrechtsfähige Erfindungen eine Geheimhaltungspflicht sämtlicher Arbeitnehmer über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus.

65 Hierzu *Schlötter* (Fn. 22), S. 190 f.

66 *Kalbfus* (Fn. 3), Rn. 528.

67 BGH 21.12. 1962 – I ZR 47/61 (Fn. 14), unter III 2 c Rn. 15.

F. Fazit

So lässt sich als Ergebnis unseres Parforceritts über das Feld des arbeitsrechtlichen Geheimnisschutzes festhalten, dass diese Materie vom überwältigenden strafrechtlichen Schutz nicht nur in Hinblick auf die Sanktionierung und Ermittlung von Geheimnisverrat erheblich profitiert, sondern zudem wesentliche Impulse für die Schließung von Schutzlücken erfährt: Entgegen der bisherigen allgemeinen Auffassung erstreckt sich der arbeitsrechtliche Geheimnisschutz für schutzrechtsfähige Erfindungen auch auf den Zeitraum nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis.

Diskussion

Professor Dr. Christoph Ann, Technische Universität München:

Das war ein sehr anregender Vortrag zum Schluss und da bin ich mir nun ganz sicher, dass wir nicht die Kollegenschaft bemühen müssen, Fragen dazu zu stellen, sondern dass das allgemein genug Material liefert, um darüber noch ein bisschen ins Gespräch zu kommen.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Sie haben vorhin richtig betont, dass allgemeine strategische und kaufmännische Geheimnisse nicht geschützt sind, aber können sich nicht wenigstens die börsennotierten Unternehmen über das WPHG einen erheblichen kaufmännischen Geschäftsgeheimnisschutz verschaffen. Das sind doch fast alles kursrelevante Tatsachen. Die Strafandrohung ist groß, es schützt nicht das Unternehmen, sondern es schützt letztlich die Anleger vor der Verwertung von Vorsprungsinformationen und das könnte doch auch zumindest strategisch genutzt werden, um im börsennotierten Unternehmen davor zu warnen.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Das ist im Grunde keine Frage, sondern eine wunderbare, hoch willkommene Ergänzung. Das nehme ich dankbar auf. Es wäre eine weitere Grundlage für Bewertungen auf anderen Feldern.

Dr. Mark Zimmer, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München:

Sie hatten dankenswerterweise erwähnt, dass der Arbeitgeber das Strafrecht oder die Strafverfolgungsbehörden für sich in Anspruch nehmen kann. Das ist richtig. Es gibt aus der Praxis aber zwei Pferdefüße: Zum einen möchte nicht jedes Unternehmen die Staatsanwaltschaft bei sich im Haus haben, zum anderen: Dieser Antrag, wenn sie ihn einmal gestellt haben sollten, § 406e StPO, und sechs, sieben Monate gewartet haben, bis sie die Akten dann bekommen, ist ihr eigener Compliance-Fall zu Ende. Deswegen empfiehlt sich in solchen Fällen als Königsweg oft der § 29a OWiG; Sie kooperieren mit den Verfolgungsbehörden, induzieren einen Durchsuchungsbeschluss, lassen ihn aber nicht ausführen, sondern Sie wenden ihn ab. Es handelt sich um einen Durchsuchungsbeschluss mit

Abwendungsbefugnis. Sie wenden ihn ab, indem Sie mit internen Ermittlungen den Strafverfolgungsbehörden oder der Ordnungswidrigkeitsbehörde die benötigten Informationen liefern. Damit haben Sie einerseits diese arbeitsrechtlichen Probleme abgewandt, insbesondere die datenschutzrechtlichen, zum anderen haben Sie aber auch abgewandt, dass die Staatsanwaltschaft bei Ihnen im Haus ist und Dinge erfährt, von denen Sie noch nicht einmal selber wussten und von denen Sie sicherlich nicht wollen, dass die Öffentlichkeit, geschweige denn die Strafverfolgungsbehörden, sie erfahren. Dieser § 29a OWiG – Durchsetzungsbeschluss mit Abwendungsbefugnis – scheint in solchen Fällen der effektivere Weg zu sein.

