

KAPITEL I

Die bei der Personalgewinnung ineinandergreifenden Regelungsbereiche

Vorbemerkung

Der mit der fortschreitenden Digitalisierung verbundene Fachkräftemangel macht in vielen Branchen neben der klassischen, auf die Bewerbung von Interessenten abstellenden »Stellenausschreibung« ein aktives Suchen und Rekrutieren von Beschäftigten seitens des Arbeitgebers nötig. Unabhängig des für die Anwerbung von Beschäftigten gewählten Weges, muss das Vorgehen mit den Vorgaben des Datenschutz-, des Wettbewerbs-, des Verbraucher- und des Gleichbehandlungsrechts vereinbar sein. Ferner sind Konkurrenzverbote, Geschäftsgeheimnisse und besondere Vertraulichkeitspflichten ins Kalkül zu ziehen. Dies gilt insbesondere, wenn Arbeitnehmer im Rahmen eines »active sourcings« bzw. »active recruitments« aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis abgeworben werden sollen bzw. es ihnen untersagt ist, bei Konkurrenten des Arbeitgebers ein Arbeitsverhältnis einzugehen. 1

A Der zu betrachtende Rechtsrahmen

1 Berufsfreiheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber

Das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen, wird als **Berufsfreiheit** in Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Es gewährleistet und vermittelt dem Einzelnen das Recht, jedwede Arbeit, die er für sich als geeignet ansieht, als »Beruf« zu ergreifen und sich den hierfür geeigneten Arbeitsplatz frei zu wählen und damit auch das Recht, seinen Arbeitsplatz zu wechseln. 2

Artikel 12 GG

(1) Alle Deutschen haben das Recht Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

Der freien Arbeitsplatzwahl des Arbeitnehmers steht gegenüber die dem Arbeitgeber nach Art. 12 GG gewährte **Gewerbefreiheit** und damit die unternehmerische Freiheit zu entscheiden, mit wie vielen und welchen Mitarbeitern er sein Unternehmen führen will und wie er insoweit im Wettbewerb mit Konkurrenten bestehen kann. Dass er dabei auch im Wege der Abwerbung anderweitig beschäftigtes Personal als **Activ Sourcer**¹ zu gewinnen versuchen kann, steht außer Frage. Es gilt der Grundsatz der **Abwerbefreiheit**. 3

¹ Vgl. zur Definition des Begriffs Active Sourcing: Der komplette Guide – zvoove <https://zvoove.com/was-ist/active-sourcing>

- 4 Hierbei sind jedoch Spielregeln zu beachten; sofern es um einen **Arbeitgeberwechsel** geht.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.01.2001 – 6 U 167/00

Das grundsätzlich zulässige Abwerben (Ausspannen) von Beschäftigten eines anderen Unternehmens ist nur bei Hinzutreten von besonderen Umständen sittenwidrig. Solche Umstände sind etwa das Verleiten zum Vertragsbruch, das Abwerben unter Eindringen in die fremde Betriebs-sphäre des Konkurrenten und insbesondere nachhaltige und wiederholte Abwerbungsversuche über einen geschäftlichen Telefonapparat.

- 5 Andernfalls kann sich der wanderwillige Arbeitnehmer und das ihn an-/abwerbende Unternehmen mit Unterlassungs-, Schadensersatz- oder evtl. sogar Herausgabeansprüchen hinsichtlich des unlauter gewonnenen Profits konfrontiert sehen. So wird das grundsätzlich zulässige Abwerben von Mitarbeitern u. a. unzulässig bzw. sittenwidrig, wenn es den Tatbestand einer gezielten Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG erfüllt.
- 6 Arbeitgebern wird häufig an einer Bindung von Beschäftigten an ihren Betrieb gelegen sein. Bei diesbezüglichen Regelungen ist ebenfalls die in unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen und fallbezogener Rechtsprechung konkretisierte Berufsfreiheit der Beschäftigten zu beachten. Art. 12 GG gilt somit auch als Prüfungsmaßstab für individualvertragliche Vereinbarungen, wie z. B. den Arbeitgeberwechsel hindernde **Rückzahlungsklauseln** von Aus- oder Fortbildungskosten.¹
- 7 Aufgabe des Gesetzgebers und der Rechtsprechung war es, die ggf. kollidierenden Grundrechtspositionen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern bei der Berufsausübung in Ausgleich zu bringen. Das gilt speziell für das Verhältnis von freier Berufswahl einerseits und **Vertragstreue** an einen eingegangenen Vertrag andererseits.

