

Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz – rechtliche und praktische Probleme in der betrieblichen Praxis

von Rechtsanwalt Dr. Rolf Stagat und Rechtsreferendar Maximilian Brandner, Konstanz

I. Einleitung

Seit April 2019 gilt in Deutschland das neue Gesetz zur Umsetzung der RL (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GeschGehG). Aus den vielen offenen Fragen und noch ungelösten Problemfeldern, die das neue Gesetz mit sich bringt, greift dieser Beitrag zwei heraus. Zum einen wird darauf eingegangen, welcher konkrete Handlungsbedarf bei den Unternehmen entsteht, um schutzbedürftige Informationen den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen zu unterziehen. Dabei sollen sowohl physische und IT – basier-

te Geheimhaltungsmaßnahmen als auch Schutzmaßnahmen in Form vertraglicher Gestaltungen betrachtet werden. Zum zweiten wirft der Beitrag einen Blick auf die Haftungsrisiken, die sich für Unternehmen und Geschäftsleiter bei Verstößen gegen die Bestimmungen des GeschGehG ergeben.

1. Intention des Gesetzgebers

Mit dem neuen GeschGehG wollte der Gesetzgeber die Rechte von Unternehmen bei Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen stärken. Als Kehrseite dieser Stärkung trifft die Unternehmen nun die Obliegenheit, aktiv geeignete Schutz-

maßnahmen zu ergreifen, damit sie später etwaige Ansprüche durchsetzen können.

2. Neuerungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes

Als wichtigste Neuerung schafft das GeschGehG erstmals eine Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses. Zuvor war der Begriff des Geschäftsgeheimnisses nur durch Rechtsprechung und Schrifttum ausgeformt geworden. Die Legaldefinition lehnt sich an Art. 2 Nr. 1 der RL 2016/943/EU zum Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung an, deren Umsetzung das GeschGehG dient. Geschäftsgeheimnis ist in Zukunft nur noch eine Information, welche

- a) 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) Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist,
- c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.

Die Brisanz der Neuerung liegt darin, dass ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des GeschGehG nur ist, was auch durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt wird. Neben diesem Erfordernis schafft das GeschGehG ein ausdifferenziertes neues Haftungssystem, welches die §§ 17 bis 19 UWG a.F., § 823 BGB in diesem Bereich ersetzt.

Diesem Haftungssystem liegt folgendes Konzept zu Grunde: Um überhaupt ein schützenswertes Geschäftsgeheimnis zu haben, muss der Inhaber eines Geheimnisses angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen treffen (Gedanke: »wer sich nicht wehrt, lebt verkehrt«). Liegt ein Geschäftsgeheimnis vor, so ergeben sich erlaubte (§ 3 GeschGehG) und unerlaubte Handlungen (§ 4 GeschGehG). Bezüglich der Handlungsverbote aus § 4 GeschGehG eröffnet § 5 GeschGehG diverse Ausnahmen. Sofern eine Rechtsverletzung begangen wurde, stehen dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses nach den §§ 6 bis 8 GeschGehG Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung (§ 6 GeschGehG), Vernichtung, Herausgabe und Entfernung vom Markt (§ 7 GeschGehG) sowie Auskunftsansprüche (§ 8 GeschGehG) zu. Diesen Ansprüchen kann jedoch unter Umständen ein Anspruchsausschluss wegen Unverhältnismäßigkeit (§ 9 GeschGehG) entgegengehalten werden. Aus dem Katalog des § 9 GeschGehG ist für Unternehmen insbesondere § 9 Nr. 2 GeschGehG besonders haftungsträchtig. Gem. § 9 Nr. 2 GeschGehG kann die Geltendmachung des Anspruchs nach §§ 6 bis 8 GeschGehG nämlich unter Berücksichtigung der getroffenen Geheimhaltungsmaßnahmen als unverhältnismäßig angesehen werden, was zu einem Anspruchsausschluss führt. Um dies zu vermeiden, bedarf es eines sogenannten aktiven Geschäftsgeheimnismanagements.

II. Arten angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen

Um der Obliegenheit des aktiven Geschäftsgeheimnismanagements zu genügen, ist in vier Schritten vorzugehen: Identifizieren, Bewerten, Schützen und Dokumentieren.¹

An erster Stelle steht das Identifizieren von Geschäftsgeheimnissen. Befindet das Unternehmen, dass eine bestimmte Information 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, so ist diese Information für das Unternehmen ein Geschäftsgeheimnis.

Hat das Unternehmen ein Geschäftsgeheimnis als solches identifiziert, muss es das Geheimnis nach seiner Wichtigkeit bewerten und dafür passende Schutzmaßnahmen ergreifen. Das Bewerten ist deshalb wichtig, weil nicht alle Geschäftsgeheimnisse gleich wichtig sind, sodass für bestimmte Geheimnisse ein besonders großer und andere eher ein kleinerer Aufwand zu betreiben ist.² Hat das Unternehmen die passenden Maßnahmen gefunden, sollte der Prozess aus Beweissicherungsgründen – § 10 GeschGehG – auch dokumentiert werden.