Hans Hanau:

Auch vielen Dank für diesen Hinweis. Was jetzt die Effizienz von strafverfolgungsbehördlichen Maßnahmen betrifft habe ich mich umgehört und dabei Unterschiedliches gehört, auch regional Unterschiedliches. In Norddeutschland scheint es ganz gut zu funktionieren. Da wurde mir gesagt, die Behörden nähmen das sehr ernst, machten das ganz prima, seien auch dezent, seien auch schnell. Dass man sechs bis sieben Monate warten müsste, habe ich nicht zu Ohren bekommen. Aber es ist völlig richtig, natürlich hängt die Effizienz davon ab, dass die Behörden auch spüren und ihren gesetzlichen Pflichten genügen.

Mark Zimmer:

Von Herrn *Benne* haben wir heute Morgen gehört, dass 70 % der Feinde im eigenen Unternehmen sind. Diese Zahlen, die Sie erwähnt haben vom Sicherheitsforum Baden-Württemberg decken sich etwa mit den Zahlen von PricewaterhouseCoopers, die sagen: Zwei Drittel der Schäden durch Wirtschaftskriminalität entstehen durch eigene Mitarbeiter. Das heißt, Sie haben ein Delikt, das begangen wurde von einem eigenen Mitarbeiter und jetzt sind Sie als Unternehmen aber mittelbar betroffen in den Fällen, in denen es zum Beispiel um Korruption und Kartelle geht. Das sind die Fälle, die wirtschaftlich von der größten Relevanz sind. Da sind Sie mittelbar betroffen insofern, als Sie als Unternehmen in den Fällen, in denen der Mitarbeiter im falsch verstandenen Unternehmensinteresse gehandelt hat, betroffen sind von der Strafrechts- oder Ordnungswidrigkeiten-Verfolgung. In dem Fall könnte ein Durchsuchungsbeschluss gegen Sie ergehen und den kann man notfalls auch kooperativ mitbegleiten. Das ist die Schiene.

Christoph Ann:

Da fehlt mir der Hintergrund im OWiG.

Volker Rieble:

Ich kann auch einen praktischen Fall beisteuern: Bei einem Zulieferer von Daimler – einer Gießerei, das stand auch in der Presse, deshalb kann ich es gut erzählen – gab es den Verdacht, dass auf dem Betriebsgelände Rauschgift verkauft wird. Da hat die Polizei angeregt – weil sie selbst keine personellen Ressourcen hatte –, man möge doch Privatdetektive einschleusen und zwar dergestalt, dass man sie einstellt. In dem Fall, glaube ich, über ein Zeitarbeitsunternehmen. Sie fanden aber leider heraus, dass auch Betriebsratsmitglieder in den Rauschgifthandel auf dem Werksgelände verwickelt waren, und daraufhin fand der Betriebsrat, dass das alles – weil die falschen Personen erwischt worden waren – mitbestimmungswidrig sei. Kann es vor der Mitwirkung bei Einstellung nach § 99 BetrVG immunisieren, wenn man nur der Empfehlung der Polizei folgt, private Ermittler einzustellen, oder muss man sagen für welchen Zweck sie eingestellt sind, also was die wahre Arbeitsleistung ist? Dann kann man es ja wieder vergessen. Könnte man auch Polizisten oder sonstige V-Leute, die in Staatsdiensten stehen, auf dem Weg einschmuggeln, oder ist man dann arbeitsrechtlich so oder so nicht immun, weil doch jedenfalls vordergründig eine Einstellung stattfindet? Wenn ich einem 23-köpfigen Betriebsrat eröffne: „Übrigens, da kommen zwei V-Leute von der Polizei, die arbeiten dann in der Gießerei“, dann ist die Maßnahme wirkungslos, weil die Geheimhaltung nicht gesichert ist. Auch das mit der Abwendungsbefugnis: Da habe ich auch ein Problem, ob nämlich die Möglichkeit, durch privatrechtliche Aktionen einen hoheitlichen Zugriff zu vereiteln, ob das von privatrechtlichen Bindungen befreit, darüber kann man streiten. Man könnte auch auf dem Standpunkt stehen, der Arbeitgeber kann nur das tun, was er auch arbeitsrechtlich darf, und dann bin ich wieder in der Mitbestimmungsfalle usw. Solange es nicht gelingt, für die Mitbestimmungsfragen eine Geheimhaltung dadurch zu erreichen, dass man nur ein einziges Betriebsratsmitglied informieren muss und sonst niemanden und er auch Entscheidungen treffen darf in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, solange vereitelt Mitbestimmung jeden Geheimnisschutz. Die Arbeitsrechtler sagen immer: „Ich brauche einen Gremienbeschluss des Betriebsrats, allenfalls ein Ausschuss kann so etwas noch übernehmen.“ Es könnte auch sein – die Betriebsräte werden gewählt und das nicht nach besonderen Zulässigkeits-, Vertraulichkeits- und anderen Kriterien ins Amt berufen –, dass sogar der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende auf dem Werksgelände kiff und handelt, weiß ich nicht, wie man dort über-

