

notwendig sein – sobald und solange die Schutzvoraussetzungen gem § 26b Abs 1 UWG vorliegen, kann sich der Inhaber auf den Schutz vor rechtswidrigem Erwerb, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung berufen; theoretisch ist die Schutzdauer daher unbegrenzt.³²⁹ Auch eine temporäre oder fallweise Versagung des Schutzes ist denkbar, wenn in einem gewissen Zeitraum bzw in einem bestimmten Fall keine (ausreichenden) Schutzmaßnahmen ergriffen wurden. Auch in diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass es nicht primär um die Informationen, sondern um den Schutz der Vertraulichkeit geht.

- 2.59 Verjährung:** Ansprüche aufgrund von Verletzungen verjähren gem § 26e Abs 4 UWG in drei Jahren ab Kenntnis der Gesetzesverletzung und der Person des Rechtsverletzers, längstens aber nach sechs Jahren. Dazu im Detail unten Rz 2.182f.

D. Geschützter Personenkreis (Inhaber)

- 2.60 Aus den ErläutRV zu § 26b Abs 2:**

Damit wird die Definition des „Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses“ von der Richtlinie (EU) 2016/943 übernommen. Es kommt auf die Verfügungsgewalt (engl. „controlling“) an. Diese kann etwa in Lizenzverträgen näher geregelt werden und dem Lizenznehmer ausdrücklich übertragen werden.

- 2.61 Allgemeines:** Inhaber ist gem § 26b Abs 2 UWG **jede (nicht jene!)** natürliche oder juristische Person, welche die **rechtmäßige Verfügungsgewalt** (laut RL: Kontrolle) über ein Geschäftsgeheimnis besitzt. Gem § 26e Abs 1 UWG sind Inhaber aktiv legitimiert.
- 2.62 Keine Zuordnung durch das Gesetz:** Das Gesetz bestimmt aber nicht, wem die rechtmäßige Verfügungsgewalt über ein Geschäftsgeheimnis zusteht und bei wem der Schutz entsteht. Die Zuordnung wird also nicht geregelt, sondern **vielmehr vorausgesetzt**.³³⁰ Insb im Verhältnis Arbeitgeber/Arbeitnehmer sowie im Rahmen von Kooperationen (etwa Joint Ventures) kann sich die Frage nach der Zuordnung neu entstehender oder eingebrochener Informationen stellen.³³¹
- 2.63 Regelung der Aktivlegitimation:** Tatsächlich bezweckt das Konzept des Inhabers mE keine – und schon gar keine ausschließliche – Zuordnung. Vielmehr bezeichnet der Begriff „Inhaber“ jene Personen, die sich gegen ein Handlungsunrecht zur Wehr setzen und ihren „geschützten Bereich“ verteidigen dürfen, weil sie über die **Information rechtmäßig verfügen**.³³² Damit wird der vom Gesetz geschützte und aktiv legitimierte Personenkreis abgesteckt. Ausschlaggebend scheint – um in der vertrauten Terminologie des ABGB zu sprechen – in diesem Zusammenhang eher, wer (rechtmäßiger) „**Besitzer**“

329 Auch diesbezüglich darf nicht übersehen werden, dass es letztendlich nicht um den Schutz der Information selbst, sondern um die unrechtmäßige Kenntnisserlangung bzw Verwertung geht.

330 Vgl Klein/Wegener, GRUR-Prax 2017, 394 (395).

331 Vgl Klein/Wegener, GRUR-Prax 2017, 394 (394).

332 Vgl auch die Stellungnahme MPI, Rz 13; aA McGuire, WRP 2019, 679 (683), die in diesem Zusammenhang allerdings eher mit rechtspolitischen Wünschen argumentiert (unattraktiv, Gefahr des Kontrollverlusts etc).

und nicht wer „Eigentümer“ oder originär Berechtigter ist. Dafür spricht auch die englische Sprachfassung der RL: Dort ist nicht etwa vom „owner“, sondern „bloß“ vom „**trade secret holder**“ die Rede. Aktiv legitimiert ist demnach jeder „holder“. Es verwundert somit auch nicht, dass nach der Definition durchaus **mehrere Personen Inhaber** sein können („jede“ nicht „jene“ Person).

Dieses Konzept ist konsequent, weil die RL keine Exklusivrechte schafft, die einer Person zugeordnet werden müssten.³³³ Vielmehr geht es um den **Schutz der Vertraulichkeit**, der all jenen Personen zukommen soll, die die Information rechtmäßig innehaben. Daraus ergibt sich ein indirekter Schutz vermögenswerter Informationen. Ungeachtet dessen sind jene, die ihr Recht von einem anderen ableiten (etwa Lizenznehmer) nicht automatisch aktiv legitimiert – s. dazu unten Rz 2.73 ff.