Die in § 2 Nr. 2b GeschGehG normierte Pflicht zur Ergreifung angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen wird in der Gesetzesbegründung wie folgt konkretisiert: Es sollen einerseits physische Zugangsbeschränkungen und andererseits vertragliche Schutzmechanismen ergriffen werden.

1. Physische und IT-basierte Geheimhaltungsmaßnahmen und deren Mitbestimmungspflichtigkeit

Die Gesetzesbegründung bleibt in ihren Vorschlägen dazu, womit der Geschäftsgeheimnisinhaber das selbige entsprechend schützen sollte, sehr vage. Sie spricht lediglich von »physischen Zugangsbeschränkungen und Vorkehrungen«.³

a) Physische Geheimhaltungsmaßnahmen

In Zeiten der allumgebenden Vernetzung wird der unvernetzte Raum zu einem Sicherheitsfaktor. So ist es neben IT-basierten Geheimhaltungsmaßnahmen, die durch ihre Vernetzung wirken, sinnvoll, bestimmte Geschäftsgeheimnisse in einem Lesesaal aufzubewahren, der vom restlichen System des Unternehmens abgekoppelt ist. Das heißt, dass in einem solchen Raum die sensibelsten Geschäftsgeheimnisse auf einem nicht mit dem Internet verbundenen Computer lagern, auf dem man diese einsehen kann. Der Zugang zu einem solchen Raum wiederum kann mit Taschen- und Torkontrollen gesichert werden. Taschen- und Torkontrollen sind nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig.⁴

b) IT-basierte Geheimhaltungsmaßnahmen

aa) Passwörter, biometrische Zugangskontrollen und daraus kombinierte Sicherungssysteme

Neben physischen Maßnahmen spielen vor allem IT-basierte Maßnahmen eine große Rolle. Zunächst ist daran zu denken,

1 So etwa Höfer GmbH 2018, 1195; Trebeck/Schulte-Wissermann NZA 2018, 1175 (1178).

2 So auch Baranowski/Glaßl BB 2016, 2563 (2565) unter Bezug auf die RL 2016/943/EU; Maassen GRUR, 2019, 352 (356), der drei Klassen von Geschäftsgeheimnissen klassifiziert – Kronjuwelen, wichtige Information und sensible Informationen – und daran das Risiko und damit einhergehend die anzuwendenden Maßnahmen bestimmt.

3 S. 22 des RegE GeschGehG Zu § 2 Zu Nr. 2 Zu Buchstabe b).

4 NK-GA/Schwarze, § 87 BetrVG Rn. 72; BAG, Beschl. v. 15.04.2014 – 1 ABR 2/13, NZA 551 (555 Rn. 38 ff.) zur Verhältnismäßigkeit bei Taschenkontrollen.

Dokumente, die Geschäftsgeheimnisse enthalten durch entsprechend komplexe Passwörter zu sichern, die in einem bestimmten Turnus wechseln. Die Passwortvergabe als solche unterliegt nicht der Mitbestimmung. Sicherer, als auf ein Passwort zu setzen, ist eine sogenannte Multi-Faktor-Authentifizierung also eine Sicherung durch mehrere voneinander unabhängige Sicherheitssysteme. Dieses Verfahren ist etwa beim Online-Banking heutzutage schon Gang und Gäbe durch Nutzung eines Passwortes und einer separat auf einem zweiten Gerät generierten Transaktionsnummer (TAN).

Eine besonders sichere, aber auch besonders arbeitsintensive Form der Multi-Faktor-Authentifizierung stellt eine Multi-Faktor-Authentifizierung dar, bei der als weiterer Faktor neben ein Passwort ein biometrisches Merkmal tritt. Vergleichsweise einfach lässt sich dies mit einem Fingerabdruck-Sensor realisieren. Technisch schwieriger, aber auch sicherer ist ein Iris-Scanner. Solche biometrischen Merkmale bieten den Vorteil, dass sie schwer zu hacken sind. Andererseits sind solche Systeme in der Anschaffung teuer und benötigen Spezialisten, die sie warten. Biometrische Zugangskontrollen bedürfen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.⁵

bb) Bild- und Tonaufnahmen

Sofern Bild- und Tonaufnahmen bspw. zur Kontrolle, wer einen bestimmten Unternehmensbereich betritt, angefertigt werden, bedürfen diese der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.⁶

cc) Log-Dateien

Neben Zugangskontrollen und Aufnahmen stellen sogenannte Log-Dateien eine effektive Maßnahme im Portfolio der Geheimhaltungsmaßnahmen dar. Bei Log-Dateien handelt es sich um Protokolle, die im Hintergrund eines Systems erstellt werden und die je nach Ausformung unterschiedliche Dinge protokollieren. In ihrer einfachsten Form, etwa bei Office-Anwendungen, protokollieren sie, wer auf eine Datei zugreift, wie lange er diese ansieht oder bearbeitet und ob er Änderungen an ihr vornimmt. Bei den sogenannten Keyloggern, Programmen die jeden Tastaturanschlag sowohl auf einer physischen, als auch auf einer virtuellen Tastatur registrieren können, kann der Arbeitgeber sogar bis ins Detail nachvollziehen, was ein Mitarbeiter getippt hat.