haupt noch effektive Ermittlungen durchführen soll. Da ist eigentlich die Gesamtrechtsordnung unabgestimmt.

Christoph Ann:

Bevor jetzt jeder denkt, dass gar nichts geht und das alles schlimm ist. Es gibt das BAFin-Urteil des Verwaltungsgerichts Hessen. Nur weil Sie gesagt haben, es geht nur das, was arbeitsrechtlich geht. Damals ging es darum, dass die BAFin aus Insidergründen von der Merck KGaA verlangt hatte, bestimmte E-Mails herauszugeben von Mitarbeitern, die des Insiderhandels verdächtig waren. Dagegen hat sich die Merck KGaA gewehrt unter Berufung auf datenschutzrechtliche Vorschriften. Da sind sie aber sowohl vor dem VG als auch vor dem VGH in Kassel abgeblitzt, weil diese gesagt haben: „Wenn die Anordnung der BAFin kommt, auf der Basis von insiderrechtlichen Vorschriften und diese Verfahren führen, dann sind diese E-Mails herauszugeben.“ Dieser Ratio folgend: Wir müssen immer eine Abwägung treffen. Wir verletzen im Zweifel immer eine der beiden Vorschriften, entweder Arbeitnehmerschutz oder Compliance-Vorschriften. Im Zweifel muss man sich fragen, welches Gut ist das höherwertigere? Was führt zu einem schlimmeren Schaden? In solchen Fällen, wenn die Merck KGaA mit einem großen Insiderrechtsverfahren überzogen worden wäre, ist es eben wichtiger, diesen Insiderrechtsverstößen nachzukommen, und Ihren Fall würde ich genauso lösen.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ein kleiner Zwischenruf: Ich meine, die Abwägung findet nicht statt. Es ist so, wie der Kollege *Hanau* eben gesagt hat, wir haben hier eine rechtsstaatliche Institution, nämlich die BAFin als Verfolgungsbehörde, und die darf auf diese Daten zugreifen, ohne dass es dieser klassischen Abwägung mit arbeitsrechtlichen Schutzregelungen bedarf.

Volker Rieble:

Das liegt am Zusammenspiel der verschiedenen Normen. Ganz klar ist, dass bei allen Geheimnisschutzregeln, in denen es das Tatbestandsmerkmal „befugt“ gibt, eine hoheitliche Anordnung diese Befugnis vermittelt. Da gibt es auch ein schon viel älteres Urteil, wenn der Landesrechnungshof eine Universitätsklinik prüft, dann gibt es kein Patientengeheimnis mehr, sondern selbstverständlich kann sich die Klinik bei dem Versuch, ihre Kontrolle durch den Rechnungshof zu vereiteln, nicht hinter den Patienten verschanzen, weil der Rechnungshof selber auch das Patientenge-