1. Verfügungsgewalt bzw Kontrolle

Zugriffsmöglichkeit: Der Begriff „Verfügungsgewalt“ wird im österr Recht zwar mitunter verwendet, soweit ersichtlich aber nicht definiert. Hinzu kommt, dass die RL nicht auf die Verfügungsgewalt, sondern eigentlich 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). Es ist davon auszugehen, dass Kontrolle (Verfügungsmacht) somit zunächst bloß die **tatsächliche Zugriffsmöglichkeit** meint.³³⁴

Dieses Verständnis wird dadurch gestützt, dass die ErläutRV auch iZm § 26g Abs 5 UWG von Verfügungsgewalt sprechen und – was die Möglichkeit der Beseitigung betrifft – auf § 15 UWG verweisen. In § 15 UWG 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.³³⁵

2. Rechtmäßigkeit

Rechtliches Dürfen: Ferner ist zu fragen, ob die Zugriffsmöglichkeit rechtmäßig besteht und genutzt werden darf.³³⁶ Es geht also nicht nur um das Können, sondern auch um das Dürfen. Die Rechtmäßigkeit ergibt sich mE aus einem **rechtmäßigen Erwerb**, sei es aufgrund eines Vertrags, aufgrund unabhängiger Entdeckung/Schöpfung, Reverse Engineering oder einer anderen der in § 26d UWG angesprochenen Erwerbsarten.³³⁷

Auch vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass gleichzeitig mehrere Personen rechtmäßige Verfügungsgewalt über ein und dieselbe Information haben können.³³⁸

333 Vgl auch die Stellungnahme MPI, Rz 13.

334 Vgl Klein/Wegener, GRUR-Prax 2017, 394 (395) mwN.

335 Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek, UWG² § 15 UWG Rz 76 (Stand 1. 12. 2016, rdb.at) mwN.

336 Vgl etwa die Erwägungen des OGH zum redlichen und unredlichen Besitz in Punkt 6.1 seiner E zu OGH 4 Ob 78/17z, *Geheimhaltungsverpflichtung*, ecolex 2017, 1091 (Hofmarcher).

337 Vgl auch Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁷ Vor §§ 17–19 Rz 18, der meint dass die rechtmäßige Kontrolle jenem zusteht, der das Geschäftsgeheimnis selbst geschaffen hat oder von einem Dritten rechtmäßig erworben hat.

338 Vgl auch Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁷ Vor §§ 17–19 Rz 22.

Dass jemand Inhaber bzw. „Besitzer“ iSD RL ist, bedeutet andererseits aber nicht zwangsläufig, dass er keine Geschäftsgeheimnisverletzung begehen kann (weil es eben nicht um ausschließliche Zuordnung geht).³³⁹

Die **Rechtmäßigkeit** kann sich also aus einem **originären oder derivativen Erwerb** der Information ergeben. Sind mehrere natürliche oder juristische Personen an der Schaffung einer Information beteiligt, sollte die Zuordnung/Berechtigung vertraglich geregelt werden.

3. Umfang der rechtmäßigen Verfügungsgewalt (Aktivlegitimation bei abgeleiteten Rechten)

2.66 Beschränkte und unbeschränkte Verfügungsgewalt: 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. So sind bspw Lizenznehmer idR nicht berechtigt, mit dem Geschäftsgeheimnis nach Belieben zu verfahren und es etwa offenzulegen.

Der Referentenentwurf³⁴⁰ für das dGeschGehG hatte vorgesehen, den Inhaberbegriff einzuschränken und den Inhaber als jene Person zu definieren, die das Geschäftsgeheimnis „rechtmäßig erlangt hat und das Geschäftsgeheimnis nutzen und offenlegen darf“.³⁴¹ Das Max-Planck-Institut und die GRUR hatten diese Einschränkung im Vergleich zur RL kritisiert, weil sie zB einen Lizenznehmer ausschließen könnte und dies von der RL nicht intendiert sei.³⁴² Im dGeschGehG wurde sodann die *Definition* laut RL vorgesehen. In der Begründung³⁴³ zum dGeschGehG heißt es zu dieser Bestimmung: „*Inhaber ist jede natürliche oder juristische Person, die die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis besitzt. Hierunter können auch Lizenzinhaber fallen.*“³⁴⁴

2.67 Aktivlegitimation bei abgeleitetem Recht: Wie bereits angemerkt, bezeichnet Inhaber nach dem Konzept der RL jene Personen, die sich gegen ein Handlungsunrecht zur Wehr setzen und ihren „geschützten Bereich“ verteidigen dürfen, weil sie über die Information rechtmäßig verfügen.³⁴⁵ Das trifft mE auch auf einen Lizenznehmer zu.³⁴⁶ Entgegen den Ausführungen in den ErläutRV wären Lizenznehmer und sonstige Personen, die recht-

339 Vgl auch die Stellungnahme MPI, Rz 13.

340 RefE dGeschGehG, https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_GeschGehG.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (abgerufen am 10. 10. 2019).