2 Persönlichkeits-, Wettbewerbs-, Diskriminierungs- und Verbraucherschutz

2.1 Das Miteinander der Schutznormen

- 8 Aktivitäten bei der Gewinnung von Personal erfüllen den Tatbestand der **Werbung**, sei es in Gestalt der An- und ggf. gleichzeitiger auf ihre Zulässigkeit noch näher zu betrachtender Abwerbung. Hier sind Vorgaben des Wettbewerbsrechts und Verbraucherschutzes (UWG; UklG) von Relevanz.

Eine sachgerechte Einstellungsentscheidung bedarf fundierter Informationen über den hierfür ins Auge gefassten Kandidaten. Hierbei sind jedoch dessen, u. a. durch Daten- und Diskriminierungsschutz gesicherte Ansprüche auf **Persönlichkeitsschutz** zu gewährleisten.

1 BAG, Urt. v. 24.06.2004 – 6 AZR 320/03 und 383/03; BAG, Urt. v. 05.12.2002 – 6 AZR 537/00; BAG, Urt. v. 24.10.2002 – 6 AZR 632/00; BAG, Urt. v. 16.03.1994 – 5 AZR 339/92; BAG, Urt. v. 30.11.1994 – 5 AZR 715/93; Palm, Rückzahlung Fortbildungsmaßnahmen Arbeitsrecht, <https://palm-bonn.de/fortb.htm>

Die sich aus Datenschutz-, Wettbewerbs- und Diskriminierungsschutzrecht ergebenden Schutzpositionen gegenüber nicht erwünschter bzw. gesetzlich nicht legitimierter personenbezogener Anwerbung¹ von Beschäftigten und der Praktizierung unzulässiger Einstellungskriterien überschneiden bzw. ergänzen sich.² Die wettbewerbsrechtliche Wertung bestimmt dabei das datenschutz- bzw. persönlichkeitsrechtliche Ergebnis.³ Eine nach dem UWG unzulässige Datenverarbeitung zwecks Direktwerbung stellt auch eine unzulässige Verarbeitung nach der DS-GVO dar.

Ein berechtigtes Interesse an einer Datenverarbeitung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO ist andererseits nicht gegeben, wenn die Datenverarbeitung wettbewerbswidrig ist. Die Bewertungsmaßstäbe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG sind auch im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO zu berücksichtigen.

OVG Saarlouis, Urt. v. 16.02.2021 – 2 A 355/19

Ein berechtigtes Interesse an einer Datenverarbeitung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO ist nicht gegeben, wenn die Datenverarbeitung wettbewerbswidrig ist. Die Bewertungsmaßstäbe des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG sind auch im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DS-GVO zu berücksichtigen.

Andererseits kann eine nach dem UWG unbeanstandete **Werbung** z. B. wegen Verstoßes gegen Informationspflichten der DS-GVO rechtswidrig sein. Gleiches gilt, wenn die für die Datenverarbeitung erforderliche Einwilligung nicht den Anforderungen der DS-GVO genügt.

Ob der Empfänger einer unerlaubten Anwerbung auch auf Grund der »Belästigung« einen Anspruch auf einen immateriellen Schadensersatz nach Art. 82 DS-GVO hat, wenn die erlittene Beeinträchtigung nicht erheblich ist,⁴ ist umstritten⁵ und steht zurzeit zur Klärung bei dem EuGH an.⁶

OLG Stuttgart, Urt. v. 27.02.2020 – 2 U 257/19

Ein Verstoß gegen die Informationspflichten aus Art. 13 DS-GVO kann einen Wettbewerbsverstoß im Sinne des UWG darstellen und somit einen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG i. V. m. §§ 3, 3a UWG begründen.