heimnis wieder wahren muss. Also vermittelt die Prüfungsanordnung des Rechnungshofs die Befugnis, die Patientendaten weiterzugeben. Aber es liegt einfach daran, dass das eine tatbestandsoffene Verbotsnorm ist, in der ich einen rechtlichen Hebel habe, eine Art Einbruchstelle für fremdrechtliche Wertungen. Das haben Sie in der Betriebsverfassung auch, wenn eine Behörde eine Sicherheitsmaßnahme durch Verwaltungsakt vorschreibt – denken Sie an die Sicherheit von Atomkraftwerken, Flughäfen usw. – ist die Mitbestimmung weg. In diesem Fall ist der berühmte Arbeitgeberspielraum, der allein der Mitbestimmung zugänglich ist, auf Null reduziert durch die behördliche Vorgabe. Ich weiß jetzt nicht – leider musste Herr *Benne* schon weg, er hätte das vielleicht polizeirechtlich sagen können –, ob es eine polizeiliche Anordnung geben kann, Privatdetektive einzusetzen. Die mag rechtswidrig sein, denn sie wird bestandskräftig und damit das Mitbestimmungsrecht wurscht, weil der bestandskräftige Verwaltungsakt bindet. Aber die bloße Anregung der Polizei, man möge doch bitte sehr Privatdetektive einsetzen, verengt den Spielraum gerade nicht, weil man der Anregung nicht folgen muss, und deswegen würde ich sagen, bleiben die Mitbestimmungsrechte erhalten. Deswegen würde ich immer sagen, man möge doch bitte schön einen rechtswidrigen Verwaltungsakt erbetteln.

Christoph Ann:

Nachdem die Professoren jetzt die Fälle liefern, kann ich auch noch einen beitragen, und zwar war ich beteiligt – aus einem anderen Zusammenhang – an einer Konstellation, an der ein Unternehmen aus dem Ausland ein deutsches Unternehmen gekauft hatte und nach dem Erwerb darauf gekommen war, dass dieses Unternehmen in nennenswerte Preisabsprachen verwickelt war. Das war für das erwerbende Unternehmen deshalb unangenehm, weil damit immer Presse verbunden ist, außerdem hatten sie jetzt eine *Exclosure*, wenn die Europäische Kommission darauf kommt, hätten sie die im Haus gehabt, das wollten sie natürlich nicht. Also haben sie versucht, diesen Sumpf trockenzulegen und sind natürlich als erstes darauf gekommen, dann könnte man sich einmal die E-Mails anschauen, mit denen das nach einem Tipp eines Tippgebers offenbar gelaufen war. Dann war natürlich sofort die Frage: War die E-Mail-Nutzung in diesem deutschen erworbenen Unternehmen für private Zwecke zulässig? War sie gewesen. Damit war man weitgehend raus und der Kollege *Holznagel* aus Münster ist zu dem Ergebnis gekommen, dass man eigentlich nur dazu raten kann, nachdem das Unternehmen jetzt schon erworben war und daran auch nichts mehr zu machen war, dass man dann hofft, dass die Sache nicht herauskommt und dann hat man sich von ein paar Leuten getrennt und die Sache ist eigentlich nie aufgeklärt worden. Da ist man ein bisschen bei der Baustelle „Datenschutz ist Tatenschutz“ und da endet das

eben. Man hätte sich im Grunde natürlich auch die Strafverfolgungsbehörden ins Haus holen können, wenn daran etwas gewesen wäre. Dann hätte man das Problem zumindest schon einmal gelöst. Das wollte man aber natürlich auch nicht so gern haben, sondern sie wollten die Sache so beenden, dass es nicht mehr weitergeht. Das ist dann letztlich wohl auch gelungen, aber es ist gelungen durch relativ teure Auflösungsverträge. Man ist die Mitarbeiter letztlich losgeworden, aber man wird auch nicht einfach jemanden so los, wenn man die strafrechtliche Sache nicht lostreten will. Insofern hat man gezahlt, denn zahlen schafft Frieden.

Alexandra Pollag, Bayerisches Landesamt für Verfassungsschutz, München:

Erlauben Sie mir eine laienhafte Frage als Nichtjuristin? Wir haben vorhin festgestellt, das Thema Betriebsgeheimnisse, das Wort „Betriebsgeheimnisse“, unterliegt einer bestimmten Definition. Wir haben auch gehört, dass in vielen Unternehmen die Geschäftsführer häufig gar nicht *ad hoc* sagen können, was ihr Betriebsgeheimnis eigentlich ist. Muss dieses Betriebsgeheimnis denn jetzt irgendwie schriftlich fixiert sein oder irgendwo bekannt sein, damit ich den Verlust überhaupt anzeigen kann?

