

Vol. 21 – Juli 19

ip ©ompetence

Themenjournal für geistiges Eigentum

GESCHÄFTS-GEHEIMNIS

Schutzgegenstand und Inhaber

Dominik Hofmarcher

VERTRAULICH

Schutzgegenstand und Inhaber

Was und wen schützt das neue Gesetz?

Dominik Hofmarcher

Die Antwort auf die obenstehende Frage scheint auf den ersten Blick banal – Geschäftsgeheimnisse und deren Inhaber. Wie so oft stößt man bei näherer Betrachtung aber auf zahlreiche offene Themen, von denen hier nur einige angerissen werden können.

I. Schutzgegenstand

A. Schutz der geheimen Information oder Schutz vor unrechtmäßigem Zugriff?

Schutzgegenstand ist zwar allgemein gesprochen das Geschäftsgeheimnis. Betrachtet man die historische Entwicklung und die Ausgestaltung des Schutzes aber genauer, so wird schnell klar, dass es nicht primär um den Schutz der betroffenen Information selbst geht. Das Geschäftsgeheimnis muss keine schutzwürdige (geistige) Leistung – schon gar nicht in einem bestimmten Gebiet – betreffen. An die Entstehung des Schutzes werden keine gegenständlichen (Schutzobjekt), inhaltlichen (Schöpfungshöhe), oder formellen (Registrierungsverfahren) Anforderungen gestellt.¹ Sowohl Eigenschöpfungen (§ 26d Abs 2 Z 1 UWG) als auch Reverse Engineering (§ 26d Abs 2 Z 2 UWG) bleiben zulässig. In ErwGr 16 der RL findet sich daher der zutreffende Hinweis, dass „keine Exklusivrechte an als Geschäftsgeheimnis geschütztem Know-how oder als solchem geschützten Informationen begründet“ werden sollen.

Im Kern geht es also darum, einen **geschützten Bereich der Vertraulichkeit** und damit eine Art „Privatsphäre“ zu schaffen.² Oder anders ausgedrückt: Unternehmen sollen unter bestimmten Voraussetzungen das **Recht** haben, **Informationen geheim zu halten** und dieses Recht ist von Dritten zu respektieren – sie dürfen sich nicht unrechtmäßig Zugang verschaffen oder ihnen anvertraute, geheim gehaltene Informationen unrechtmäßig verwerten oder gar offenlegen. **Der Schutz der Information ergibt sich also mittelbar durch den – gegen jedermann wirkenden – Schutz der Vertraulichkeit.**

B. Marktverhaltensregeln oder Immaterialgüterrecht?

Vor dem eben geschilderten Hintergrund verwundert es nicht, dass der Geschäftsgeheimnisschutz bislang über Verbote iSv Marktverhaltensregeln realisiert wurde. Im österreichischen Recht durch Straftatbestände (vgl §§ 11 und 12 UWG „Wer [...] ist mit [...] zu bestrafen“) an die akzessorische zivilrechtliche Folgen (§ 13 UWG aF) geknüpft waren.³

Ungeachtet dessen hat *Schönherr* den Geschäftsgeheimnisschutz schon immer den Immaterialgüterrechten zugeordnet.⁴ Das ist mE durchaus nachvollziehbar, zumal auch **Immaterialgüterrechte keine generellen Monopole**, sondern bloß Freiräume schaffen, indem sie dem Inhaber das Recht verleihen, ganz bestimmte Handlungen zu untersagen. So hat etwa der Markeninhaber nicht das Recht, jedwede Nutzung des geschützten Zeichens zu unterbinden, sondern ein funktional beschränktes Recht, die Nutzung der Marke oder eines ähnlichen Zeichens im geschäftlichen Verkehr zur Unterscheidung gleicher oder ähnlicher Waren/Dienstleistungen zu verbieten. Wie das Urheberrecht zeigt, kommt es für die Einordnung als Immaterialgüterrecht auch nicht auf die Publizität durch Registrierung oder den Prioritätsgrundsatz an – auch dort kann eine spätere Parallelschöpfung nicht untersagt

² Vgl *Ohly*, Der Geheimnisschutz im deutschen Recht: heutiger Stand und Perspektiven, GRUR 2014, 1 (3).

³ Vgl auch *Ohly*, GRUR 2014, 1 (2) mwN unter Hinweis auf die Parallellität der deutschen und der österreichischen Rechtslage.

⁴ *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (1982) Rz 110.

¹ *McGuire*, Know-how: Stiefkind, Störenfried oder Sorgenkind?, Lücken und Regelungsalternativen vor dem Hintergrund des RL-Vorschlags, GRUR 2015, 424 (426) mwN.



