

Vol. 21 – Juli 19

ip ©ompetence

Themenjournal für geistiges Eigentum

GESCHÄFTS-GEHEIMNIS

**Die ehemalige Arbeitnehmerin
als Mitbewerberin**

Marie Hornyik

Die ehemalige Arbeitnehmerin als Mitbewerberin

Die Verwertung von Geschäftsgeheimnissen nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses im UWG

Marie Hornyik

Die Verwertung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen kann für Unternehmen existenzbedrohend sein. Die größte Gefahr droht in der Praxis nicht durch Betriebsespionage, sondern durch das (Fehl-)Verhalten von Geheimnisträgern im Kreise der eigenen Arbeitnehmerinnen. Hat die Umsetzung der GeschäftsgeheimnisRL Veränderungen hinsichtlich der Verwertung von Geschäftsgeheimnissen durch ehemalige Arbeitnehmerinnen gebracht? Macht es rechtlich einen Unterschied, ob eine Verschwiegenheitsvereinbarung unterfertigt wurde?

I. Allgemeines

Die Existenz eines Unternehmens kann erheblich bedroht sein, wenn eine Arbeitnehmerin nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses als Mitbewerberin agiert und der ehemaligen Arbeitgeberin plötzlich als Konkurrentin gegenübersteht. Es liegt jedoch in der Natur des Arbeitens, dass Arbeitnehmerinnen während ihres Arbeitsverhältnisses Erfahrungen und Wissen ansammeln. Wenn sie sich dann dazu entscheiden, das Unternehmen zu verlassen, sei es um sich selbstständig zu machen oder auch bei der Konkurrenz tätig zu werden, liegt es auf der Hand, dass es nicht möglich ist, das erlernte Wissen bzw. die Berufserfahrung wie von einer Festplatte aus dem Gedächtnis zu löschen. Es ist aber sehr wohl möglich, dass man sie dazu verpflichtet, gewisse Informationen nicht zu nutzen oder offenzulegen. Hier ist zwischen Geschäftsgeheimnissen einerseits, und allgemeiner Berufserfahrung andererseits zu unterscheiden. Verwertet nun die Arbeitnehmerin nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses Geschäftsgeheimnisse rechtswidrig, so kann die ehemalige Arbeitgeberin gegen das unlautere Handeln zivilgerichtlich vorgehen, indem sie sie auf Unterlassung, Beseitigung und/oder, bei Vorliegen von Verschulden, auf Schadenersatz in Anspruch nimmt.

„DIE GRÖßTE GEFAHR DROHT IN DER PRAXIS NICHT DURCH BETRIEBSSPIONAGE, SONDERN DURCH DAS (FEHL-)VERHALTEN VON GEHEIMNISTRÄGERN IM KREISE DER EIGENEN ARBEITNEHMERINNEN.“

II. Die Rechtslage vor der Umsetzung der GeschäftsgeheimnisRL

Im Folgenden wird die mögliche Anwendbarkeit relevanter Bestimmungen erörtert. Die Geschäftsgeheimnis-RL wurde durch die UWG-Nov 2018 umgesetzt, deren Bestimmungen seit 29.01.2019 in Kraft sind. Die strafrechtlichen Bestimmungen der §§ 11 und 12 UWG sind auch weiterhin anwendbar, jedoch stützen sich diverse zivilrechtliche Ansprüche nach der neuen Rechtslage auf § 26e UWG. Soweit § 1 UWG bisher anwendbar war, ist jetzt auf § 26c UWG zurückzugreifen. Die Beurteilung von „Altfällen“ stützt sich auf folgende Bestimmungen:

A. §§ 11 iVm 13 UWG

§§ 11 und 13 UWG sind Sondertatbestände, die prinzipiell Vorrang haben gegenüber der Generalklausel des § 1 UWG. § 11 UWG gewährt Schutz gegen die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen durch Arbeitnehmerinnen während ihrer Beschäftigung.² § 13 UWG regelt die zivilrechtlichen Ansprüche derjenigen, deren Geschäftsgeheimnisse rechtswidrig verwertet wurden. Jedoch zielt diese Bestimmung nur auf Arbeitnehmerinnen im aufrechten Arbeitsverhältnis ab, und ist somit auf die hier zu erörternden Fälle nicht anwendbar.