Christoph Ann:

Nein, das muss es nicht. Es gibt natürlich kein Betriebsgeheimnisregister oder so etwas. Was ich vorhin gesagt hatte, war auch nicht, dass Sie nicht wissen, was ihr Geheimnis ist, sondern dass Sie grundsätzlich bei den Informationen, die Sie im Unternehmen haben, dass Sie dort häufig nicht wissen, was ist wertvoll und was ist nicht wertvoll. Wenn man sich einfach noch einmal ganz blöd fragt, was sind die Informationen, die nicht herauskommen dürfen. Meistens kann man Sie nicht fragen, „sagen Sie es jetzt einmal mir“, sondern man sagt immer: „Sie müssen es mir jetzt nicht sagen, aber könnten Sie denn, wenn ich Sie jetzt frage, in drei Sätzen das kurz und präzise beschreiben?“ Dann haben Sie erst einmal ein bisschen gestottert und mussten erst einmal in Gang kommen und haben dann eingeräumt, dass Sie erst einmal nachdenken müssten. Das ist eigentlich ein bedenklicher Befund, denn wenn man nicht weiß, was das Tafelsilber oder die Kronjuwelen sind, das ist die erste notwendige, wenn auch nicht hinreichende Voraussetzung für Schutz. Das war auch mein Petitum vorhin, dass man jedem Unternehmen im Grunde sagen muss: „Werde Dir selber darüber klar, was ist für Dich eigentlich wichtig“, damit man diese Triage durchführen kann, dass nicht tödlich, schädlich, unschädlich, dass man diese drei Kategorien bilden kann und dass man die relativ kleine Zahl, die kleine Menge trotzdem wichtiger Information, dass man diese für sich

intern definieren kann. Für die Frage zum Beispiel der Strafbarkeit nach § 17 UWG ist nicht entscheidend, ob man das irgendwo niedergelegt hat. Natürlich muss man, wenn man einen Geheimnisverratsfall der Kriminalpolizei oder der Staatsanwaltschaft anzeigen würde, schon sagen, was es war, und es müsste dann auch geheim gewesen sein. Aber es ist nicht so, dass man dort irgendwie eine Unterlage schaffen muss.

Alexandra Pollag:

Wenn man ständig damit zu tun hat, ist einem gar nicht bewusst, dass es das Betriebsgeheimnis ist. Beispielsweise der Praktikant, der im Lichtbereich tätig ist und jetzt erfährt, dass ich Licht nicht mehr über die Physik erschließe, sondern über die Chemie. Man hat dem Praktikanten aber nicht gesagt, dass es ein Betriebsgeheimnis ist, und er plaudert es in den sozialen Netzwerken einfach hinaus. Jetzt ist die Frage: Hat er das Betriebsgeheimnis ausgeplaudert oder nicht? Er wusste überhaupt nicht, dass es eins ist.

Christoph Ann:

Strafrechtlich gesehen ausgeplaudert hätte er es. Der objektive Tatbestand wäre erfüllt, wenn es objektiv geheim war. Die Frage ist, ob es schuldhaft war und wenn er nicht weiß, was er macht. So wie Sie den Fall geschildert haben, wird er eben nicht bestraft. Im Grunde ist es so: Wir hatten heute Morgen auch über die Frage gesprochen, was Unternehmen tun müssen. Ein Teil dieser Bewusstseins-schaffung wäre natürlich, dass im Unternehmen erst einmal klar ist: Es gibt bestimmte Sachen, die dürfen nicht wegkommen, und dann gehört vielleicht auch diese Information dazu, erstens, und dass man dann bestimmte Regeln schafft, die sinnvollerweise akzeptiert sind im Unternehmen, die sagen, wie man mit solchen Informationen umgeht, dass zum Beispiel berufliche Inhalte in sozialen Netzwerken nicht gepostet werden dürfen. Ich glaube, dass dort auch die Unsicherheit bei Arbeitnehmern wahrscheinlich groß ist. Wenn man in Eisenbahnen fährt, wenn man 1. Klasse Deutsche Bahn fährt, dann hört man da, wie viele Telefongespräche auf einer Strecke von München nach Hamburg geführt werden. Da kann man richtige Branchenkenntnis erwerben. Oder in Luft-hansa-Lounges: Die telefonieren nicht, sondern sie plärren in einer Weise herum, dass man es gar nicht verhindern kann, dass man Zeuge wird, wie irgendwelche Verhandlungen laufen und was man weiter machen will. Jeder von uns hat diese Erlebnisse schon gehabt. Das ist manchmal regelrecht toll. Natürlich ist es mir letztlich egal. Oder nach dem *Meeting* aus der Bahn, aus der Lounge, wird dann das Büro angerufen oder wird die Frau angerufen oder sonst was und dann wird erzählt, wie es war. Dann