341 RefE dGeschGehG, Seite 22.

342 Vgl die Stellungnahme MPI, Rz 13; Stellungnahme GRUR, Seite 4.

343 RegE dGeschGehG, https://www.bmjjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_GeschGehG.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (abgerufen am 10. 10. 2019).

344 RegE dGeschGehG, Seite 23.

345 Vgl auch die Stellungnahme MPI, Rz 13; aA McGuire, WRP 2019, 679 (683), die in diesem Zusammenhang allerdings eher mit rechtspolitischen Wünschen argumentiert (unattraktiv, Gefahr des Kontrollverlusts etc).

346 Auch im RegE dGeschGehG heißt es auf Seite 23 zu § 2 Nr 2: „*Inhaber ist jede natürliche oder juristische Person, die die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis besitzt. Hierunter können auch Lizenzinhaber fallen.*“

mäßig über die Information verfügen, nach diesem Verständnis daher nicht nur aktiv- legitimiert, wenn ihnen „*ein ausschließliches Gebrauchsrecht mit Wirkung gegen Dritte übertragen*“ wurde.³⁴⁷ 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 also ggf eine Möglichkeit suchen, den Eingriff in seine Sphäre zu verfolgen, ohne das für ihn nur beschränkt verfügbare Geschäftsgeheimnis zu benutzen.

Bei einem abgeleiteten Recht richtet sich die Aktivlegitimation daher nach dem **vereinbarten Umfang des Nutzungsrechts**.

4. Einschränkung auf „Unternehmer“?

Geschäftsbezug: So wie sich die Frage nach dem notwendigen „Geschäftsbezug“ iZm den vom Schutz erfassten Informationen stellt,³⁴⁸ stellt sich in weiterer Folge auch die Frage, ob nur jene Personen aktivlegitimierte Inhaber sind, die die Information „im Rahmen ihres Geschäftes“ erworben haben und benutztten. Das ist – wenn man den Schutzbereich wie hier vertreten auf geschäftliche Informationen beschränkt – mE zu bejahen.³⁴⁹ Andererseits ist mE aber nicht auf eine bestimmte „Qualität“ der Unternehmereigenschaft abzustellen. Diejenigen, die ein kommerzielles Interesse an einer Information haben, weil sie zu ihrem „Geschäft“ gehört, sollen aktivlegitimiert sein.

5. Zuordnung zum Dienstgeber

Allgemeines: Nach dem oben Gesagten ergibt sich die rechtmäßige Verfügungsgewalt aus einem originären oder derivativen rechtmäßigen Erwerb des Geschäftsgeheimnisses. Insb im Verhältnis Dienstgeber/Dienstnehmer stellt sich die Frage, ob das Recht beim Dienstgeber entsteht oder ob es einer Rechteinräumung/Übertragung bedarf.³⁵⁰

Immaterialgüterrechte: Im Bereich der klassischen Immaterialgüterrechte gibt es unterschiedliche Zuordnungsregelungen: **2.70**

- **Erfindungen iSd PatG:** § 6 PatG bestimmt, dass Dienstnehmer auch für die von ihnen während des Bestands des Dienstverhältnisses gemachten Erfindungen den Anspruch auf die Erteilung des Patents haben, wenn nicht durch Vertrag (§ 7 Abs 1 PatG) oder aufgrund des § 7 Abs 2 PatG (öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse) etwas anderes bestimmt ist. Diensterfindungen gehören also nicht automatisch dem Dienstgeber, sondern müssen übertragen werden.

Auf zukünftige Diensterfindungen hat der Dienstgeber Anspruch, wenn eine schriftliche Vereinbarung existiert (etwa im Arbeits- oder Kollektivvertrag) oder wenn es sich

347 ErläutRV, Seite 5, zu § 26 e Abs 1.

348 Siehe oben Rz 2.55.

349 AA aber ohne nähere Begründung offenbar Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁷ Vor §§ 17–19 Rz 18 („*Inhaber muss nicht notwendig ein Unternehmer sein*“), wobei Köhler in Rz 16 selbst davon ausgeht, dass die Information zumindest mittelbar einen Unternehmensbezug aufweisen muss, um geschützt zu sein.

350 Vgl Klein/Wegener, GRUR-Prax 2017, 394 (394).

um ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis handelt. Die Erfindung ist in diesen Fällen vom Dienstnehmer zu melden und der Dienstgeber hat binnen vier Monaten (bzw innerhalb einer allenfalls kürzeren vertraglichen oder kollektivvertraglichen Frist) zu entscheiden, ob er diese aufgreift (§ 12 Abs 1 PatG).