1 Giese, Der Schutz vor unerwünschter Werbung – Der Interessenkonflikt zwischen Werbendem und Beworbenem – Dissertation, Juristische Fakultät der Universität Augsburg, 2022, https://opus.bibliothek.uni-augsburg.de/opus4/files/87824/Giese_Diss.pdf

2 Vgl. bereits Schloßer, Personalabwerbung als Wettbewerbshandlung, 2002

3 Moos, in: Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DSGVO, Kap. 2 Rn. 20

4 Ersatz bei jeder ungerechtfertigten DV: LAG Hamm, Urt. v. 14.12.2021 – 17 Sa 1185/2

5 Vgl. die Rechtsprechungsübersicht ZD-Aktuell 2021, 05544

6 Zur Vorlagepflicht: BAG, Beschl. v. 14.01.2021 – 1 BvR 2853/19 und Vorlageersuchen des BAG, Beschl. v. 26.08.2021 – 8 AZR 253/20; LG Saarbrücken, Beschl. v. 22.11.2021 – 5 O 151/19

AG Pfaffenhoven, Urt. v. 09.09.2021 – 2 C133/21

1. Die Werbung mittels E-Mail setzt für ihre Zulässigkeit außerhalb der Fälle des § 7 Abs. 3 UWG eine – vorherige und ausdrückliche – Einwilligung voraus.
2. Auf eine »Erheblichkeitsschwelle« kommt es für den Schadensersatzanspruch des Art. 82 DS-GVO nicht an. Ein Schaden i. S. d. Art. 82 DS-GVO kann bereits in einem durch die unrechtmäßige Datenverarbeitung ausgelösten »ungenuten Gefühl« liegen.
3. Die Schwere des immateriellen Schadens ist für die Begründung der Haftung nach Art. 82 DS-GVO irrelevant und wirkt sich nur noch auf die Höhe des Anspruchs aus.

2.2 Nachfragewerbung (active sourcing)

- 13 Werbung in Gestalt von **Nachfragewerbung** unterwirft der BGH den gleichen Vorgaben wie sog. **Absatzwerbung** im Hinblick darauf, dass diese Werbeform gerade im geschäftlichen Bereich einen stark belästigenden Charakter (»Spamming«) angenommen hat, sodass ein Eingriff in den Gewerbebetrieb bereits bei einer einmaligen Zusendung einer E-Mail-Werbung vorliegt.¹

BGH, Urt. v. 17.07.2008 – I ZR 75/06

§ 7 Abs. 2 UWG erfasst als Werbung grundsätzlich auch Nachfragehandlungen. Dies gilt auch dann, wenn sie sich an Gewerbetreibende oder Freiberufler richten.

- 14 Im Gegensatz zu sonstiger Nachfragewerbung tangiert Nachfragewerbung in Gestalt der Abwerbung von Beschäftigten zudem zwei Rechteinhaber in ihren Rechtspositionen; zum einen betrifft sie den u. a. vor Belästigung geschützten Beschäftigten und zum anderen den vor dem störenden Eindringen in die Geschäfts- oder Betriebsphäre geschützten Arbeitgeber bzw. Mitbewerber.
- 15 Entscheidend ist hierbei auch das gewählte Kommunikationsmittel. Dieses **störende Eindringen** kann sich aus der Art und Weise der Ansprache des Abzuwerbenden ergeben, wobei vom BGH² mehrfach festgehalten wurde, dass nach Sinn und Zweck des UWG Nachfragehandlungen nicht nur von der Generalklausel des § 7 Abs. 1 UWG, sondern ebenso von den konkretisierenden Fallgruppen des § 7 Abs. 2 erfasst werden.
- 16 Gegenüber dem Konkurrenzunternehmen kommen im Falle einer unlauteren Abwerbung insbesondere Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus § 8 UWG u. a. in Form von Beschäftigungsverboten wegen **Behinderungswettbewerb** (§ 4 Nr.10 UWG) in Betracht.³

1 BGH, Beschl. v. 20.05.2009 – I ZR 218/07; vgl. dazu noch OLG Düsseldorf, Urt. v. 04.10.2005 – 20 U 64/05, das in dem Versenden einer unerwünschten Werbe-E-Mail mit Nachfragewerbung keine Wettbewerbsbehandlung sah. Zutreffend dagegen LG Memmingen, Urt. v. 23.12.2009 – 1 HK O 1751/09 für bereits eine einmalig an einen Unternehmer versandte Nachfrage-Werbe-E-Mail

2 BGH, Urt. v. 17.07.2008 – I ZR 197/05, FC Troschenreuth

3 Vgl. IHK Pfalz, Abwerbung von Mitarbeitern <https://www.pfalz.ihk24.de/recht/wettbewerb/wettbewerbsrecht-mitarbeiter-abwerben-1274036>

BGH, Urteil v. 17.03.1961 – I ZR 26/60

Bei unerlaubter Abwerbung kann auf die wiederherstellende Unterlassungsklage dem Abwerbenden verboten werden, den Abgeworbenen für den Zeitraum zu beschäftigen, der dem wettbewerblichen Vorsprung entspricht, den er andernfalls auf Kosten des Geschädigten durch die Abwerbung erzielt hätte.