Der Einsatz von Keyloggern ist jedoch nur eingeschränkt möglich: Einerseits besteht die Möglichkeit, diesen einzusetzen, sofern der damit Überwachte dem Einsatz zustimmt.⁷ Andererseits kann die Nutzung eines solchen Systems dann verhältnismäßig und erlaubt sein, sofern ein durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht.⁸ Neben diesen Einschränkungen unterliegen Log-Systeme und Keylogger der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.⁹

2. Vertragliche Maßnahmen

Zu den Schutzmechanismen zählen die vertraglichen Gestaltungen zu den Geheimnisträgern, insbesondere den Arbeitnehmern, sowie zu Dritten, etwa Geschäftspartnern.

a) Arbeitsvertragliche Verschwiegenheitsklauseln

Die Weite von Geheimhaltungsklauseln in Arbeitsverträgen ist essentiell für die Unternehmen. Ist sie zu weit, kann sie un-

wirksam sein und damit keine angemessene Geheimhaltungsmaßnahme i.S.d. § 2 Nr. 1b GeschGehG.¹⁰ Ist sie jedoch aus Vorsicht nicht weit genug formuliert, kann es sein, dass sie

1. keine angemessene Maßnahme i.S.v. § 2 Nr. 1b GeschGehG darstellt oder
2. zwar angemessen i.S.v. § 2 Nr. 1b GeschGehG ist und damit in den Schutzbereich des GeschGehG kommt, aber zu lasch ist und damit zu einem Anspruchsausschluss wegen Unverhältnismäßigkeit nach § 9 Nr. 2 GeschGehG führt.¹¹

Während des laufenden Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer eine Verschwiegenheitspflicht unter anderem bezüglich erlangter Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse als arbeitsvertragliche Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB.¹² Verschwiegenheitsklauseln für das laufende Arbeitsverhältnis haben daher lediglich deklaratorischen Charakter und sind somit für den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht nötig.¹³ Dennoch kann es – wie beim Parallelproblem der Verschwiegenheitsklauseln mit externen Vertragspartnern – ratsam sein, dennoch eine Verschwiegenheitsklausel für das laufende Arbeitsverhältnis zu vereinbaren, da es zur Zeit in der Rechtsprechung noch nicht geklärt ist, ob es eine angemessene Schutzmaßnahme ist, sich schlicht auf das gesetzliche Schutzniveau zu verlassen, auch wenn eine solche Klausel bezüglich des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen lediglich deklaratorischer Art ist.

Ratsam ist es auch für besondere Arbeitsformen wie etwa das sogenannte Home Office durch Vereinbarungen sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsunterlagen, welche auch Geschäftsgeheimnisse enthalten können, entsprechend sicher verwahrt – etwa physisch durch einen abschließbaren Aktenschrank oder durch Abschließen des Arbeitszimmers oder im Fall der heute üblicheren Arbeit mit Dateien durch einen entsprechenden Zugriffsschutz für Dritte.¹⁴ Dies gilt insbesondere und umso mehr, falls der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Rahmen einer »bring your own device«-Policy ermöglicht, berufliche Daten auf seinem ansonsten privat genutzten Gerät zu speichern.

b) Nachvertragliche Verschwiegenheitsklauseln

Wichtig wird die Gestaltung von Verschwiegenheitsklauseln deshalb vor allem für die Zeit nach der Beendigung des

5 BAG, Beschl. v. 27.01.2004 – 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556 für Fingerabdruck-Sensoren (auch in Fremdbetrieben, in denen Mitarbeiter eingesetzt sind); *Richardi/Maschman*, 16. Aufl. 2018, § 87 Rn. 519; *Fitting*, 29. Aufl. 2018, § 87 Rn. 244.

6 *Fitting*, 29. Aufl. 2018, § 87 Rn. 244; *Richardi/Maschmann*, 16. Aufl. 2018, § 87 Rn. 519.

7 BAG, Urt. v. 27.07.2017 – 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327 (1329 Rn. 20) zum damaligen § 4a a.F. BDSG, welcher heute § 51 BDSG entspricht.

8 BAG, Urt. v. 27.07.2017 – 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327.

9 *Fitting*, 29. Aufl. 2018, § 87 Rn. 245a.

10 Zur Unangemessenheit einer zu weiten Klausel BAG, Urt. v. 19.05.1998 – 9 AZR 394/97, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Treuepflicht.

11 S. 31 des RegE zu § 9 Zu Nr. 2.

12 Etwa *Palandt/Weidenkaff*, § 611 Rn. 41; *Staudinger/Richardi/Fischinger*, (2016; Updatestand 05.03.2018) BGB, § 611 Rn. 1201; *Rolf* in: *Preis, Der Arbeitsvertrag*, 5. Aufl. 2015, V 20 Verschwiegenheitspflicht Rn. 5; *Rasche* in: *Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch*, 11. Aufl. 2019, Verpflichtungen des Arbeitnehmers, Rn. 250, 251.

13 *Rolf* in: *Preis, Der Arbeitsvertrag*, 5. Aufl. 2015, V 20 Verschwiegenheitspflicht Rn. 6.

14 *Rasche* in: *Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch*, 11. Aufl. 2019, Verpflichtungen des Arbeitnehmers, Rn. 250.