„DENNOCH SPRECHEN GUTE ARGUMENTE DAFÜR, DASS GESCHÄFTSGEHEIMNISSE ALS VERMÖGENSWERTE ÜBERTRAGBAR UND LIZENZIERBAR SIND.“

werden.⁵ Am ehesten liegt der Unterschied darin, dass dem Geschäftsgeheimnis keine schutzwürdige geistige Leistung zugrunde liegen muss. Denkt man an den Kennzeichenschutz und die niedrige Schutzwelle im Urheberrecht sowie an den mitunter anerkannten Investitionsschutz, so scheint aber auch das kein wirklich relevantes Abgrenzungskriterium.

Zwar betonen die ErwGr der RL die Funktion des Geschäftsgeheimnisschutzes als Ergänzung oder auch als Alternative zu den Immaterialgüterrechten und das Ziel des Innovationsschutzes. Darauf kommt es letztendlich aber nicht an – so können beispielsweise auch Kundenlisten, Bezugsquellen für Rohstoffe oder Einkaufskonditionen als Geschäftsgeheimnis geschützt sein. Weiterhin geht es also um das **Recht auf vertrauliche Behandlung** bestimmter Informationen. Ungeachtet dessen verfolgen die RL und die neuen Sonderbestimmungen eindeutig einen **schutzrechtsähnlichen Ansatz** – der „rechtmäßige Besitzer“⁶ rückt in den Mittelpunkt, der „Schutzgegenstand“ wird definiert und es findet sich ein „Ausschlussrecht“ mit Schrankenbestimmungen. Auch das Rechtsfolgenregime entspricht weitgehend jenem im Immaterialgüterrecht.

Ob man den Geschäftsgeheimnisschutz nun dem Immaterialgüterrecht, dem Lauterkeitsrecht oder dem Unternehmens-/Privatrecht zuordnen will, ist eine dogmatische Finesse und es stellt sich auch die Frage, ob eine Einordnung in eine der bestehenden Kategorien notwendig ist. Wesentlich ist die Frage der **Verkehrsfähigkeit**. ME sprechen vor dem geschilderten Hintergrund die besseren Argumente dafür, dass Geschäftsgeheimnisse als **(mittelbar) geschützte Vermögenswerte** übertragen und lizenziert werden können (mögen sie auch schwächer bzw anders geschützt sein als die klassischen Immaterialgüterrechte).⁷ Diese These wird auch durch die ErläutRV gestützt, in denen darauf hingewiesen wird, dass die Verfügungsgewalt in Lizenzverträgen näher ge-

regelt werden könne.⁸ Die ErläutRV betonen außerdem, dass das Interesse am Geschäftsgeheimnis durch das Recht auf Eigentum grundrechtlich geschützt sei.⁹ Der **kommerzielle Wert** der Information ist schließlich auch eine Voraussetzung für den Schutz.

C. Schutzvoraussetzungen – Definition

Gem § 26b Abs 1 UWG ist ein Geschäftsgeheimnis eine Information, die

- **geheim** ist, weil sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen zu tun haben, allgemein bekannt noch ohne weiteres zugänglich ist,
- von **kommerziellem Wert** ist, weil sie geheim ist, und
- Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen **Geheimhaltungsmaßnahmen** durch die Person ist, welche die rechtmäßige Verfügungsgewalt über diese Informationen ausübt.

Diese Definition enthält zahlreiche auslegungsbedürftige Begriffe, die man jeweils zum Gegenstand eines separaten Aufsatzes machen könnte. Hier nur ein paar Gedanken und Thesen:

1. „Information“

Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses ist eine Information. Es wurde mE bewusst ein weiter und offener Begriff gewählt – letztendlich geht es um **Wissen**. Auf die **Dokumentation** der Information **kommt es mE nicht an** – auch mündlich überliefertes Wissen ist geschützt. Wie immer ist es dann eine Beweisfrage, ob das Wissen vorhanden war und wie es erlangt wurde. Die Definition von Know-how in der TechnologietransferVO verlangt in diesem Zusammenhang übrigens, dass die Kenntnisse umfassend genug beschrieben sind, so dass überprüft werden kann, ob die Merkmale „geheim“ und „wesentlich“ erfüllt sind.¹⁰

2. „Weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile“

Besser verständlich als das Deutsche „weder noch“ ist die englische Fassung der RL: „(...) *secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components (...)*“. Auch die anderen Sprachfassungen belegen, dass ein Alternativ- und kein

Kumulativverhältnis gemeint sein dürfte.¹¹ Derjenige der sich unrechtmäßig Zugang zu einer **aus mehreren Bestandteilen bestehenden „komplexen“ Information** (etwa veredelten Daten in einer bestimmten Kompilation¹²) verschafft oder diese unrechtmäßig nutzt/offenlegt, kann sich also nicht damit verteidigen, dass die einzelnen Bestandteile bekannt oder zugänglich sind. Es kommt vielmehr darauf an, ob die „komplexe“ Information in ihrer Gesamtheit bzw genauen Anordnung und Zusammensetzung bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist.