Schadenersatzansprüche können sich aus § 9 UWG, § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung oder aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ergeben. 17

3 Konkurrenztätigkeit und arbeitsvertragliche Treuepflicht

3.1 Konkurrenzverbot während des Beschäftigungsverhältnisses

Während eines Beschäftigungsverhältnisses kann der Arbeitnehmer – abgesehen von anderweitiger arbeits- oder tarifvertraglicher Regelung – innerhalb der von den im Arbeitszeitgesetz getroffenen Grenzen einer **Nebentätigkeit** nachgehen, sofern er nicht seine arbeitsvertragliche Treuepflicht verletzt. Während eines Dienstverhältnisses ist es Arbeitnehmern nicht erlaubt, zusätzlich eine angestellte oder selbstständige **Tätigkeit in derselben Branche** bzw. zum Nachteil des Arbeitgebers auszuüben.¹ 18

Grundlage dieses Konkurrenzverbots war zunächst das in § 110 GewO bestätigte Wettbewerbsverbot des § 60 HGB für im Handel Beschäftigte. Grundlage ist nunmehr § 242 **BGB** für alle Arbeitnehmer, Praktikanten, Auszubildende etc.² 19

Steht der Arbeitnehmer in einem Beschäftigungsverhältnis, sind ihm hiermit in Kollision stehende anderweitige Tätigkeiten auf Grund seiner **Treuepflicht** (§ 242 BGB)³ untersagt. Diesen könnte der Arbeitgeber seinerseits mit einer im Einzelfall⁴ auch ohne Abmahnung⁵ zulässigen, aber in der Praxis regelmäßig nicht weiterhelfenden Kündigung entgegenen.⁶ Es bleibt dann nur, gegenüber dem vertragswidrig den Arbeitsplatz verlassenden Mitarbeiter Unterlassungs- und/oder Schadenersatzansprüche geltend zu machen, wobei es jedoch ggf. schwierig sein wird, einen entstandenen Schaden nachzuweisen. Gleiches gilt für diesbezügliche Ansprüche gegenüber dem den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer beschäftigenden neuen Arbeitgeber. 20

1 St. Rspr. BAG, Urt. v. 26.06.2008 – 2 AZR 190/07, Rn. 15 m. w. N.

2 Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Organmitglieder, 8. Aufl., München 2019

3 Vgl. bei Weber: <https://www.weber-rechtsanwaeltin.de/arbeitsrecht-schweigepflicht-wettbewerbsverbot-im-laufenden-arbeitsverhaeltnis-und-nachvertragliches-wettbewerbsverbot/>

4 BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09

5 LAG München; Beschl. v. 04.02.2009 – 7 U 5575/08, LAG Hamm, Urt. v. 25.05.2012 – 7 Sa 2/12

6 BAG, Urt. v. 26.06.2008 – 2 AZR 190/07; BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09; LAG Düsseldorf, Beschl. v. 04.09.2013 – 4 TaBV 15/13

3.2 Vertragliche Absicherung des Konkurrenzverbots

- 21 Rechtlich absichern können sich Arbeitgeber im Vorfeld durch entsprechende Vertragsgestaltung. Zielführend kann daher die Vereinbarung einer selbstständigen und von Beweisfragen unabhängigen – verhältnismäßigen¹ – Vertragsstrafe zur Sicherung der Einhaltung der Kündigungsfrist sein.² Die Vertragsstrafe beläuft sich auf die Höhe des Entgelts, das der Arbeitnehmer in der Zeit bekommen hätte, bis die Kündigungsfrist abgelaufen wäre.

Vertragsstrafen bei unberechtigter Nichterfüllung der Arbeitspflicht (Muster)

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, dem Arbeitgeber eine Vertragsstrafe zu zahlen, nimmt er die Tätigkeit verspätet oder gar nicht auf. Diese Vereinbarung gilt ebenso für eine vorübergehende Arbeitsverweigerung. Eine Vertragsstrafe ist auch dann fällig, wenn der Arbeitnehmer das Beschäftigungsverhältnis schuldhaft (fahrlässig oder vorsätzlich) ohne Berücksichtigung der vereinbarten Kündigungsfrist beendet.