Arbeitsverhältnisses. Oftmals wechselt der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Konkurrenz, weshalb für den ehemaligen Arbeitgeber ein Bedürfnis daran besteht, die Verwertung von während des Arbeitsverhältnisses erlangten Wissens des Arbeitnehmers zu regeln bzw. zu untersagen. Hierbei sind drei Problemkomplexe hervorzuheben: die sogenannten »catch all«-Klauseln, die Abgrenzung zum Wettbewerbsverbot, sowie die Verwendung von zu engen Klauseln. Passieren hierbei Fehler, kann der ehemalige Arbeitgeber gleich doppelt gestraft sein, zum einem muss er den Abfluss von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen befürchten und zum anderen kann er wegen dieser Fehler nach § 9 Nr. 2 GeschGehG daran gehindert sein, den entstandenen Schaden zivilrechtlich wieder in Ordnung zu bringen.

c) Problem der »catch-all«-Klauseln

Unwirksam sind sogenannte »catch-all«-Klauseln, auch All-Klauseln genannt, die den Arbeitnehmer dazu verpflichten auch nach Beendigung seines Arbeitsvertrags über alle ihm bekannt gewordenen Geschäftsvorgänge Stillschweigen zu bewahren, weil sie für den ehemaligen Arbeitnehmer eine unangemessene Benachteiligung darstellen.¹⁵ Bei Verwendung solcher Klauseln, wird dem ehemaligen Arbeitnehmer nämlich jedwede Verwendung seiner in diesem Geschäftsbereich erworbenen Kenntnisse verwehrt.¹⁶

Wer in seinen Arbeitsverträgen solche unwirksamen All-Klauseln verwendet, trifft wegen deren Unwirksamkeit keine angemessene Geheimhaltungsmaßnahme i.S.v. § 2 Nr. 1b GeschGehG. Folglich wird bei der Verwendung solcher Klauseln nicht einmal der Schutzbereich des § 2 GeschGehG eröffnet. Ebenso ist der strafrechtliche Schutz nach § 23 GeschGehG, welcher § 17 UWG a.F. ersetzt, verwehrt, da dieser auch an den Geschäftsgeheimnisbegriff aus § 2 GeschGehG anknüpft, also eine angemessene Geheimhaltungsmaßnahme voraussetzt.

d) Spannungsfeld Verschwiegenheitsklausel und (faktisches) Wettbewerbsverbot

Die obengenannten All-Klauseln können zudem ein faktisches Wettbewerbsverbot darstellen,¹⁷ wodurch dem Geheimnisinhaber auch wieder der Schutz nach dem GeschGehG versagt bliebe. Um nicht in diese Falle zu tappen, sollte man sich zunächst einmal vergegenwärtigen, worin die Unterschiede zwischen einer nachvertraglichen Verschwiegenheitsklausel und einem Wettbewerbsverbot nach §§ 110 GewO, 74 HGB bestehen.

Der springende Punkt ist die Frage, ob der Arbeitgeber lediglich eine Verschwiegenheit über bestimmte Geschäftsgeheimnisse gegenüber Dritten erreichen möchte oder, ob er auch jegliche konkurrenzliche Verwertung von Kenntnissen unterbinden möchte, die der ausgeschiedene Arbeitnehmer auf dem jeweiligen Geschäftsfeld erworben hat. Ersteres kann er mit einer Verschwiegenheitsklausel, letzteres mit einem Wettbewerbsverbot nach §§ 110 GewO, 74 HGB erreichen.

Eine nachvertragliche Verschwiegenheitsklausel, die sich auf bestimmte, klar abgrenzbare Themenfelder beschränkt, ist ohne weiteres ohne Zahlung einer etwaigen Entschädigung möglich.¹⁸ Problematisch wird die Abgrenzung dann, wenn die Verschwiegenheitsklausel dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer jede berufliche Verwertung seiner in diesem Geschäftsbereich erworbenen Kenntnisse verwehrt; in diesem Fall liegt in der

nachvertraglichen Verschwiegenheitsklauseln nämlich ein faktisches Wettbewerbsverbot nach §§ 110 GewO, 74 HGB.¹⁹ Bei einem lediglich faktischen Wettbewerbsverbot fehlt es jedoch an einer wirksamen Wettbewerbsabrede, sodass der ausgeschiedene Mitarbeiter wie jeder andere Dritte zu seinem ehemaligen Arbeitgeber in Wettbewerb treten kann.²⁰ Verwendet der Arbeitgeber jedoch solche faktischen Wettbewerbsverbote, um sich vor der Karenzentschädigung zu drücken, nutzt er eine unwirksame Klausel, wodurch der Schutzbereich des § 2 GeschGehG mangels angemessener Geheimhaltungsmaßnahme nicht eröffnet ist; gleiches gilt für den strafrechtlichen Schutz nach § 23 GeschGehG.