B. §§ 12 iVm 13 UWG

§ 12 UWG schützt die Arbeitgeberin vor der unbefugten Verwertung oder Mitteilung von Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, die im geschäftlichen Verkehr anvertraut wurden, durch unternehmensfremde Personen. §§ 12 iVm 13 UWG ist für die Verwertung von Ge-

¹ Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird die weibliche Sprachform verwendet. Die Angaben beziehen sich aber auf Angehörige aller Geschlechter.

² Vgl. Thiele in Wiebe/Kodek, UWG² § 11 Rz 3.



schäftsgeheimnissen nach Ende des Arbeitsverhältnisses nur insoweit relevant, als sie Vorschriften technischer Art betreffen, die unternehmensfremden Personen anvertraut wurden. Unter Vorschriften technischer Art versteht man mündliche oder schriftliche Anweisungen über technische Vorgänge. „Anvertraut“ sind Vorlagen und Vorschriften dann, wenn sie mittels vertraglicher oder au-ßervertraglicher Verpflichtung überlassen werden, sie nur im Interesse des Anvertrauenden zu verwerten.³

verhältnisses als „inneren Frontwechsel“.⁷ Der innere Frontwechsel ohne Vorbereitungshandlung an sich ist hingegen nicht wettbewerbswidrig, weil man Arbeitnehmerinnen nicht verbieten kann, sich vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses für einen Unternehmenswechsel zu entscheiden.

Ein weiterer Fall des unlauteren inneren Frontwechsels ist, wenn sich die Arbeitnehmerin durch eine zusätzliche Tätigkeit, zB Abschreiben, Kopieren, Einscannen, dauernde und sichere Kenntnis des Geschäftsgeheimnisses verschafft, auch wenn der Erwerb zuerst redlich erfolgte.⁸ Bemerkenswert ist jedoch, dass der OGH bisher explizit nur die physische Sicherung des Geschäftsgeheimnisses erwähnt hat, und die Möglichkeit des Merkens oder Auswendiglernens der Informationen außer Acht lässt. Der Grund dafür könnte sein, dass das gedankliche Abspeichern noch weniger beweisbar scheint, als die physische Sicherung.

Anders ist der Fall zu bewerten, wenn die Arbeitnehmerin die redlich erworbenen Geschäftsgeheimnisse nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ohne vertraglich verpflichtet zu sein und ohne Hinzutreten anderer die Unlauterkeit begründende Elemente (wie zB die Schädigung der Mitbewerberin als einziges Ziel⁹), verwendet. Hier wird auf die allgemeine Treuepflicht der Arbeitnehmerin gem § 1153 ABGB abgestellt. Zutreffend ist, dass die Arbeitnehmerin während ihres Dienstverhältnisses zur Treue verpflichtet ist, die auch die Wahrung der Verschwiegenheit über die ihr bekannt gewordenen Geschäftsgeheimnisse beinhaltet.¹⁰ Abgesehen von besonderen Verschwiegenheitspflichten, die sich aus Sondergesetzen ergeben, sind sich Judikatur und Lehre jedoch größtenteils einig, dass die allgemeine Treuepflicht mit Auflösung des Arbeitsverhältnisses endet.¹¹ Daher liegt in diesem Fall keine Unlauterkeit nach § 1 UWG vor.



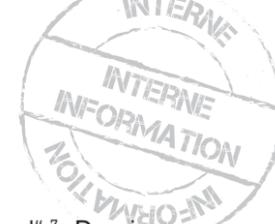
7 Vgl RIS-Justiz RS0078330 [T3].