*Die Vertragsstrafe beläuft sich mit Ablauf der **Probezeit** auf ein Bruttomonatsentgelt, davor ist nur die halbe Bruttomonatsvergütung zu zahlen. Die Geltendmachung weiterer Schadensersatzsprüche wird hiervon nicht berührt.*

Entnommen Vertragsstrafe/Arbeitsvertrag und Arbeitsrecht 2022, <https://www.arbeitsvertrag.org/vertragsstrafe>

3.3 Konkurrenzverbot nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses

- 22 Soll das Wettbewerbsverbot auch nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses fortgelten, bedarf es einer besonderen Vereinbarung, wobei auch **Wettbewerbsverbote**, die für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden, sich an der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers und den hierzu ergangenen Regelungen messen lassen müssen.³ Dies gibt § 74 HGB vor.

§ 74 HGB

(1) Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsverbot), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen.

(2) Das Wettbewerbsverbot ist nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht.

1 BAG, Urt. v. 17.03.2016 - 8 AZR 665/14

2 BAG, Urt. v. 19.08.2010 - 8 AZR 645/09

3 BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002 - 1 BvR 558/91 und 1 BvR 1428/91

Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot, das entgegen § 74 Abs. 2 HGB keine **Karenzentschädigung** enthält, ist kraft Gesetzes nichtig. Eine salvatorische Klausel ist nicht geeignet, diese Folge zu beseitigen oder zu heilen.¹ Der Schutz der §§ 74 ff. HGB gilt grundsätzlich jedoch nicht für den Geschäftsführer einer GmbH.² 23

Gewisse Einschränkungen bei einem Wechsel von Beschäftigten zu einem Wettbewerber können sich aber auch bereits aus ihnen obliegenden **Schweige- und Verwertungsverboten** ergeben. 24

B Einschränkungen von Datenverwendungen beim Arbeitgeberwechsel infolge Geheimhaltungspflichten

1 Allgemeines

Einem Arbeitnehmer kann aus unterschiedlichen Gründen untersagt sein, bei der Tätigkeit für seinen Arbeitgeber erworbenes Wissen bei einem Stellenwechsel in der neuen Arbeitsposition einzusetzen. Die **Geheimhaltungs- bzw. Nicht-Verwendungspflicht** der Informationen kann sich aus Schutzpositionen des Arbeitgebers oder hinsichtlich der Verwendung personenbezogener Daten – ggf. parallel – aus Schutzansprüchen der Betroffenen ergeben.³ 25

2 Geheimhaltungspflichten des Beschäftigten im Interesse des ehemaligen Arbeitgebers

2.1 Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (GeschGehG)

Indirekte Bedeutung für die Einsatzmöglichkeiten eines Beschäftigten haben die ihm auf Grund des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (**GeschGehG**) auferlegten Geheimhaltungs- und Datenverwendungsverbote.⁴ Daneben gilt fortbestehend der strafrechtliche Schutz von **Berufsgeheimnissen** (§ 203 StGB). Ferner kann § 242 Abs. 2 Grundlage der Geheimhaltungspflicht sein. 26

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses wird in § 2 GeschGehG definiert. 27

1 BAG, Urt. v. 22.03.2017 – 10 AZR 448/15

2 BGH, Beschl. v. 07.07.2008 – II ZR 81/07

3 Vgl. Laimer/Habe/Zojer, Geheimnisschutz und IP im Arbeitsverhältnis – Ein Handbuch für HR und Personalwesen, 2020

4 Hoeren/Münker, Geheimhaltungsvereinbarungen: Rechtsnatur und Vertragsprobleme im IT-Sektor, MMR 2021, 523

§ 2 GeschGehG – Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. Geschäftsgeheimnis

eine Information

a) die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und

b) die Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist

und

c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.

- 28 Wird beim Arbeitgeberwechsel eine Tätigkeit übernommen, die im Grunde nur unter der Verwendung des beim bisherigen Arbeitgeber erworbenen, unter die **Geheimnispflicht** fallenden Wissens wahrzunehmen ist, kann dies zu Abwehr- und Haftungsansprüchen des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses (§§ 6, 7, 10, 12 GeschGehG) und strafrechtlichen Konsequenzen (§ 23 GeschGehG) führen.