Diensterfindungen sind gem § 7 Abs 3 PatG Erfindungen eines Dienstnehmers, wenn sie ihrem Gegenstande nach in das Arbeitsgebiet des Unternehmens, in dem der Dienstnehmer tätig ist, fällt und wenn (a) entweder die Tätigkeit, die zu der Erfindung geführt hat, zu den dienstlichen Obliegenheiten des Dienstnehmers gehört oder (b) wenn der Dienstnehmer die Anregung zu der Erfindung durch seine Tätigkeit in dem Unternehmen erhalten hat oder (c) das Zustandekommen der Erfindung durch die Benützung der Erfahrungen oder der Hilfsmittel des Unternehmers wesentlich erleichtert worden ist.

Sofern es sich nicht um einen angestellten Erfinder handelt (§ 8 Abs 2 PatG), gebührt dem Dienstnehmer für die Überlassung einer von ihm gemachten Erfindung an den Dienstgeber sowie für die Einräumung eines Benützungsrechts hinsichtlich einer solchen Erfindung eine angemessene besondere Vergütung (die zusätzlich zum Gehalt zu zahlen ist und sich nach dem Wert der Erfindung für das Unternehmen richtet).

- **Gebrauchsmuster:** Gem § 7 Abs 2 GMG gelten die Bestimmungen zu Diensterfindungen nach dem PatG (§§ 6–17 und 19 PatG) sinngemäß.
- **Geschmacksmuster (Designs):** Fällt das Muster eines Arbeitnehmers in das Arbeitsgebiet des Unternehmens, in dem dieser tätig ist, und hat die Tätigkeit, die zu dem Muster geführt hat, zu den dienstlichen Obliegenheiten des Arbeitnehmers gehört oder ist das Muster außerhalb eines Arbeitsverhältnisses im Auftrag geschaffen worden, so steht der Anspruch auf Musterschutz, wenn nichts anderes vereinbart worden ist, dem Arbeitgeber bzw dem Auftraggeber oder seinem Rechtsnachfolger zu (§ 7 Abs 2 MuSchG).
- **Marken:** Das MSchG enthält keine Regelungen, wer Anspruch auf eine Marke hat und auch keine besonderen Zuordnungsbestimmungen. Kreieren Dienstnehmer (etwa in der Marketingabteilung) eine Marke, so handelt es sich um eine „gewöhnliche Arbeitsleistung“, die idR dem Dienstgeber zustehen wird. Allenfalls kann die Arbeitsleistung (Wörter oder bildliche Darstellungen) urheberrechtlich geschützt sein (zum Urheberrecht s sogleich). Die Marke entsteht erst mit Registrierung. Registriert ein Dienstnehmer eine Marke zu Unrecht im eigenen Namen, kann der Dienstgeber die Löschung und, sofern die Voraussetzungen einer „Agentenmarke“ vorliegen, auch die Übertragung begehrn.
- **Software:** Wird ein Computerprogramm von einem Dienstnehmer in Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten geschaffen, so steht dem Dienstgeber hieran gem § 40b UrhG ein unbeschränktes Werknutzungsrecht zu, wenn er mit dem Urheber nichts anderes vereinbart hat. Das „wirtschaftliche Eigentum“ an in Erfüllung dienstlicher Obliegenheiten geschaffenen Computerprogrammen wird also im Rahmen einer Vermutungsregelung dem Dienstgeber zugeordnet.
- **Datenbanken:** Sofern es sich um urheberrechtlich geschützte Datenbankwerke handelt, gelten die Vorschriften für Software entsprechend (§ 40f Abs 3 UrhG). Das Recht an sonstigen geschützten Datenbanken (§ 76c ff UrhG) steht dem Hersteller (derjenige, der die Investitionen für die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung

ihres Inhalts vorgenommen hat) zu – auch das wird in aller Regel der Dienstgeber sein.