8 Vgl RIS-Justiz RS0079617.

9 Vgl RIS-Justiz RS0116886.

10 Vgl Mildner, Arbeitsrechtliche Geheimhaltungspflichten im Lauterkeitsrecht, ÖBI 2011/66, 279 (282).

11 Vgl Kietabll/Rebhahn in Neumayr/Reissner, Zellkomm⁹ § 1153 ABGB Rz 43.



Der OGH hat zusätzlich eine dritte Fallgruppe gebildet, nach der die Verletzung einer vertraglichen Geheimhaltungspflicht ein Vertragsbruch ist, der nur dann gegen § 1 UWG verstößt, wenn sich die Unlauterkeit aus besonderen Umständen ergibt.¹² Um die Unlauterkeit zu begründen, muss die Wettbewerbshandlung unabhängig von der Vertragsverletzung unlauter sein.¹³ Der – vorsätzliche – Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Loyalitätspflicht, der schon im (Herstellen bzw) Behalten von Kopien für nicht dem Dienstverhältnis entsprechende Zwecke und deren Verwendung gelegen ist, erreicht eine besondere, mit dem von der Rsp geforderten zusätzlichen Sittenwidrigkeitselement und einem „inneren Frontwechsel“ vergleichbare Intensität.¹⁴ Unklar ist jedoch, ob der OGH ein zusätzliches Absichern der Geschäftsgeheimnisse als weiteres Unlauterkeitselement für notwendig erachtet, oder ob der Verstoß, welcher allein schon durch das Herstellen bzw Behalten von Kopien in Verwendungsabsicht besteht, ausreicht.

IV. Die Rechtslage nach der Umsetzung der GeschäftsgeheimnisRL

Der Gesetzgeber hat in § 26c UWG den rechtswidrigen Erwerb, die rechtswidrige Nutzung und die rechtswidrige Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen einheitlich neu geregelt.

§ 26c UWG regelt in Abs 1 den rechtswidrigen Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses, welcher – im Unterschied zur alten Rechtslage – für sich allein unlauter ist und demnach keine Verwendungsabsicht mehr hinzutreten muss. In Z 1 werden die konkreten Handlungen des unbefugten Zugangs, der unbefugten Aneignung oder des unbefugten Kopierens aufgezählt, die rechtswidrig und daher unlauter sind. Hier ist anzumerken, dass im Gegensatz zur alten Rechtslage, bei der unklar war, ob auch die nicht physische Sicherung von Geschäftsgeheimnissen ein

12 Vgl RIS-Justiz RS0078872.

13 RIS-Justiz RS0078872 [T10].

14 Vgl OGH 27. 7. 2017, 4 Ob 78/17z, Kundendaten – Geheimhaltungsverpflichtung, ÖBI 2018, 28 (Bammer) = ecolex 2017, 1091 (Hofmarcher).

„UNTERNEHMEN IST ZU RATEN, SICH DURCH VERTRAGLICHE GEHEIMHALTUNGSVEREINBARUNGEN ABZUSICHERN, UM DER VERWENDUNG REDLICH ERWORBENER GESCHÄFTS-GEHEIMNISSE DURCH EHEMALIGE ARBEITNEHMERINNEN ENTGEGENZUWIRKEN.“

Unlauterkeitselement begründet, der Gesetzgeber ausdrücklich die „unbefugte Aneignung“ unter anderem von Dokumenten anführt, sodass zB auch das Merken oder Auswendiglernen von Geschäftsgeheimnissen klar als unlauter qualifiziert wird.

Z 2 dient als Generalklausel, um möglichst jedes schädigende Verhalten abdecken zu können.

§ 26c Abs 2 Z 1 UWG regelt konkret die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses durch eine Person, die das Geschäftsgeheimnis auf rechtswidrige Weise erworben hat. Diese Regelung spiegelt die alte Rechtslage wider.

Hervorzuheben ist, dass die Nutzung oder Offenlegung, die gegen eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder sonstige Verpflichtung verstößt, nach Z 2 rechtswidrig ist. Hier hat der Gesetzgeber die bisher unklare Rechtslage dahingehend gelöst, dass die Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses und die Verletzung einer (vertraglichen) Verpflichtung für sich schon rechtswidrig sind und das Hinzutreten einer Abspeicherung oder eines unbefugten Zugriffs somit nicht notwendig ist. Diese Regelung stärkt die Position der Arbeitgeberin, da ein reiner Vertragsbruch leichter zu beweisen sein wird als zB die zusätzliche Abspeicherung von Geschäftsgeheimnissen.