Das diesbezügliche Fragerecht des neuen Arbeitgebers bzw. eine Offenbarungspflicht des wechselwilligen Beschäftigten steht im Hinblick auf die Abklärung der Einsatzmöglichkeiten außer Frage.

2.2 Verwendung erworbener spezifischer Berufserfahrung

- 29 Abgesehen von den durch das GeschGehG legaldefinierten Geschäftsgeheimnissen (§ 2 Nr. 1 GeschGehG) steht es nach ständiger BGH-Rechtsprechung¹ einem Arbeitnehmer grundsätzlich frei, »redlich erworbene Betriebsgeheimnisse«, bei denen es primär um technisches Wissen geht, bei einem neuen Arbeitgeber einzusetzen, sodass hier dann auch kein Verbot der Ausbeutung eines Konkurrenzunternehmens gem. § 4 Nr. 4 UWG vorliegt. Jedoch sind hiervon abweichende Abreden zulässig.

BAG Urt. v. 16.03.1982 – 3 AZR 83/79

Die Parteien eines Arbeitsvertrages können wirksam vereinbaren, dass der Arbeitnehmer bestimmte Betriebsgeheimnisse, die er auf Grund seiner Tätigkeit erfährt, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht nutzen oder weitergeben darf. Die Verbindlichkeit einer solchen Geheimhaltungsklausel hängt nicht von der Zusage einer Entschädigung ab.

- 30 Mitarbeiter können ihr redlich erworbenes **berufliches (abstraktes) Erfahrungswissen nach einem Arbeitgeberwechsel weiter nutzen**, es sei denn, dass sie nicht nur das bloße erworbene berufliche Erfahrungswissen zu eigenen Zwecken anwenden, sondern

1 Vgl. BGH, Urt. v. 21.12.1962 – I ZR 47/61

darüber hinaus so verwerten, dass die wettbewerbsrechtlichen Interessen des Mitbewerbers darunter leiden.¹

2.3 Das UrhG

Auch wenn der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht an ein Wettbewerbsverbot oder eine spezielle Geschäftsgeheimnispflicht gebunden ist, so kann letztlich das Verwenden erworbenen »Vorwissens« untersagt sein, weil dieses ggf. mit dem bei dem Arbeitgeber liegenden **Urheberrechten** kollidieren würde,² wobei der Schutz von Computerprogrammen und Datenbanken (vgl. § 4 UrhG; § 87a UrhG) von besonderer Relevanz ist.³ 31

Auch wenn der Arbeitnehmer selbst der Urheber des geschützten Werkes ist, gehen nach § 69b UrhG die Nutzungsrechte eines in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach Anweisung des Arbeitgebers geschaffenen Computerprogramms im Wege einer gesetzlichen, ausschließlichen Lizenz auf den Arbeitgeber über. Der Arbeitgeber ist somit der Rechtsinhaber mit dem ausschließlichen Recht zur Ausübung aller vermögensrechtlichen und nutzungsrechtlichen Befugnisse. 32

Bei Rechtsverletzungen steht dem Urheber nach § 97 Abs. 1 UrhG ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf **Unterlassung** sowie **Beseitigung** zu. Kommt Verschulden hinzu, ist er darüber hinaus berechtigt, **Schadensersatz zu fordern (§ 97 Abs. 2 UrhG)**, der alternativ in der Erstattung des entgangenen bzw. erwirtschafteten Gewinns oder der Zahlung einer fiktiven **Lizenzgebühr** bestehen kann. 33

2.4 Das Dienstgeheimnis (u. a. § 67 BBG)

Eine ebenfalls im öffentlichen Dienst aus Geheimhaltungsinteresse des Dienstherrn und – jedenfalls nicht primär – aus Datenschutzgründen eventuell betroffener Bürger normierte Schweigepflicht enthalten Vorschriften des öffentlichen Dienstes (z. B. § 67 BBG) mit der Verpflichtung zur Wahrung des **Dienstgeheimnisses**. Eine strafrechtliche Sanktion des **Verrats von Dienstgeheimnissen** sieht § 353 b Abs. 1 StGB vor, wenn durch die Offenbarung »wichtige öffentliche Interessen gefährdet« werden. Als Täter kommen auch hier nur Amtsträger, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete oder Personen, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnehmen in Betracht. 34