- **Urheberrechte an sonstigen Werken:** Gem § 14 Abs 1 UrhG kommen die Verwertungsrechte dem Urheber zu. Abgesehen vom Recht an Software, Datenbanken, gewerbsmäßig hergestellten Filmwerken (§ 38 UrhG) und einigen verwandten Schutzrechten enthält das UrhG keine Zuordnungsvorschriften, sodass die Rechte an Werken iSd UrhG grds beim Dienstnehmer liegen. Ein originärer Erwerb des Dienstgebers scheidet somit aus (kein „work made for hire“).³⁵¹ Allerdings geht der OGH in stRsp auch beim Fehlen einer expliziten (arbeits-)vertraglichen Grundlage von einer schlüssigen Rechteeinräumung aus, wenn das Werk in Erfüllung der dienstvertraglichen Pflicht geschaffen wurde.³⁵² Der Umfang der Rechteeinräumung kann allerdings unklar sein. Wird ein Werk im Auftrag eines anderen geschaffen, so geht der OGH in stRsp davon aus, dass damit jedenfalls schlüssig das Recht eingeräumt wird, das Werk zu dem Zweck zu verwenden, zu dem es in Auftrag gegeben wurde. Ist der Auftrag für den Auftraggeber nur sinnvoll, wenn er allein berechtigt ist, das Arbeitsergebnis zu verwenden, dann schließt der zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zustande gekommene Vertrag die Einräumung eines Werknutzungsrechts mit ein („Zweckübertragungstheorie“).³⁵³
- **Halbleiterschutz:** Ist die Topographie im Rahmen eines Dienstverhältnisses oder sonst im Auftrag eines anderen geschaffen worden, so steht der Anspruch auf Halbleiterschutz, wenn nichts anderes vereinbart wurde, gem § 3 Abs 2 HlSchG dem Dienstgeber oder dem Auftraggeber zu.

Zuordnung von Geschäftsgesheimnissen: Was den Geschäftsgesheimnisschutz betrifft, ist 2.71 zunächst zu beachten, dass es sich nicht um ein klassisches Immaterialgüterrecht handelt; im Kern geht es nicht um den Schutz der Information selbst, sondern um den Schutz der Vertraulichkeit.³⁵⁴ Ungeachtet dessen hat der Gesetzgeber einen schutzrechtsartigen Ansatz gewählt und ua auch den Inhaber definiert.

Schafft ein Dienstnehmer im Rahmen seiner dienstlichen Obliegenheiten neues Wissen, dann verfügt darüber faktisch zunächst der Dienstnehmer. Fraglich könnte daher sein, ob der Dienstgeber entsprechend Kenntnis von diesen Informationen erlangen muss, um (ebenfalls) Verfügungsgewalt zu haben oder ob ihm die Kenntnis seiner Dienstnehmer zugerechnet wird. Aus den allgemeinen arbeitsvertraglichen Regelungen und der **Treuepflicht** wird jedenfalls auch eine **Auskunftspflicht** des Dienstnehmers folgen (soweit es sich um dienstliche Belange handelt). ME hat der Dienstgeber daher über seine Dienstnehmer (jederzeit) Zugriff und damit **Verfügungsgewalt**. Dass es nicht auf die persönliche Kenntnis ankommt, ergibt sich schon daraus, dass auch juristische Personen Inhaber eines Geschäftsgesheimnisses sein können.

Sofern der Erkenntnisgewinn nicht auf rechtswidrigen Handlungen beruht, verfügen der Dienstnehmer und (über diesen) der Dienstgeber auch **rechtmäßig** über die Information.

351 Vgl OGH RIS-Justiz RS0076658.

352 Vgl etwa OGH 4 Ob 248/07k, *Internetportal V*, ecolex 2008/316 (Horak).

353 OGH RIS-Justiz RS0077654.

354 Siehe dazu Rz 1.51.

Ein Melde- und Aufgriffssystem wie im Diensterfindungsrecht wäre angesichts des breiten Schutzkonzepts demgegenüber kaum praktikabel. Schließlich entstehen täglich neue Informationen, die nicht allgemein bekannt bzw ohne weiteres zugänglich sind, die einen Wert haben und geheim gehalten werden – egal ob in der Marketing-, Finance- oder Forschungs- und Entwicklungsabteilung. Die Dienstnehmer können naturgemäß nicht jede solche Information als Geschäftsgeheimnis „melden“.

Kann nun vor diesem Hintergrund auch der **Dienstnehmer als Inhaber** des (von ihm entdeckten) Geschäftsgeheimnisses betrachtet werden? Dagegen sprechen zwei Erwägungen: Zunächst geht es beim Geschäftsgeheimnisschutz traditionell und wohl auch nach der RL um den Schutz unternehmensbezogener Informationen und um die Schaffung eines geschützten Raums für Unternehmen. Ferner entsteht der Schutz erst mit entsprechenden Geheimhaltungsmaßnahmen, die regelmäßig vom Dienstgeber getroffen bzw organisiert werden.³⁵⁵

Letztendlich macht es aber kaum einen Unterschied, ob man auch den Dienstnehmer als Inhaber ansieht. Regelmäßig wird das Verfügungsrecht des Dienstnehmers nämlich durch **arbeitsvertragliche Regelungen** und die **Treuepflicht** dermaßen eingeschränkt sein, dass nur die Verwendung im Rahmen der dienstlichen Obliegenheiten als **rechtmäßige Nutzung** bleibt. Der Dienstnehmer wird das Geheimnis nicht offenlegen, veräußern oder im eigenen Namen durchsetzen dürfen. Ähnlich wie das Recht eines Lizenznehmers oder das Recht eines Auftragsentwicklers ist daher auch das Recht des Dienstnehmers (vertraglich) eingeschränkt. Insofern macht es keinen Unterschied, ob der Dienstnehmer selbst zum Informationsgewinn beigetragen hat oder ob ihm Informationen anvertraut werden – er verfügt jeweils rechtmäßig über die Information, darf sie aber nur vereinbarungsgemäß nutzen.