3. „Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Information zu tun haben“

Das Abstellen auf die **„beteiligten Verkehrskreise“** mag auf den ersten Blick überraschen. Letztendlich ist es aber konsequent: Entgegen mancher Bedenken¹³ wird der Schutz dadurch nicht ungebührlich erweitert – im Gegenteil. Je nach Information kommt es nicht auf die Allgemeinheit an, sondern der Schutz entfällt gegebenenfalls schon dann, wenn die Information den damit befassten Experten (und mögen es auch nur eine Handvoll sein) allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist.

4. Weder „allgemein bekannt“ noch „ohne weiteres zugänglich“

Allgemein bekannt wird eine Information idR dann sein, wenn sie einem Großteil der beteiligten Verkehrskreise positiv bekannt ist. Ohne weiteres zugänglich ist eine Information mE dann, wenn sie ohne relevante Einschränkung bzw ohne größeren Kosten- und Zeitaufwand¹⁴ ganz allgemein zugänglich ist (etwa in veröffentlichten Büchern/Zeitschriften oder auf frei zugänglichen Websites). Das ist mE insb dann nicht der Fall, wenn sich der Informationsempfänger zur Verschwiegenheit verpflichten muss, um an die Information zu gelangen (zB als Lizenznehmer). Nicht ohne weiteres zugänglich sind Informatio-

nen, die iSd § 26d Abs 2 Z 1 UWG erst geschaffen/entdeckt oder iSd § 26d Abs 2 Z 2 UWG durch Reverse Engineering ermittelt werden müssten. Würde man das anders sehen, so bedürfte es keiner Freistellungen dieser Tätigkeiten und die theoretische Möglichkeit der eigenen Schöpfung bzw des Reverse Engineering würde bereits zum Entfall des Schutzes führen. Das wäre absurd, zumal es ja gerade um die Art der Informationserlangung und die Unterscheidung von rechtmäßigem und rechtswidrigem Erwerb geht – derjenige der die Information durch rechtswidrigen Eingriff in die Sphäre eines anderen erlangt hat, kann sich nicht damit verteidigen, dass er die Information auch anders – nämlich rechtmäßig – erlangen hätte können. Es bleibt ihm freilich unbenommen, die Information nachweislich auf legalem Wege zu erwerben und sie sodann zu nutzen (also wenn man so will den Mangel des rechtswidrigen Erwerbs zu sanieren).

5. Kommerzieller Wert

Nach den ErwGr und den ErläutRV sollen **belanglose Informationen** unbeachtlich und nur kommerziell wertvolle Informationen vom Schutz erfasst sein.¹⁵ Das Kriterium wirft aber einige Fragen auf, weil nach den ErwGr unklar bleibt, was mit kommerziellem Wert gemeint ist:

a. „Negatives Know-how“

Das Wissen, dass etwas nicht funktioniert, hat insofern einen wirtschaftlichen Wert, als man darauf aufbauen und sich einen weiteren Versuch ersparen kann.

b. Informationen, die einen Schaden verursachen können

Ob auch Informationen vom Schutz erfasst sind, die bloß geeignet sind einen Schaden zu verursachen, scheint zunächst insofern fraglich, als ErwGr 14 von einem realen oder potentiellen Handelswert spricht. Danach heißt es allerdings: „*Solches Know-how oder solche Informationen sollten so verstanden werden, dass sie einen Handelswert verkörpern, zum Beispiel wenn ihr unbefugter*



⁵ Anders als im Urheberrecht ist im Bereich des Geschäftsgeheimnisschutzes freilich auch ein „Abschauen“ iSd Reverse Engineering erlaubt.

⁶ Siehe dazu unten Punkt II.

⁷ Aus Art 4 Abs 2 der RL folgt, dass es auch einen Erwerb „mit Zustimmung des Inhabers“ geben muss; Art 14 Abs 2 der RL betrifft die fiktive Lizenzgebühr (Lizenzanalogie) und anerkennt somit die Lizenzierungsmöglichkeit.

⁸ Vgl ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 3; abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/II/I_00375/fname_722341.pdf (abgerufen am 24.4.2019).

⁹ ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 5.

¹⁰ Vgl Art 1 Abs 1 lit i TechnologietransferVO (EU) 316/2014.

¹¹ *Desaunettes/Hilty/Knaak/Kur*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung v 17. 4. 2018, 3f abrufbar unter https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/Stellungnahme_zum_Referentenentwurf_eines_Gesetzes_zur_Umsetzung_der_Richtlinie_EU_2016_943.pdf (abgerufen am 24.4.2019).