3 Geheimhaltungspflichten im Interesse von Betroffenen

3.1 Allgemeines

Die allgemeinen (DS-GVO, BDSG) und auch die berufsbedingten, im Interesse eines Betroffenen bestehenden **Schweigepflichten** (z. B. § 203 StGB) hinsichtlich bei der 35

1 BGH, Urt. v. 19.11.1982 – I ZR 99/80

2 Vgl. z. B. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 17.11.2020 – 5 Sa 152/19 zum Schadensersatz bei unbefugtem Kopieren betrieblicher Berechnungstabellen

3 Vgl. ausführlich bei Plutte, <https://www.ra-plutte.de/rechtlicher-schutz-von-datenbanken-alles-wichtige-im-ueberblick>

Arbeit zur Kenntnis erhaltener personenbezogener Daten, stehen einem Arbeitgeberwechsel auch dann nicht entgegen, wenn ein evidentes Interesse des neuen Arbeitgebers hieran bestehen sollte bzw. Konflikte entstehen können. Der Beschäftigte und sein mit ihm zusammenwirkender, neuer Arbeitgeber sind gehalten, sich durch gesetzeskonformes Verhalten nicht zivil- bzw. strafrechtlich haftbar zu machen.

Hierauf hat der Arbeitgeber ggf. in besonderer Form aufmerksam zu machen. Die Verpflichtung auf das **Datengeheimnis** ist hierfür ein Beispiel.

3.2 Das Datengeheimnis (§ 53 BDSG)

3.2.1 Regelung der Vertraulichkeitspflicht

- 36 Die DS-GVO enthält keine ausdrückliche Regelung zur **förmlichen Verpflichtung** von bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Beschäftigten zur Wahrung des Datengeheimnisses. Allein das BDSG sieht eine diesbezügliche Regelung (§ 53 BDSG) für die bei den einschlägigen Sicherheitsbehörden Beschäftigten vor. Was im öffentlichen Bereich ausdrücklich recht ist, gilt aber auch im nichtöffentlichen Bereich.
- 37 Die DS-GVO wendet sich in Art. 29 auch an Personen, die dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter unterstellt sind und Zugang zu personenbezogenen Daten haben und gibt ihnen vor, personenbezogene Daten grundsätzlich nur auf **Anweisung** des für die Verarbeitung Verantwortlichen zu verarbeiten. Für den Fall der **Auftragsverarbeitung** bestimmt Art. 28 Abs. 3 Satz 2 lit. b DS-GVO, dass der Auftragsverarbeiter gewährleisten muss, dass sich die zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten befugten Personen zur **Vertraulichkeit** verpflichtet haben (soweit sie nicht einer angemessenen gesetzlichen **Verschwiegenheitspflicht** unterliegen, was z. B. für privatärztliche, steuerberaterliche oder anwaltliche Verrechnungsstellen gilt (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 und 3 StGB)).
- 38 Daneben verlangt Art. 24 Abs. 1 DS-GVO von dem Verantwortlichen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Verarbeitungen gemäß dieser Verordnung erfolgen, wozu eben auch die formelle Belehrung über und die Verpflichtung auf das **Datengeheimnis** oder besser auf Einhaltung der Datenschutzvorgaben gezählt werden können.¹
- 39 Nach Art. 32 Abs. 4 DS-GVO hat der Arbeitgeber den Nachweis dafür zu erbringen, dass die Verarbeitungen gemäß der Verordnung erfolgen, was eben auch für die Maßnahmen gilt, die das ordnungsgemäße Verhalten des eingesetzten Personals sicherstellen sollen.

3.2.2 Umfang der Vertraulichkeitspflicht

- 40 Untersagt ist eine unbefugte Verarbeitung. Den Mitarbeitern ist nur die Verarbeitung im Rahmen ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtung und den dazu ergangenen Anweisungen gestattet. Andere Verarbeitungen, unabhängig davon, ob sie an sich datenschutzkonform wären, sind »**unbefugt**«. Unbefugt handelt ein Mitarbeiter daher auch dann,

1 Vgl. Ehmann, Abschied von der Verpflichtung auf das Datengeheimnis, ZD 2017, 453; Mittelstand 04: Datenschutzbelehrung für Mitarbeiter/innen nach der EU-(DSGVO) <https://betrieb-machen.de/datenschutzbelehrung-fuer-mitarbeiter-innen-nach-der-eu-datenschutzgrundverordnung-dsgvo>