Kommt es dem Arbeitgeber jedoch gerade darauf an, dass der ausgeschiedene Arbeitnehmer die im Betrieb erworbenen Kenntnisse nicht mehr weiter beruflich verwerten kann, so muss der Arbeitgeber mit dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nach § 110 GewO, § 74 HGB vereinbaren.²¹ Die Karenzentschädigung darf dabei nach § 74 Abs. 2 HGB 50 % der zuletzt bezogenen vertragsgemäßen Leistungen nicht unterschreiten. Hierbei ist deswegen Vorsicht geboten, weil in die Untergrenze von 50 % sämtliche Leistungen miteinzubeziehen sind, also auch Sachleistungen wie etwa Dienstwagen mit Privatnutzung, Boni oder andere Prämien.²² Wird diese Untergrenze unterschritten und sei es nur, weil eine obengenannte Leistung nicht richtig in die Berechnung mit eingeflossen ist, ist die Vereinbarung unwirksam, wodurch wiederum der Schutzbereich des § 2 GeschGehG mangels angemessener Geheimhaltungsmaßnahme nicht eröffnet ist und ebenfalls der strafrechtliche Schutz verwehrt ist. Zu beachten ist zudem, dass der ausgeschiedene Arbeitnehmer es in der Hand hat, ob er die nach Ablauf von zwei Jahren unverbindlich gewordene Abrede gegen weitere Zahlung der Karenzentschädigung einhält oder sich vom unverbindlichen Wettbewerbsverbot lossagt.²³ Dies kann für Unternehmen dann teuer werden, wenn das von der Wettbewerbsabrede umfasste Geschäftsgeheimnis auch nach Ablauf der zwei Jahre noch des Schutzes bedarf. Jedoch wird es in vielen Branchen aufgrund der Schnelllebigkeit von Entwicklungen häufig ausreichend sein, eine zweijährige Wettbewerbsabrede abzuschließen.

e) Problem von zu engen Klauseln

Auf der anderen Seite können Klauseln gefährlich werden, die sich nur auf einzelne begrenzte Vorgänge beziehen, ohne dass damit die Regelungen zum Wettbewerbsverbot umgan-

15 Erwa *ErfK/Preis*, 19. Aufl. 2019, § 611a BGB Rn. 714; NK-GA/Brors, § 611 BGB Rn. 534; *Küttner/Kania*, Personalbuch 2019, Verschwiegenheitspflicht, Rn. 7.

16 BAG, Urt. v. 19.05.1998 – 9 AZR 394/97, juris Rn. 54; oft wird der Verwendung solcher Klauseln auch bereits die Grenze zum faktischen Wettbewerbsverbot überschritten sein.

17 BAG, Urt. v. 19.05.1998 – 9 AZR 394/97, juris Rn. 54.

18 *ErfK/Preis*, 19. Aufl. 2019, § 611a BGB Rn. 718; NK-GA/Brors, § 611 BGB Rn. 529, 534; HWK/Thüsing, 7. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 351; *Preis*, Individualarbeitsrecht, 5. Aufl. 2017, § 27 Rn. 1183.

19 BAG, Urt. v. 19.05.1998 – 9 AZR 394/97, juris Rn. 54; *Küttner/Kania*, Personalbuch 2019, Verschwiegenheitspflicht, Rn. 11.

20 BAG Urt. v. 19.05.1998 – 9 AZR 394/97, juris Rn. 51.

21 BAG Urt. v. 19.05.1998 – 9 AZR 394/97, juris Rn. 51.

22 BeckOK *ArbR/Hagen*, HGB, § 74 Rn. 22; *Küttner/Poebel*, Wettbewerbsverbot, Rn. 31 mit ausführlicher Darstellung zu einzelnen Vergütungsbestandteilen.

23 EBJS/*Boecken*, 3. Aufl. 2014, HGB § 74a Rn. 15–17.

gen werden. Sie sind zwar wirksam in Bezug auf das Arbeitsverhältnis, in dem sie nachwirken, bergen aber die Gefahr, nicht wirksam genug im Sinne des GeschGehG zu sein. Zu lasche Geheimhaltungsmaßnahmen können zwar den Schutzbereich eröffnen, aber dennoch im Einzelfall so geringfügig sein, dass einem etwaigen Anspruch nach §§ 6 bis 8 GeschGehG der Einwand entgegen gehalten werden kann, der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses habe zu geringfügige Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen und deswegen sei eine Anspruchsdurchsetzung nach § 9 Nr. 2 GeschGehG unverhältnismäßig.²⁴ Welche Beurteilungskriterien jedoch für die Frage heranzuziehen sind, ab wann eine Verschwiegenheitsklausel zwar arbeitsrechtlich wirksam ist, aber im Sinne des GeschGehG nicht angemessen ist, muss erst noch durch die Rechtsprechung ausgeformt werden. Mithin folgt hieraus eine nicht zu unterschätzende Rechtsunsicherheit.

f) Geheimhaltungsvereinbarungen mit externen Vertragspartnern (non-disclosure agreements)

Neben Geheimhaltungsvereinbarung mit den eigenen Mitarbeitern, können auch Geheimhaltungsvereinbarungen mit externen Vertragspartnern im Rahmen des aktiven Geschäftsgeheimnismanagements relevant werden. Der springende Punkt ist hierbei die Frage, ob es zwingend einer Verschwiegenheitsvereinbarung, auch non-disclosure agreement genannt, bedarf, oder ob aus anderen Gründen bereits genug Schutz für die Geschäftsgeheimnisse besteht. Grundsätzlich begründet bereits die Aufnahme von Vertragsverhandlungen eine Vertraulichkeitspflicht aus c.i.c., die auch bei Abbruch der Verhandlungen nachwirkt.²⁵ Allerdings kann im Rahmen des nur rein vorvertraglichen Schutzes die Weitergabe von Daten an Dritte erfolgen, wobei diese dann wiederum vom Weitergebenden vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.²⁶ Während des laufenden Vertrags ergibt sich solch eine Vertraulichkeit bereits aus § 241 Abs. 2 BGB.²⁷