hört man es mit. Das zeigt ja, dass offensichtlich Null Bewusstsein für das *Awareness* da ist für dieses Thema.

Herr *Rieble* meint, wir müssen Schluss machen. Aber Frau *Pollag*, wenn Sie noch nicht am Ende sind, so schnell müssen wir nicht Schluss machen.

Alexandra Pollag:

Ich möchte nicht immer nur auf den Mitarbeitern herumreiten, sondern gerade die Geschäftsführung weiß oft gar nicht, was ihre Betriebsgeheimnisse sind. Das finde ich immer erstaunlich; in unseren Sensibilisierungsgesprächen passiert uns das immer wieder, dass die Unternehmer nicht richtig fassen können und ich sage dann – und das ist jetzt meine Frage – ob es überhaupt rechtlich stimmt, was ich dort so erzähle. Ich sage dann oft schon allein deswegen, um es vielleicht irgendwann einmal anzeigen zu können, sollten sie es einmal definiert haben, was gehört alles dazu zum Betriebsgeheimnis.

Christoph Ann:

Gute Beweislage ist natürlich sinnvoll. Wobei: Man möchte in diese Situation eigentlich nicht kommen, dass man mal irgendetwas anzeigen muss. Man möchte eigentlich haben, dass man es im Unternehmen erklärt, was wichtig ist, warum es wichtig ist und wie man es schützt. Und dann möchte man eigentlich, dass die Mitarbeiter – vielleicht auch aus Interesse an ihrem eigenen Arbeitsplatz – das auch so umsetzen. Das wäre daran ideal. Das scheint aber auch schwierig zu sein, denn sonst hätten wir zum Beispiel heute nicht diese Veranstaltung gehabt.

Hans Hanau:

Ich wollte noch kurz auch auf diesen Aspekt eingehen. Ich glaube, Ihre Frage stellt sich empirisch gar nicht. Der völlig selbstvergessene Arbeitgeber fühlt sich gar nicht bestohlen und bringt das natürlich auch nicht zur Anzeige. Wenn er sich aber bestohlen fühlt, dann bringt er es zur Anzeige, und dann muss die Behörde subsumieren, und dann wird sich herausstellen, ob die Kriterien dem entsprechen oder nicht.

Richard Giesen:

Meine Damen und Herren, vielen Dank, lieber *Hans*. Ich darf das Schlusswort sprechen, das geht aber ganz schnell. *Benjamin Franklin* hat einmal gesagt: „Drei Personen können ein Geheimnis für sich behalten,

wenn zwei von ihnen tot sind.“ Wir müssen uns anderweitig behelfen. Ich darf Ihnen ganz herzlich danken, dass Sie heute bei uns gewesen sind, auch im Namen der Mitveranstalter von Herrn *Ann*, Herrn *Rieble* und Herrn *Junker* möchte ich vor allem auch den Referenten ganz herzlich danken, auch in diesem Fall wieder ein Dank an Herrn *Ann* und die anderen Referenten, Herrn *Benne*, Herrn *Brock* und Herrn *Hanau*. Vielen Dank, lieber *Hans*.

Unsere nächste Veranstaltung wird so aussehen, dass nicht das Bundesland Hamburg oder die Hansestadt zu uns kommt, sondern wir gehen nach dort. Im September wird unsere nächste Tagung zum Thema „Arbeit und Alter“ in Hamburg zusammen mit der Bucerius Law School stattfinden. Vielleicht sehen wir uns dann wieder. Für heute ganz herzlichen Dank, dass Sie bei uns gewesen sind und bis zum nächsten Mal. Auf Wiedersehen.