Festzuhalten ist weiters, dass auch nach der neuen Rechtslage die Vereinbarung einer vertraglichen Geheimhaltungspflicht notwendig ist, damit das Verwenden von redlich erworbenen Geschäftsgeheimnissen nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses angreifbar ist und ein zusätzlicher Schutz für die Arbeitgeberin besteht.

V. Conclusio

Die Umsetzung der GeschäftsgeheimnisRL hat nur zu wenigen Änderungen der Rechtslage hinsichtlich der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen geführt. Die Regelungen rund um den rechtswidrigen Erwerb, die rechtswidrige Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen wurden klar in einem Paragraphen zusammengefasst. Zum einen wurde die nicht physische Sicherung von Geschäftsgeheimnissen („unbefugte Aneignung“) explizit im Regelungsumfang integriert, zum anderen begründet der reine Erwerb ohne Verwertungsabsicht die Rechtswidrigkeit. Zudem ist der alleinige Vertragsbruch ohne Hinzutreten eines weiteren Unlauterkeitselements als rechtswidrig zu qualifizieren. Trotz der klaren Neuregelung ist Unternehmen zu raten, sich durch vertragliche Geheimhaltungsvereinbarungen abzusichern, um der Verwendung redlich erworbener Geschäftsgeheimnisse durch ehemalige Arbeitnehmerinnen entgegenzuwirken.

„DIE UMSETZUNG DER GESCHÄFTS-GEHEIMNISRL HAT NUR ZU WENIGEN ÄNDERUNGEN DER RECHTSLAGE HINSICHTLICH DER VERLETZUNG VON GESCHÄFTS-GEHEIMNISSEN GEFÜHRT.“

C. § 1 UWG

Da die Sondertatbestände §§ 11–13 UWG nicht anwendbar sind, dient die Generalklausel des § 1 UWG zur Lückenfüllung im Verhältnis der Spezialität.

Arbeitnehmerinnen, die bei einer ehemaligen Arbeitgeberin erlangtes Wissen einsetzen, um einer neuen Arbeitgeberin oder sich selbst wettbewerbsrechtliche Vorteile zu verschaffen, handeln allein deshalb noch nicht unlauter.⁴ Auch der rechtswidrige bzw unredliche Erwerb des Geschäftsgeheimnisses allein ist noch nicht unlauter.

Die Zulässigkeit des Verwendens von Geschäftsgeheimnissen durch ausgeschiedene Arbeitnehmerinnen bei konkurrierenden Unternehmen leitet sich aus dem Grundsatz der Erwerbsfreiheit ab, die aber vor dem unbefugten Zugriff zu oder der dauerhaften Sicherung durch jegliche Aufzeichnung von Geschäftsgeheimnissen und anschließende Weiterverwendung für eigene Zwecke ihren Halt macht.⁵

Die Unlauterkeit ist freilich dann zu bejahen, wenn ein besonderes Unlauterkeitselement hinzutritt: Etwa, wenn sich die Arbeitnehmerin planmäßig, also mit Vorbedacht und unbefugt, in Kenntnis von Geschäftsgeheimnissen gesetzt hat, um sie dann nach Dienstaustritt zum Zwecke des Wettbewerbs zu verwerten.⁶ Der OGH bezeichnet dieses Umdenken einer loyalen Arbeitnehmerin zu einer künftig konkurrierenden während des aufrechten Dienst-

3 Vgl Thiele in Wiebel/Kodek, UWG² § 12 Rz 16f.

4 Vgl OGH 20.10.2009, 4 Ob 141/09b, Profibox, ÖBI-LS 2010/38 = ecolex 2010, 370 (Horak).

5 Vgl Burgstaller et al in Wiebel/Kodek, UWG² § 1 Rz 746.

6 RIS-Justiz RS0078330 [T1].