Eine Verschwiegenheitsvereinbarung kann jedoch über ihren deklaratorischen Charakter hinaus die Pflichten konkretisieren und somit für Klarheit zwischen den Vertragspartnern sorgen.²⁸ Auch wenn es manche Stimmen im Schrifttum bei Geschäftsgeheimnissen mit nur geringem Handlungsbedarf für möglich halten, dass die Gerichte auch das gesetzliche Schutzniveau noch als angemessene Schutzmaßnahme ausreichen lassen, sollte aus Gründen der Rechtsunsicherheit in diesem Feld dringend angeraten werden, eine Verschwiegenheitsvereinbarung abzuschließen.²⁹ Sie konkretisiert die Pflichten zwischen den Parteien und schafft so Klarheit, zudem stellt sie eine bessere Schutzmaßnahme dar, als das Vertrauen auf das gesetzliche Schutzniveau, das in seiner Reichweite oft unklar ist.

III. Haftungsrisiken für Geschäftsführer und Vorstände

Werden die Vorgaben des Geschäftsgeheimnisgesetzes von Geschäftsführern oder Vorständen nicht beachtet, kann dies unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten haftungsrelevant sein. Zum einen droht Unternehmen der Verlust von Geschäftsgeheimnissen, wenn keine angemessenen Schutzmaßnahmen getroffen werden. Insoweit kann eine Verletzung der Organisations- und Kontrollpflichten des Leitungsorgans vorliegen. Zum anderen können sich Geschäftsleiter dadurch regresspflichtig machen, dass sie Verstöße gegen das Ge-

schäftsgeheimnisgesetz durch ihre Mitarbeiter dulden oder nicht durch geeignete Vorkehrungen unterbinden und dadurch finanzieller Schaden für das Unternehmen entsteht. In diesem Fall verletzt der Geschäftsführer oder Vorstand seine Compliance-Pflichten.

1. Haftung für den Verlust von wirtschaftlich wertvollen Informationen wegen unterlassener angemessener Schutzmaßnahmen

a) Organisationspflichten zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Geschäftsführer und Vorstände haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§§ 93 Abs. 1 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG). Im Rahmen dieser Sorgfaltspflicht obliegt es ihnen, die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren.³⁰ Diese Obliegenheit umfasst auch den Schutz der Gesellschaft vor dem Verlust von Geschäftsgeheimnissen.³¹ Es gehört deshalb zu den Organisationspflichten von Geschäftsführern und Vorständen, ausreichende Vorkehrungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu treffen. Unterlassen sie dies, liegt hierin eine Pflichtverletzung wegen Organisationsverschuldens.³² Im Schrifttum wird deshalb empfohlen, ein »Geschäftsgeheimnis-Management«-System zu installieren.³³

b) Einrichtung und Kontrolle von Schutzmaßnahmen

Geschäftsführer und Vorstände trifft eine umfassende organische Sorgfalts- und Überwachungspflicht.³⁴ Erzeugen neue Gesetze Handlungsbedarf zum Schutz der Gesellschaft, so setzt sich die Sorgfalts- und Überwachungspflicht in der Organisationspflicht fort, die Umsetzung der erforderlichen Schutzmaßnahmen im Unternehmen sicherzustellen. Die Geschäftsführungsorgane haben deshalb Sorge dafür zu tragen, dass die zuständigen Leitungsebenen im Unternehmen über die Notwendigkeit der Schutzmaßnahmen informiert werden und ihre Umsetzung zu kontrollieren. Die Organisationspflicht beinhaltet auch die Pflicht zur effektiven Kontrolle der eingeführten Schutzmaßnahmen. Bringt es ein neues Gesetz mit sich, dass assets der Gesellschaft, die bisher als hinreichend geschützt betrachtet werden konnten, künftig nur noch geschützt sind und dem Unternehmen erhalten bleiben, wenn zusätzliche Schutzmaßnahmen in Form ange-

24 S. 31 des RegE zu § 9 Zu Nr. 2.

25 *Walz* in: Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, D-E, Form. B. II. 16. Rn. 2, 4. Aufl. 2018, *Walz* spricht auch vom lediglich deklaratorischen Charakter von Verschwiegenheitsvereinbarungen; *Staudinger/Olzen* (2015; Updatestand 21.12.2017), BGB § 241 Rn. 212.

26 BeckOGK/*Wilhelmi* BGB § 453 Rn. 384, 385; MüKo HGB/*Thiessen*, § 25 Anhang Unternehmenskauf Rn. 14, 4. Aufl. 2016; bspw. Banken die im Falle eines Unternehmenskaufs zur Finanzierung herangezogen werden.

27 *Palandt/Grüneberg*, § 280 Rn. 28b; *Staudinger/Olzen* (2015; Updatestand 21.12.2017), BGB § 241 Rn. 212.