¹² Vgl *Dürager*, Sind Daten ein schutzfähiges Gut? ÖBI 2018, 260 (265).

¹³ Vgl mwN *Sonnberger*, Die Geschäftsgeheimnis-RL (EU) 2016/943 vor ihrer Umsetzung in Österreich – eine Bestandsaufnahme zu wichtigen Eckpunkten, wbl 2018, 61 (66), wonach eine Information selbst dann (noch) als geheim gelte, wenn sie anderen Personen als den Fachkreisen bekannt ist – das ist mE aber ein eher unrealistisches Szenario.

¹⁴ Vgl *Redeker/Pres/Gittinger*, Einheitlicher Geheimnisschutz in Europa (Teil 1), WRP 2015, 681 (683) mit Hinweis auf die bisherige Rsp des BGH.

¹⁵ ErwGr 14 GeschäftsgeheimnisRL sowie ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 3.

Erwerb oder ihre unbefugte Nutzung oder Offenlegung die Interessen der Person, die rechtmäßig die Kontrolle über sie ausübt, aller Voraussicht nach dadurch schädigt, dass das wissenschaftliche oder technische Potenzial, die geschäftlichen oder finanziellen Interessen, die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit dieser Person untergraben werden.“ Das trifft auch auf Informationen zu, die „bloß“ geeignet sind, einen Schaden zu verursachen. Auch das Schutzkonzept spricht für diese Auslegung, geht es im Kern doch nicht um den Schutz der Information selbst, sondern um den Schutz der Vertraulichkeit und die Schaffung eines geschützten Bereichs.

c. Informationen über illegale Tätigkeiten

Da man dem Gesetzgeber nicht unterstellen kann, dass er auch das Interesse an der vertraulichen Behandlung von Informationen über illegale Tätigkeiten (zB kartellrechtswidrige Preisabsprachen) schützen will, sind derartige Informationen mE nicht vom Schutz umfasst. Entsprechend der bisherigen Rsp des OGH¹⁶ stellt auch ErwGr 14 auf ein legitimes Interesse an der Geheimhaltung ab. Die explizite Freistellung von Whistleblowing spricht nicht gegen diese Auslegung, zumal diese Ausnahme einerseits der Klarstellung dient und andererseits in mehrerer Hinsicht breiter angelegt ist.

d. Ideeller Wert

Ein bloß ideeller Wert reicht nicht; erfasst sind nur geschäftsrelevante Informationen an denen unmittelbar oder mittelbar ein kommerzielles Interesse besteht.

6. Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen

Die umfassende Behandlung dieses – im Vergleich zur bisherigen Rechtslage neuen – Kriteriums muss einem separaten Beitrag vorbehalten bleiben. Hier nur ein paar Anmerkungen zu den **Umständen** und zur **Angemessenheit**:

Auch wenn die Auslegungshoheit letztendlich beim EuGH liegt, soll den Gerichten offensichtlich ein recht großer Beurteilungsspielraum zukommen – so werden weder die Umstände, noch die Angemessenheitskriterien näher geregelt. Die Auslegung muss sich mE am **Zweck der Bestimmung** orientieren. Somit ist die **Angemessenheit** wohl am ehesten im Hinblick auf die **Funktionen der Schutzmaßnahmen** zu prüfen. Es geht nicht darum, einen lückenlosen Schutz zu schaffen, zumal der rechtliche Schutz ja gerade dann helfen soll, wenn andere Schutzmaßnahmen versagt haben.¹⁷ Vielmehr erwartet

¹⁶ OGH RIS-Justiz RS0079583 T8.

¹⁷ Vgl diesbezüglich auch die Anmerkungen in den ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 3 zur E OGH 25.10.2016, 4 Ob 165/16t, *Ticketsysteme*, ÖBl 2017/37 (*Tonninger*).

der Gesetzgeber, dass sich Inhaber um für sie wertvolle Informationen kümmern (Anreizfunktion);¹⁸ ferner soll für Arbeitnehmer und Geschäftspartner ersichtlich sein, wenn sie es mit heiklen Informationen zu tun haben, damit sie sich entsprechend verhalten können (Warnfunktion)¹⁹; im Kern geht es mE also insb darum, Geschäftsgeheimnisse von sonstigen Informationen abzugrenzen²⁰ und sie unterscheidbar zu machen (Abgrenzungs- oder Publizitätsfunktion).