2.72 Arbeitsvertrag: Ungeachtet der hier vertretenen automatischen Zuordnung von Geschäftsgeheimnissen zum Dienstgeber, sollte diese Zuordnung³⁵⁶ auch im Arbeitsvertrag klargestellt werden.

6. Exkurs: Übertragung, Lizenzierung, Zwangsvollstreckung und Verpfändung

2.73 Mittelbarer Schutz einer vermögenswerten Information: Wie bisher schafft der Geschäftsgeheimnisschutz kein ausschließliches Recht an der Information selbst.³⁵⁷ Erfasst werden im Wesentlichen zwei Arten geheimer und aus kommerzieller Sicht relevanter Informationen: Informationen mit Handelswert und Informationen mit Schadenspotenzial.³⁵⁸ Insb im Hinblick auf erstere stellt sich die Frage der Zuordnung, Verkehrsfähigkeit und Belastbarkeit. Der Geschäftsgeheimnisschutz schafft eine „Durchsetzungsmöglichkeit“, die nicht nur *inter partes*, sondern gegenüber jedermann wirkt. Beim derivativen Erwerb besteht auch gegenüber einem Vormann nicht bloß ein vertraglicher Schutz – der Übertragende verfügt einerseits selbst nicht mehr über die rechtmäßige Verfügungs-

355 Vgl auch Wunner, WRP 2019, 710 (716) mwN.

356 Zum selben Ergebnis gelangt auch Wunner in WRP 2019, 710 (716) mwN.

357 Siehe insb Rz 1.51.

358 Ob die RL auch zweitere erfasst und schützt ist umstritten – vgl dazu ua Rz 1.10.

gewalt und ist daher nicht mehr geschützt bzw aktiv legitimiert und andererseits würde eine weitere Nutzung gegen § 26c Abs 2 Z 2 UWG verstößen. Der Schutz der Information ergibt sich also mittelbar durch den **gegen jedermann wirkenden Schutz der Vertraulichkeit.**³⁵⁹

Übertragbarkeit und Lizenzierbarkeit: Nach hM waren Geschäftsgeheimnisse schon 2.74 nach der alten Rechtslage übertragbar und lizenzierbar.³⁶⁰ Das ergibt sich zwar auch nach der neuen Rechtslage nach wie vor nicht explizit, aber doch **implizit aus dem Gesetz.**³⁶¹ So ist etwa in Art 4 Abs 2 GeschäftsgeheimnisRL vom Erwerb ohne Zustimmung die Rede; das UWG spricht in § 26d Abs 1 einen Erwerb mit Zustimmung an. Ferner regeln Art 14 Abs 2 GeschäftsgeheimnisRL bzw § 26e Abs 2 UWG die Möglichkeit der Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie³⁶² und Art 13 Abs 3 der RL bestimmt iZm Ausgleichszahlungen gem § 26e Abs 3 UWG, dass diese „*nicht die Höhe der Lizenzgebühren übersteigen*“ darf, „*die zu zahlen gewesen wären, wenn die betreffende Person um die Genehmigung ersucht hätte, das in Frage stehende Geschäftsgeheimnis für den Zeitraum zu nutzen, für den die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses hätte untersagt werden können.*“ Ferner wird in den ErläutRV darauf hingewiesen, dass die Verfügungsgewalt in Lizenzverträgen näher geregelt werden könne. Konkret heißt es: „*Es kommt auf die Verfügungsgewalt (engl. „controlling“) an. Diese kann etwa in Lizenzverträgen näher geregelt werden und dem Lizenznehmer ausdrücklich übertragen werden.*“³⁶³ Und weiter: „*Aktiv legitimiert ist somit der in § 26b Abs. 2 definierte Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses, also auch der Lizenznehmer, wenn ihm im Lizenzvertrag ein ausschließliches Gebrauchsrecht mit Wirkung gegen Dritte übertragen worden ist.*“ Die ErläutRV betonen außerdem, dass das Interesse am Geschäftsgeheimnis durch das Recht auf Eigentum grundrechtlich geschützt sei.³⁶⁴

Kaufverträge: Im Fall eines Verkaufs ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Ge- 2.75 schäftsgeheimnis zu übertragen und mitzuteilen; allenfalls ist auch eine entsprechende Dokumentation zu übergeben. Hinzu kommt die (Neben-)Pflicht, den Käufer – soweit erforderlich – mit der Nutzung des Geheimnisses vertraut zu machen und sich selbst künftig der weiteren Nutzung zu enthalten.³⁶⁵ Damit geht die rechtmäßige **Verfügungs-**

359 Hofmarcher, ipCompetence Vol. 21 (2019) 10.

360 Vgl für Österreich schon Honsell in Ruppe, Geheimnisschutz 45 (51) mwN; und zur alten Rechtslage in Deutschland (die im Wesentlichen der österr entsprach) Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁷ Vor §§ 17–19 Rz 3f.