28 *Walz* in: Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, D-E, Form. B. II. 16. Rn. 2, 4. Aufl. 2018; BeckOGK/*Wilhelmi*, BGB, § 453 Rn. 338, 339.

29 *Maafsen* GRUR, 2019, 352 (360).

30 *Goette*, Die GmbH, 3. Aufl. 2019, Rn. 220 zu § 8.

31 *Höfer* GmbHR 2018, 1195 (1196).

32 BGH, DStR 2012, 1713 (zum Organisationsverschulden bei Zahlungen nach Insolvenzzreife).

33 *Höfer* GmbHR 2018, 1195.

34 *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 1. Aufl. 2006, § 7 Rn. 2.

messener Geheimhaltungsmaßnahmen ergriffen werden, so wird von Geschäftsleitern zu verlangen sein, sich über solche gesetzlichen Neuerungen zu informieren bzw. sicherzustellen, dass sie über den hierdurch entstehenden Handlungsbedarf von fachlich zuständigen Abteilungen oder externen Beratern informiert werden. Projekt- oder Abteilungsleiter in operativen Bereichen müssen also bspw. darüber informiert werden, dass sie externen Vertragsverhandlungspartnern Know-how nur nach Abschluss geeigneter Geheimhaltungsmaßnahmen zugänglich machen dürfen.

c) Unbeschränkte Haftung bei schuldhaft unterlassenen Schutzmaßnahmen

Kann die Gesellschaft wirtschaftlich wertvolle Informationen wie Kundenlisten, Herstellungsverfahren, Geschäftsstrategien oder sonstige Unternehmensdaten, die bisher als Geschäftsgeheimnis geschützt waren, wegen schuldhaft nicht ergriffener angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen künftig nicht mehr exklusiv nutzen und verliert sie dadurch Wettbewerbsvorteile, haften Geschäftsführer und Vorstände für den daraus entstehenden finanziellen Schaden unbeschränkt. Dabei ist nicht nur die betragsmäßig unbeschränkte Haftung riskant, sondern auch die hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs unbeschränkte Haftung. Geschäftsleiter haften auch für durch leichte Fahrlässigkeit verursachte Schäden.³⁵ Sie müssen durch den Geheimnisverlust eingetretene Schäden nicht etwa vorausgesehen und bewusst in Kauf genommen haben, sondern es genügt die bloße Unterlassung der Veranlassung angemessener Schutzmaßnahmen aus Unkenntnis ihrer Notwendigkeit.

d) Darlegungs- und Beweislast für die Einrichtung von Schutzmaßnahmen

Zur Haftungsvermeidung ist es für Geschäftsführer und Vorstände deshalb unerlässlich, Maßnahmen zur operativen Einrichtung und Umsetzung eines Geschäftsgeheimnismanagements nicht nur zu ergreifen, sondern sie auch nachweisbar zu dokumentieren. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einrichtung und Umsetzung eines wirksamen Schutzes der Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens trägt der Geschäftsführer/Vorstand.³⁶ Die Einrichtung und Umsetzung eines Geschäftsgeheimnismanagements ist somit einerseits Ausfluss der organschaftlichen Organisations- und Kontrollpflichten und andererseits zugleich persönliche Obliegenheit zur Verringerung des Haftungsrisikos.

2. Haftung für Geheimnisverletzungen durch eigene Mitarbeiter

a) Compliance-Pflichten zur Verhinderung von Geheimnisverletzungen

Neben der allgemeinen Obliegenheit, vermeidbaren Schaden von der Gesellschaft fernzuhalten, trifft Geschäftsleiter die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt werden, dass keine Gesetzesverstöße erfolgen.³⁷ Die sogenannte Legalitätspflicht verlangt von Geschäftsführern und Vorständen nicht nur, dass sie sich selbst rechtmäßig verhalten, sondern auch, dass sie im Rahmen ihrer Organisationspflichten dafür sorgen, dass Gesetzesverstöße durch Mitarbeiter unterbunden werden.³⁸ Hierfür sind die Geschäftsleiter aufgrund ihrer Compliance-Pflicht, dem »Kind der Legalitätspflicht«,³⁹ verantwortlich.

Bringen etwa abgeworbene Außendienstmitarbeiter zur Steigerung ihres Marktwertes und zur vermeintlichen Verbesserung ihrer Einstellungschancen die Kundenlisten ihres bisherigen Arbeitgebers mit, wird dies beim neuen Arbeitgeber zur Nagelprobe für die Legalitätspflicht. Sind die Vorgesetzten bzw. die zuständigen Bereichsleiter nicht systematisch und in dokumentierter Form instruiert, die Verwendung der Kundenlisten zu unterbinden, drohen der Gesellschaft Schadensersatzpflichten gem. § 8 GeschGehG i.V.m. § 12 GeschGehG. Darüber hinaus unterliegt das Unternehmen den Handlungsverboten gem. § 4 GeschGehG. Ein Handlungsverbot wird unter anderem begründet durch unbefugtes Kopieren von Dokumenten, Gegenständen oder elektronischen Dateien sowie durch jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten entspricht.⁴⁰ Jede Abwerbung von Mitarbeitern eines Konkurrenten trägt deshalb die Gefahr eines Verstoßes gegen das GeschGehG in sich. Lässt es die Geschäftsleitung zu, dass auf USB – Sticks dokumentiertes Insiderwissen von übernommenen Arbeitnehmern eines Konkurrenten im eigenen Unternehmen genutzt werden, so haftet der Unternehmensinhaber unmittelbar.⁴¹ Dadurch erlittene finanzielle Schäden sind als vom Geschäftsleiter kausal verursacht einzustufen, wenn dieser keine Vorkehrungen gegen Geheimnisverletzungen durch eigene Mitarbeiter in Form einer geeigneten Compliance-Organisation getroffen hat.⁴² Unverzichtbarer Bestandteil einer solchen Compliance-Organisation dürfte die hinreichende Information und Schulung der Mitarbeiter aller sensiblen Bereiche wie z.B. Außendienst, Einkauf oder IT über die Einführung des GeschGehG und die darin geregelten Handlungsverbote sein.