Und auf welche **Umstände** ist bei all dem abzustellen? Letztendlich wohl auf alle Umstände des konkreten Einzelfalls, wie etwa die Parteien und deren (gemeinsame) Vorgeschichte, die Umstände der Informationserlangung, Branchenusanen, die Art der Information und deren bestimmungsgemäßer Gebrauch²¹ etc. Die ErläutRV erwähnen diesbezüglich die Möglichkeiten und Ressourcen des jeweiligen Inhabers.²² Demnach können an KMUs beispielsweise geringere Anforderungen gestellt werden als an Weltkonzerne. Allenfalls wird auch auf die Bedeutung der Information abzustellen sein, wobei die Schutzmaßnahmen im Hinblick auf den hier unterstellten Zweck der Bestimmung wohl umso stärker sein müssten, je geringer die Bedeutung der Informationen ist (es wäre kaum einzusehen, dass besonders wichtige und als vertraulich bzw heikel erkennbare Informationen leichter mangels ausreichender Schutzmaßnahmen aus dem Schutzbereich fallen als unwesentliche und nicht ohne weiteres als vertraulich erkennbare Informationen).

D. Abgrenzung zum Erfahrungswissen von Arbeitnehmern

Gem ErwGr 14 GeschäftsgeheimnisRL sind von der Definition des Geschäftsgeheimnisses „jedenfalls (...) *allgemeine Erfahrungen, Wissen, Fähigkeiten und Qualifikationen ausgenommen, die Beschäftigte im Zuge der Ausübung ihrer üblichen Tätigkeiten erwerben.*“ Diese

¹⁸ Das kommt auch in ErwGr 23 zum Ausdruck: „*Im Interesse der Rechtssicherheit und angesichts der Tatsache, dass von rechtmäßigen Inhabern von Geschäftsgeheimnissen erwartet wird, dass sie in Bezug auf die Wahrung der Vertraulichkeit ihrer wertvollen Geschäftsgeheimnisse und auf die Überwachung von deren Nutzung eine Sorgfaltspflicht wahrnehmen (...)*“.

¹⁹ Ähnlich *McGuire*, Der Schutz von Know-how im System des Immaterialgüterrechts, GRUR 2016, 1000 (1006); das kam mE auch in der bisherigen Rsp zum Ausdruck, wenn ein erkennbares Geheimhaltungsinteresse gefordert wurde – vgl etwa OGH RIS-Justiz RS0040493 oder RS0060498.

²⁰ Vgl auch *Kalbfus*, Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRUR-PRax 2017, 391 (391).

²¹ Letztendlich sollten keine Schutzmaßnahmen gefordert werden, die den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Informationen zu sehr einschränken – das würde der Intention der Innovationsförderung zuwiderlaufen.

²² ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 3.

Klarstellung wurde identisch in die ErläutRV²³ übernommen. Dementsprechend bestimmt Art 1 Abs 3 GeschäftsgeheimnisRL, dass keine Bestimmung der RL so ausgelegt werden darf, „*dass sie eine Grundlage dafür bietet, die Mobilität der Arbeitnehmer zu beschränken.*“ Was die Ausübung dieser Mobilität anbelangt, biete die RL insb keinerlei Grund für „*die Beschränkung der Nutzung von Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben haben.*“

Auch wenn die Unterscheidung zwischen Geschäftsgeheimnissen einerseits und „Erfahrungen und Fähigkeiten“ andererseits keinen Eingang in das UWG gefunden hat, ist somit klar, dass die Gerichte geschützte Geschäftsgeheimnisse eines Unternehmens **vom Erfahrungswissen der Mitarbeiter abgrenzen** müssen.²⁴ Das hat der OGH freilich schon bisher getan, wenn er festhält, dass eine Geheimhaltungsvereinbarung über **echte Geschäftsgeheimnisse** keine Konkurrenzklausele iSd § 36 AngG sei und nicht deren insb zeitlichen Beschränkungen unterliege.²⁵

„DIE GESCHÄFTSGEHEIMNISRL
UND DAS UWG REGELN NICHT
DIE ZUORDNUNG VON
GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN
ZU BESTIMMTEN PERSONEN,
SONDERN SETZEN DIESE
VORAU.“

Aber worauf kommt es bei der Abgrenzung an?

- Kein Kriterium kann mE (trotz der mitunter in diese Richtung deutenden bisherigen Rsp²⁶) sein, ob sich der Arbeitnehmer eine bestimmte Information gemerkt oder festgehalten (abgeschrieben, kopiert etc) hat. Verwertet ein Mitarbeiter unrechtmäßig die geheime Coca-Cola Formel, so kann es keinen Unterschied

²³ ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 3.

²⁴ Siehe auch *Hofmarcher/Kühteubl*, Geschäftsgeheimnisse: Unternehmen müssen handeln, Der Standard 2017/10/09.

²⁵ OGH RIS-Justiz RS0044166; mit ausführlicher Auseinandersetzung zur deutschen und österreichischen Rsp und Literatur OGH 8 Ob A225/95.