Diskussionsteilnehmer

Ann, Christoph – Seite 25, 27, 28, 30, 31, 32, 34, 68, 117, 118, 120, 122, 124, 126, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161

Benecke, Martina – Seite 124

Benne, Rainer – Seite 28, 29, 68, 69, 70, 71

Brock, Martin – Seite 26, 118, 119, 120, 122, 123, 124

Burger, Florian – Seite 72

Giesen, Richard – Seite 27, 157, 161

Hanau, Hans – Seite 67, 120, 154, 155, 161

Junker, Abbo – Seite 27

Mayer, Peter – Seite 34, 69, 122

Mroß, Annette – Seite 31

Pollag, Alexandra – Seite 159, 160, 161

Rieble, Volker – Seite 25, 26, 29, 30, 33, 35, 67, 70, 71, 73, 121, 154, 156, 157

Schack, Axel – Seite 31

Schrader, Paul – Seite 117

Sieg, Rainer – Seite 125

Staudacher, Peter – Seite 119

Zimmer, Mark – Seite 70, 71, 154, 155

Sachregister

Arbeitnehmererfindung 90, 137, 152

Betriebsgeheimnis 77, 133, 159

Betriebsrat 77, 133, 144

Betriebsspionage 87, 148

Compliance 29, 55, 58, 70, 121

- Leadership 61

Corporate Governance 29

Corporate Misconduct 42

Datenabgleich 145

Datenschutz 91, 146

E-Mail-Überwachung 144

Fraud 38, 55

Geheimnishehlerei 88, 148

Geheimnisschutz (siehe auch Know-how-Schutz) 17, 37, 76, 127

- arbeitsvertraglicher 135
- Betriebsgeheimnis 77, 133, 159
- Betriebsspionage 87, 148
- Betriebsvereinbarung 123
- bürgerlich-rechtlicher 137
- Datenabgleich 145
- E-Mail-Überwachung 144
- Geschäftsgeheimnis 77, 133
- gesetzlicher Schutz 81
- Herausgabeklausel 93

- Kundenschutzklausel 123
- Mandantenschutzklausel 123
- nachvertraglicher Schutz 93
- Rasterfahndung 145
- Telefonüberwachung 143
- urheberrechtlicher 137
- Verschwiegenheitsklausel 19
- vertraglicher Schutz 97
- Videoüberwachung 144
- wettbewerbsrechtlicher 136
- Wettbewerbsverbot (siehe dort)

Geheimnisverrat 86, 147

- Ermittlung 142

- Sanktion 138, 146

Geschäftsgeheimnis 77, 133

Heinisch 80

Herausgabeklausel 93

Homo oeconomicus 51, 54

Industriespionage 87, 148

Know-how, Begriff 16, 77, 117

Know-how-Schutz (siehe Geheimnisschutz)

Kundenschutzklausel 123

Mandantenschutzklausel 123

Mitarbeiterloyalität 22

Patent 17, 132, 150

Rasterfahndung 145**Spionage** (siehe Wirtschaftskriminalität und Geheimnisschutz)**Telefonüberwachung 143**

Theorie der differenziellen Kontakte 51

Theorie zu Techniken der Neutralisierung 53, 72

Trade secret 17

Verschwiegenheitsklausel 19

Verschwiegenheitspflicht 81, 91, 135, 139

Videoüberwachung 144

Wettbewerbsverbot 19, 83, 97, 100, 119

- Flexibilisierung 113
- Grenzen 101
- Inhalt 100
- Karenzentschädigung 112

- leitende Angestellte 124

- Strohmannklausel 109

- unternehmensbezogenes 107

- Wirksamkeitsmängel 110

Whistleblowing 72, 80, 124

Wirtschaftskriminalität 37

- Begriff 39

- Erklärungsansätze 50, 69

- Fraud 38, 55

- Homo oeconomicus 51, 54

- Prävention 55

- Täterstruktur 45

- Theorie der differenziellen Kontakte 51

- Theorie zu Techniken der Neutralisierung 53, 72

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0