361 So auch Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁷ Vor §§ 17–19 Rz 20: „*Die Richtlinie regelt die Übertragung zwar nicht unmittelbar, setzt ihre Zulässigkeit aber voraus.*“

362 Dazu heißt es in ErwGr 7 GeschäftsgeheimnisRL: „*Darüber hinaus tragen die anwendbaren nationalen Vorschriften zur Schadensersatzberechnung nicht immer dem immateriellen Charakter von Geschäftsgeheimnissen Rechnung, was es schwierig macht, den tatsächlich entgangenen Gewinn oder die unlautere Bereicherung des Rechtsverletzers zu belegen, wenn kein Marktwert für die fraglichen Informationen bestimmt werden kann. Nur wenige Mitgliedstaaten gestatten die Anwendung abstrakter Regeln zur Schadensberechnung auf der Grundlage einer angemessenen Lizenzgebühr, die im Falle einer Lizenzerteilung für die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses zu entrichten gewesen wäre.*“

363 ErläutRV, Seite 3, zu § 26b Abs 1.

364 ErläutRV, Seite 5, zu § 26e Abs 1.

365 Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁷ Vor §§ 17–19 Rz 3.

gewalt auf den Käufer über – jede weitere unautorisierte Nutzung oder Offenlegung durch den Verkäufer greift in das Recht des neuen Inhabers ein (ist also gem § 26c Abs 2 Z 2 UWG rechtswidrig).³⁶⁶ Ob ein erneuter Erwerb durch den Verkäufer rechtskonform ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Bestimmungen (§ 26c Abs 1 und § 26d UWG) sowie nach der vertraglichen Vereinbarung.

2.76 Lizenzverträge: Lizenzverträge können exklusiv (mit dinglicher Wirkung) oder nicht exklusiv ausgestaltet sein.³⁶⁷ Auch zeitlich (befristet oder unbefristet), örtlich (umfasste Territorien) und inhaltlich (erlaubte Handlungen) sind sie frei gestaltbar. Wesentlich ist, dass der Lizenznehmer zur Geheimhaltung und zum umfassenden Schutz des Geschäftsgeheimnisses verpflichtet wird, damit der Schutz nicht verlorengeht. Auch im Fall der Lizenzierung muss dem Lizenznehmer das Geheimnis naturgemäß mitgeteilt werden; allenfalls ist eine entsprechende Dokumentation zu übergeben. Die Befugnisse des Lizenznehmers ergeben sich aus dem Vertrag. Jede Überschreitung der Befugnisse greift in das Recht des Lizenzgebers ein (ist also gem § 26c Abs 2 Z 2 UWG rechtswidrig). Inwiefern der Lizenznehmer die Information parallel auf andere Weise erwerben darf, ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen (§§ 26c Abs 1 bzw 26d UWG) sowie aus der vertraglichen Vereinbarung. Aus dem Lizenzvertrag können sich freilich auch Beschränkungen des Lizenzgebers ergeben (insb im Fall exklusiver Lizenzen).

2.77 Zwangsvollstreckung und Insolvenz: Geschäftsgeheimnisse sind Vermögenswerte, die der Zwangsvollstreckung unterliegen und die zur Insolvenzmasse gehören.³⁶⁸ Lokalisiert ist das (immaterielle) Vermögen idR am Unternehmenssitz.

2.78 Verpfändung: Gem § 448 ABGB kann als Pfand jede Sache dienen, „*die im Verkehre steht*“. Mit Rücksicht auf die Sicherungsfunktion des Pfandrechts ist überdies nach hm wenn schon nicht Veräußerlichkeit, so doch Verwertbarkeit (Befriedigungstauglichkeit) der Pfandsache iS ihrer Übertragbarkeit oder Nutzbarkeit, zB auch iW der Zwangsverwaltung oder -verpachtung, erforderlich.³⁶⁹ Auch Forderungen und Immaterialgüterrechte sind verpfändbar, ebenso Werknutzungsrechte.³⁷⁰ Grds spricht vor diesem Hintergrund nichts gegen eine Verpfändung von Geschäftsgeheimnissen. Praktische Schwierigkeiten ergeben sich aber regelmäßig hinsichtlich des erforderlichen Modus. Nach § 452 ABGB ist die Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen, welche keine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulassen, durch solche Zeichen möglich, „*woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann*“. Während es in Bezug auf verbrieft

366 Ähnlich auch Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁷ Vor §§ 17–19 Rz 20.