²⁶ So heißt es etwa in der E OGH 27.7.2017, 4 Ob 78/17z, *Geheimhaltungsverpflichtung*, ÖBl 2018/8 (*Bammer*): „*Es geht nicht ‚nur‘ um die bloße Verwertung von eigenen Kenntnissen oder Erinnerungen des Beklagten über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, sondern um die Mitnahme von Unterlagen über Geheimnisse und deren nunmehrige Nutzbarmachung für Dritte.*“



machen, ob er sich diese aufgeschrieben oder „nur“ gemerkt hat. Das Merken macht die Coca-Cola Formel nicht zum frei verwertbaren Erfahrungswissen. Auch die Definition des Geschäftsgeheimnisses (die die Schutzvoraussetzungen festlegt) stellt nicht darauf ab, ob ein Dritter die Information im Gedächtnis behalten kann oder ob dies – etwa aufgrund der Datenmenge oder Komplexität – nicht möglich ist. Der Verbotstatbestand (§ 26c UWG) stellt auf den unrechtmäßigen Zugang bzw die unrechtmäßige Verwertung oder Offenlegung ab – auf eine Verschriftlichung, ein Kopieren oder ein sonstiges Festhalten kommt es auch dort nicht an.

- Ebenso wenig kann es ein Abgrenzungskriterium sein, ob dem Arbeitnehmer die Information anvertraut wurde oder ob er sie selbst im Rahmen seiner dienstlichen Pflichten geschaffen hat, zumal (Artificial Intelligence ausgeklammert) Know-how in aller Regel von Mitarbeitern geschaffen wird.
- Vielmehr sollte sich die Unterscheidung mE primär danach richten, ob der Arbeitnehmer die fraglichen Informationen **allgemein bei jedem vergleichbaren Arbeitgeber erworben hätte** (allgemeines Branchen- und Erfahrungswissen) oder ob es sich um Spezialwissen handelt, das das Unternehmen bzw Geschäft des konkreten Arbeitgebers betrifft. Zudem ist unter „Erfahrungen und Fähigkeiten“ mE etwas Anderes zu verstehen, als die bloße Kenntnis bestimmter Tatsachen oder Umstände (wie zB die Kenntnis von Einkaufskonditionen).

Zu berücksichtigen wird allenfalls auch sein, ob ein Verbot der Nutzung der Informationen gleichsam zu einem **Tätigkeitsverbot** führen würde. Ein solches ist nur in den Grenzen des § 36 AngG zulässig. Dass ein Arbeitnehmer für einen neuen Arbeitgeber bestimmte Kunden nicht betreuen oder an bestimmten Projekten nicht teilnehmen darf (weil er geschütztes Wissen mitbringt, das er im Rahmen dieser Tätigkeit nicht ausblenden kann) bewirkt mE aber noch keine ungebührliche Einschränkung, die nur in den Grenzen des § 36 AngG zulässig wäre. Würde man dies anders sehen, so wäre der Geschäfts-

geheimnisschutz zahnlos, zumal das Verbot der Verwertung bestimmter Informationen immer zu einer Einschränkung führt.

II. Inhaber

Inhaber ist gem § 26b Abs 2 UWG **jede (nicht jene!) natürliche oder juristische Person**, welche die **rechtmäßige Verfügungsgewalt** über ein Geschäftsgeheimnis besitzt.

„DER BEGRIFF ‚INHABER‘
ISD GESCHÄFTSGEHEIMNISRL
BESCHREIBT LEDIGLICH JENE
PERSONEN, DIE SICH GEGEN
EINGRIFFE IN DIE EIGENE
GESCHÄFTLICHE SPHÄRE
WEHREN KÖNNEN, WEIL SIE
DAS GESCHÄFTSGEHEIMNIS
RECHTMÄßIG INNEHAßEN.“

Verfügungsgewalt bezeichnet idR eine faktische Zugriffsmöglichkeit – also ein faktisches Können. Rechtmäßigkeit bezieht sich demgegenüber auf das rechtliche Dürfen. Es macht mE durchaus Sinn, jene Personen als aktivlegitimierte Inhaber anzusehen, die über die Information faktisch verfügen können und dies rechtlich auch dürfen (vergleichbar dem rechtmäßigen Besitzer), zumal es nicht primär um den Schutz der Information, sondern um den Schutz der Vertraulichkeit geht. Ob die Bestimmung so zu verstehen ist, bleibt aber offen.

