

// Im Blickpunkt

Frauenquote – EU-Justizkommissarin *Viviane Reding* wirbt um die deutsche Zustimmung für die Frauenquote. Nachdem sie am 14.11. die Kommission auf das 40-Prozent-Ziel in börsennotierten Unternehmen eingeschworen hat, freut sie sich nach eigenen Angaben (Mitteilung der Welt vom 15.11.2012) auf die Zusammenarbeit mit der christdemokratischen Bundesregierung. Dabei unterlässt sie es nicht darauf hinzuweisen, die Bundeskanzlerin *Angela Merkel* zeige, „dass Frauen ganz hervorragend managen können“. Die Forderung nach Gleichbehandlung wird jüngst auch durch eine Gehaltsstudie bekräftigt, nach der Frauen im Durchschnitt jährlich 14 000 Euro weniger verdienen als Männer (vgl. Stepstone-Studie vom 19.11.2012). Die Haltung von *Löwisch* auf der Ersten Seite in diesem Heft bleibt dennoch gegenüber der Frauenquote kritisch. *Kempton/Koch* nehmen sich den verfassungsrechtlichen und AGG-rechtlichen Aspekten in ihrem aktuellen Aufsatz an.

Armin Fladung, Verantwortlicher Redakteur im Arbeitsrecht



// Standpunkt



von **Dr. Florian Sperling**, RA,
Lausen RAe, München

46-Millionen-Euro-Klage gegen Abwerbung von Mitarbeitern abgewiesen

Der Albtraum jedes Unternehmens ist die Abwerbung von Führungskräften, Knowhow-Trägern oder großen Teilen der Belegschaft durch die Konkurrenz. Dies verschafft dem Mitbewerber einen Vorteil und kann existenzbedrohend sein, wenn die übergelaufenen Mitarbeiter nicht schnell genug ersetzt werden können.

Trotz der oftmals gravierenden Folgen ist das gezielte Abwerben von Mitarbeitern grundsätzlich zulässig. Ein wettbewerbswidriges Verhalten liegt nur ausnahmsweise vor, wenn der Abwerber den Mitbewerber gezielt behindern will oder er unlautere Methoden anwendet (z. B. über die bloße Kontaktaufnahme hinausgehende Direktansprache am Arbeitsplatz). In einem solchen Fall bestehen Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz gemäß §§ 8, 9 UWG.

Ein Schadensersatzanspruch lässt sich jedoch gerichtlich nur schwer durchsetzen, wie zuletzt ein BAG-Urteil vom 26.9.2012 (Az. 10 AZR 370/10) gezeigt hat. Klägerin war eine Verkehrswegebaugesellschaft, der ein großer Baukonzern rund 50 Führungskräfte abgeworben hatte. Die Klägerin verlangte Schadensersatz für entgangenen Gewinn in Höhe von 46 Millionen Euro. Das BAG bestätigte die Klageabweisung der Vorinstanzen.

Zwar liege ein Wettbewerbsverstoß vor. Jedoch sei der Schaden nicht hinreichend ge-

nau beziffert worden. Für eine Schadensschätzung durch das Gericht seien greifbare Anhaltspunkte erforderlich. Die Schätzung dürfe nicht „vollkommen in der Luft hängen“. Es muss also dargelegt und bewiesen werden, dass ein bestimmter Gewinn gerade wegen der Abwanderung der Mitarbeiter nicht realisiert werden konnte. Dies wird regelmäßig nicht gelingen.

Umso wichtiger ist es für Unternehmen, das Abwerbrisiko zu minimieren. Praktisch ist dies durch die Schaffung eines guten Arbeitsklimas möglich, rechtlich durch die Vereinbarung nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit wichtigen Mitarbeitern. Allerdings sind hierbei die strengen Wirksamkeitsanforderungen der §§ 74 ff. HGB zu beachten.

Entscheidungen

BAG: Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Das BAG entschied in seinem Urteil vom 14.11.2012 – 5 AZR 886/11 – wie folgt: Nach § 5 Abs. 1 S. 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) ist der Arbeitgeber berechtigt, von dem Arbeitnehmer die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer schon von dem ersten Tag der Erkrankung an zu verlangen. Die Ausübung dieses Rechts steht im nicht an besondere Voraussetzungen gebundenen Ermessen des Arbeitgebers. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin blieb erfolglos. Die Ausübung des dem Arbeitgeber von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eingeräumten Rechts steht im nicht gebundenen Ermessen des Arbeitgebers. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass gegen den Arbeitnehmer ein begründeter Verdacht besteht, er habe in der Vergangenheit eine Erkrankung nur vorgetäuscht. Eine tarifliche Regelung

steht dem nur entgegen, wenn sie das Recht des Arbeitgebers aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ausdrücklich ausschließt. Das war vorliegend nicht der Fall. (PM BAG vom 14.11.2012)

BAG: Frage an einen Stellenbewerber nach eingestellten Ermittlungsverfahren

Das BAG entschied in seinem Urteil vom 15.11.2012 – 6 AZR 339/11 – wie folgt: Der Arbeitgeber darf den Stellenbewerber grundsätzlich nicht nach eingestellten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren fragen. Eine solche unspezifizierte Frage verstößt gegen Datenschutzrecht und die Wertentscheidungen des § 53 Bundeszentralregistergesetz (BZRG). Stellt der Arbeitgeber die Frage dennoch und verneint der Bewerber in Wahrnehmung seines informationellen Selbstbestimmungsrechts wahrheitswidrig, dass gegen ihn Ermittlungsverfahren anhängig waren, darf der Arbeitgeber das zwischenzeitlich begründete Arbeitsverhältnis nicht wegen dieser wahrheitswidrig erteilten Auskunft kündigen. Das Arbeitsgericht hat die außerordentliche Kündigung, das Landesarbeitsgericht auch die ordentliche Kündigung als unwirksam angesehen. Die hiergegen eingelegte Revision des beklagten Landes blieb vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts ohne Erfolg. Eine Erhebung von Daten, wie sie die unspezifizierte Frage nach Ermittlungsverfahren darstellt, ist nach den datenschutzrechtlichen Bestimmungen in Nordrhein-Westfalen nur zulässig, wenn sie durch eine Rechtsvorschrift erlaubt ist oder der Betroffene einwilligt. Solche Informationen zu abgeschlossenen Ermittlungsverfahren sind für die Bewerbung um eine Stelle als Lehrer nicht erforderlich und damit nicht durch § 29 des Datenschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen gestattet. Die allein auf die wahrheitswidrige Beantwortung der Frage nach Ermittlungsverfahren gestützte Kündigung verstieß deshalb gegen die objektive Wertordnung des Grundgesetzes, wie sie im Recht auf informationelle Selbstbe-