367 Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁷ Vor §§ 17–19 Rz 4; in den ErläutRV, Seite 3, zu § 26b Abs 2 heißt es dazu: „*Es kommt auf die Verfügungsgewalt (engl. „controlling“) an. Diese kann etwa in Lizenzverträgen näher geregelt werden und dem Lizenznehmer ausdrücklich übertragen werden. (...) Aktivlegitimiert ist somit der in § 26b Abs. 2 definierte Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses, also auch der Lizenznehmer, wenn ihm im Lizenzvertrag ein ausschließliches Gebrauchsrecht mit Wirkung gegen Dritte übertragen worden ist.*“

368 Honsell in Ruppe, Geheimnisschutz 45 (51) mwN; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG³⁷ Vor §§ 17–19 Rz 5.

369 Hofmann in Rummel, ABGB³ § 452 ABGB Rz 8 mwN (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

370 Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 448 Rz 13 mwN (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); Büchele in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 24 Rz 11 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at).

und ordnungsgemäß in kaufmännischen Büchern eingetragene Rechte anerkannte „erkenbare Zeichen“ gibt³⁷¹, lässt sich für interessierte Dritte nur schwer erkennbar machen, dass ein bestimmtes Geschäftsgeheimnis verpfändet ist. Da der Schutzgegenstand der Natur der Sache nach geheim gehalten wird, ist die Verpfändung durch Zeichen noch schwieriger als bei sonstigen nicht registrierten (Immaterialgüter-)Rechten bzw dinglichen Nutzungsrechten (wie etwa urheberrechtlichen Verwertungsrechten).

E. Rechtswidrige Handlungen (Ausschließungsrecht)

Aus den ErläutRV zu § 26c:

2.79

§ 26c fasst die in Art. 4 Abs. 2 bis 5 der Richtlinie (EU) 2016/943 geregelten Fälle des rechtswidrigen Erwerbs, der rechtswidrigen Nutzung und rechtswidrigen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zusammen, wobei jedoch das Element der Zustimmung als Thema der rechtmäßigen Nutzung in § 26d Abs. 1 aufgenommen wird.

Dem Rechtsunterworfenen wird damit dargelegt, welche Vorgangsweisen grundsätzlich rechtswidrig sind.

Allgemeines: Die §§ 26d und 26e UWG übernehmen die Art 3, 4 und 5 der RL fast wortgetreu, wobei im UWG anders als in der RL zunächst die rechtswidrigen und erst im Anschluss die rechtmäßigen Handlungen zu finden sind. Unterschieden werden

- der **rechtswidrige Erwerb** (§ 26c Abs 1 UWG) und
- die **rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung** (§ 26c Abs 2 UWG).
- § 26c Abs 3 UWG betrifft Handlungen von Personen, die zum Zeitpunkt der jeweiligen Handlung wussten oder unter den gegebenen Umständen hätten wissen müssen, dass ihnen das Geschäftsgeheimnis unmittelbar oder mittelbar über eine andere Person, die dieses rechtswidrig genutzt oder offengelegt hat, bekannt geworden ist (**unberechtigter Vormann**).
- Ferner verbietet das Gesetz bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Geschäftsgeheimnisverletzung auch Handlungen in Bezug auf **rechtsverletzende Produkte** (§ 26c Abs 4 UWG).

Bei den ersten beiden Punkten handelt es sich um direkte, bei den letzten beiden Punkten um indirekte Verletzungshandlungen.

Auf den Zweck der jeweiligen Handlung stellt das Gesetz nicht ab. Ebensowenig auf ein **Handeln im geschäftlichen Verkehr** oder die Erlangung eines **Wettbewerbsvorteils**. Ein (besonderer) **Vorsatz** wird anders als nach den §§ 11 und 12 UWG ebenfalls nicht gefordert. **Verschulden** in Form von (einfacher) Fahrlässigkeit spielt nur iZm den indirekten Verletzungen gem § 26c Abs 3 und 4 UWG eine Rolle.³⁷² Die RL betont sehr stark die notwendige Verhältnismäßigkeit von Rechtsfolgen – diesbezüglich wird insb auch auf die Umstände des Erwerbs bzw der Nutzung oder Offenlegung abzustellen sein. Miss-

371 Vgl Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03} § 448 Rz 19 ff (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); Hofmann in Rummel, ABGB³ § 452 ABGB Rz 4 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

372 Vgl Lejeune, CR 2016, 330 (334).