A. Verfügungsgewalt vs Kontrolle

Erschwert wird die Auslegung zunächst dadurch, dass der Begriff „Verfügungsgewalt“ im österreichischen Recht zwar mitunter verwendet, soweit ersichtlich aber nicht definiert wird. Hinzu kommt, dass die RL auf die „rechtmäßige Kontrolle“ („lawfully controlling“) abstellt. Unter Kontrolle wird eine Information dann sein, wenn darüber faktisch bzw rechtlich verfügt werden kann (zB weil ein Anspruch auf Herausgabe/Auskunft besteht). Dieses Verständnis wird dadurch gestützt, dass die ErläutRV auch

„INHABER KÖNNEN DEMNACH
MEHRERE PERSONEN UND
INSB AUCH LIZENZNEHMER SEIN.“

iZm § 26g Abs 5 UWG von Verfügungsgewalt sprechen und – was die Möglichkeit der Beseitigung betrifft – auf § 15 UWG verweisen.²⁷ Dort wird die Wendung „soweit ihm die Verfügung hierüber zusteht“ weit ausgelegt, und der Beseitigungsanspruch auch dann bejaht, wenn der Verpflichtete einen vertraglichen oder gesetzlichen Rückgabeanspruch hat und eine Rückgabe tatsächlich möglich ist.²⁸

B. Reicht auch eine beschränkte rechtmäßige Verfügungsgewalt (zB eines Lizenznehmers)?

Fraglich ist auch, wie weit die Verfügungsgewalt reichen muss, um eine Person als aktivlegitimierte Inhaber zu qualifizieren – so haben im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse etwa auch Lizenznehmer, Arbeitnehmer oder Forschungspartner rechtmäßig Verfügungsgewalt bzw Kontrolle. Um in der Terminologie des ABGB zu sprechen: Sie sind „Besitzer“ mit beschränktem Nutzungsrecht, aber keine Eigentümer.

Anders als der österreichische Gesetzgeber hatte der deutsche Gesetzgeber erwogen, den Inhaberbegriff einzuschränken und den Inhaber als jene Person zu definieren, die das Geschäftsgeheimnis „rechtmäßig erlangt hat und das Geschäftsgeheimnis nutzen und offenlegen darf“. Das Max-Planck-Institut hat diese Einschränkung im Vergleich zur GeschäftsgeheimnisRL kritisiert, weil sie zB einen Lizenznehmer ausschließen könnte.²⁹ Im nunmehr in Kraft getretenen GeschGehG³⁰ wird der Inhaber daher definiert als „jede natürliche oder juristische Person, die die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis hat.“

Aber welches Konzept verfolgt die Geschäftsgeheimnis-RL? Gemäß Definition können durchaus **mehrere Personen Inhaber** sein („jede“ nicht „jene“ Person); dies ist konsequent, zumal ausweislich der ErwGr auch keine Exklusivrechte geschaffen werden sollen. Um wieder in der Terminologie des ABGB zu sprechen: Was die Aktivlegitimation betrifft, scheint es eher um (rechtmäßigen) „Besitz“ als um „Eigentum“ zu gehen. Dafür spricht auch die englische Sprachfassung der RL: Dort ist nicht etwa vom „owner“, sondern „bloß“ vom „**trade secret holder**“ die Rede. Aktivlegitimiert ist demnach jeder „holder“.

Dass jemand Inhaber bzw „Besitzer“ iSd der GeschäftsgeheimnisRL ist, bedeutet zudem nicht, dass er keine Geschäftsgeheimnisverletzung begehen kann.³¹ Das Konzept des Inhabers bezweckt keine – und schon gar keine

²⁷ ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 3 und 7.

²⁸ Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek, UWG² § 15 Rz 76 mwN.

²⁹ Desaunettes/Hilty/Knaak/Kur (FN 11) 6.

³⁰ Deutsches Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen v. 18.4.2019, BGBl I S466.

³¹ Vgl auch Desaunettes/Hilty/Knaak/Kur (FN 11) 6.

ausschließliche – Zuordnung. Vielmehr bezeichnet Inhaber **jene Personen, die sich gegen ein Handlungsunrecht zur Wehr setzen und ihren „geschützten Bereich“ verteidigen dürfen**, weil sie über die Information rechtmäßig verfügen.³² Das trifft mE auch auf einen Lizenznehmer zu. Entgegen den Ausführungen in den ErläutRV, wären Lizenznehmer und sonstige Personen, die rechtmäßig über die Information verfügen, nach diesem Verständnis daher nicht nur aktivlegitimiert, wenn ihnen „ein ausschließliches Gebrauchsrecht mit Wirkung gegen Dritte übertragen“ wurde.³³ Ungeachtet dessen wird im Fall eines „abgeleiteten Rechts“ (etwa eines Lizenznehmers) die Klagsbefugnis vertraglich zu regeln sein, weil der Lizenzgeber den Umfang der erlaubten Nutzung bestimmt und das Geschäftsgeheimnis regelmäßig auch bei der gerichtlichen Durchsetzung benutzt/offengelegt – und mitunter auch gefährdet – wird; der Lizenznehmer müsste dann eine Möglichkeit suchen, den Eingriff in seine Sphäre zu verfolgen, ohne das für ihn nur beschränkt verfügbare Geschäftsgeheimnis zu benutzen.

C. Keine Zuordnung durch das Gesetz

Die Zuordnung zu einer Person iS einer rechtmäßigen Verfügungsgewalt bzw Kontrolle wird vom Gesetz nicht geregelt, sondern vorausgesetzt.³⁴

Was die Entdeckung oder Schöpfung von Informationen durch Arbeitnehmer anbelangt wird man mE auch ohne entsprechende Bestimmung im Arbeitsvertrag von einer rechtmäßigen Kontrolle des Arbeitgebers ausgehen können. Einerseits würde man die Verträge wohl ohnehin (ergänzend) dahingehend auslegen und andererseits hat der Arbeitgeber über seine Arbeitnehmer selbst dann „Kontrolle“ (iS eines Auskunftsanspruchs), wenn der Arbeitnehmer noch keine Meldung erstattet hat. Ein Melde- und Aufgriffssystem wie etwa im Diensterfindungsrecht wäre angesichts des breiten Schutzkonzepts auch nicht praktikabel.

D. Einschränkung auf Unternehmer und unternehmensbezogene Informationen?

Weder aus der GeschäftsgeheimnisRL noch aus der Umsetzung ergibt sich zunächst eine Einschränkung des Schutzes auf unternehmensbezogene Informationen – verlangt wird lediglich ein kommerzieller Wert der Information. Dass die Bestimmungen im UWG zu finden sind, ist eher der Historie geschuldet – auf ein Wettbewerbsverhältnis oder eine Auswirkung auf den Wettbewerb kommt es genauso wenig an wie auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr.

Der OGH hat Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bisher auf unternehmens- bzw betriebsbezogene Tatsachen reduziert.³⁵ Zur GeschäftsgeheimnisRL wird vertreten, dass sich dies idR schon aus der Natur der Sache ergeben wird.³⁶ Schon der klare Wortlaut „Geschäftsgeheimnisse“ (vgl engl „trade secret“) und erst recht der Telos der Regelungen der RL würden deutlich machen, dass es sich bei den geschützten Informationen um solche mit Unternehmensbezug handeln müsse.³⁷ Demnach sollen politische Vorgänge, geheime Informationen staatlicher Einrichtungen und rein persönliche Geheimnisse nicht erfasst sein.³⁸ Dem ist mE zu folgen, zumal nicht unternehmensbezogene private Informationen ohnehin anderweitig geschützt sind (Privatsphäre, Datenschutz etc). Kommerzialiserte bzw kommerzialisierbare „private“ Informationen können uU aber unter den Geschäftsgeheimnisschutz fallen, sofern sie iwS zum „Geschäft“ (etwa einer bekannten Persönlichkeit) gehören. Ferner kommt es auch auf den Blickwinkel an – was für den einen eine private Information ist, kann für den anderen (etwa einen Journalisten oder ein Medienunternehmen) durchaus eine geschäftliche Information sein.

So wie sich die Frage nach dem notwendigen „Geschäftsbezug“ iZm den vom Schutz erfassten Informationen stellt, stellt sich in weiterer Folge auch die Frage, ob nur jene Personen Inhaber sind, die die Information „im Rahmen ihres Geschäftes“ erworben haben und nutzen. Das ist – wenn man den Schutzbereich wie hier vertreten auf geschäftsbezogene Informationen beschränkt – mE zu bejahen. Andernfalls wäre auch jeder Arbeitnehmer, der im Rahmen seiner Tätigkeit rechtmäßige Verfügungsgewalt/Kontrolle hat Inhaber.

³⁵ Vgl OGH RIS-Justiz RS0079583 (T7): „Die in Frage kommenden Tatsachen und Vorgänge müssen in einer Beziehung zum Betrieb stehen, sie können auch Bedeutung für seine Wettbewerbsfähigkeit haben.“

³⁶ Vgl Sonnberger, wbl 2018, 61 (67) mwN.

³⁷ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683); ähnlich Alexander, Gegensatzand, Inhalt und Umfang des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nach der Richtlinie (EU) 2016/943, WRP 2017, 1034 (1038).

³⁸ Alexander, WRP 2017, 1034 (1038).

³² Vgl auch Desaunettes/Hilty/Knaak/Kur (FN 11) 6.

³³ ErläutRV 375 BlgNR 26. GP 5.

³⁴ Vgl auch Vgl Klein/Wegener, Wem gehören Geschäftsgeheimnisse? GRUR-Prax 2017, 394 (395).