b) Haftung für vereitelten Arbeitnehmer-Regress

Von Geheimnisverletzungen durch Mitarbeiter sind aber nicht nur Dritte wie die früheren Arbeitgeber neu eingestellter Mitarbeiter betroffen. Das Geschäftsgeheimnisgesetz soll Unternehmen auch vor Geheimnisverletzungen durch die eigenen Arbeitnehmer schützen. Beim Regress gegen eigene Arbeitnehmer sind jedoch die im Arbeitsrecht geltenden Haftungsprivilegien zu beachten. Nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs haften Arbeitnehmer im doppelten Sinn nur eingeschränkt. Zum einen gilt ein erleichterter Verschuldensmaßstab, wonach Arbeitnehmer grundsätzlich nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haften.⁴³ Zum anderen haften sie in der Regel in der Höhe begrenzt.⁴⁴ Schließlich sind bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen Arbeitnehmer Besonderheiten bei der Darlegungs- und Beweislast zu berücksichtigen. Im Gegensatz zu den Grundsätzen bei der Organhaftung muss Arbeitnehmern auch das Verschulden nachgewiesen werden.⁴⁵

35 MüKo GmbHG/Fleischer, 3. Aufl. 2019, Rn. 256.

36 MüKo GmbHG/Fleischer, 3. Aufl. 2019, Rn. 272.

37 LG München I, NZG 2014, 345.

38 Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 7. Aufl. 2013, Rn. 141.

39 Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 7. Aufl. 2013, Rn. 145.

40 § 4 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG.

41 § 12 GeschGehG.

42 Hierzu MünchHdB GesR VII/Balke, § 112 Rn. 2 ff.

43 Baumbach/Hopt/Roth, 39. Aufl. 2020, HGB § 59 Rn. 107.

44 BAG, NZA 1998, 140.

45 ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, BGB, § 619a Rn. 21.

Der Verschuldensnachweis wird aber nur gelingen, wenn der Arbeitgeber belegen kann, dass er seine Arbeitnehmer über ihre Pflichten im Umgang mit Geschäftsgeheimnissen hinreichend belehrt und informiert hat. Versäumt es die Geschäftsleitung, die erforderlichen Belehrungen und Informationen zu erteilen, droht ihr unter dem Gesichtspunkt der Organisationspflichtverletzung eine Haftung auch wegen Vereitelung des Arbeitnehmerregresses. Scheitert die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen Arbeitnehmer also am Verschuldensnachweis, droht Geschäftsführern und Vorständen die Dritthaftung wegen Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten. Zu diesen Sorgfaltspflichten gehört nämlich auch, dass Ansprüche der Gesellschaft gegen Dritte durchgesetzt werden.⁴⁶ Indem Geschäftsführer die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen gegenüber Arbeitnehmern erschweren oder gar vereiteln, erleichtern sie der Gesellschaft unfreiwillig die Realisierung von Schadensersatzansprüchen gegen sich selbst. Denn gegenüber Geschäftsführern und Vorständen gelten die arbeitsrechtlichen Haftungserleichterungen nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs nicht. Sie haften der Höhe nach unbeschränkt und für jegliches Verschulden.⁴⁷

3. Strafrechtliche Haftung nach § 23 GeschGehG

Neben der zivilrechtlichen Organhaftung unterliegen Geschäftsführer und Vorstände im Zusammenhang mit der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen auch strafrechtlichen Risiken. Dabei ist der Weg von der zivilrechtlichen Haftung zur Strafbarkeit nicht weit, denn im Gegensatz zu den früheren Regelungen in §§ 17 bis 19 UWG a.F. sind die Straftatbestän-

de des § 23 GeschGehG zivilrechtsakzessorisch ausgestaltet.⁴⁸ Das bedeutet, dass die Strafnormen auf die zivilrechtlichen Tatbestände Bezug nehmen und zivilrechtliche Verletzungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes eine Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG indizieren. Von der Zivilrechtsakzessorietät ausgenommen ist lediglich der subjektive Tatbestand, außerdem erfordert eine Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG Vorsatz.⁴⁹ Nehmen es Geschäftsführer und Vorstände aber bewusst hin, dass in Ihrem Unternehmen unlauter erlangte geschäftliche Informationen genutzt werden, die von Konkurrenten abgeworbene Arbeitnehmer mitgebracht haben, werden sie dem Vorwurf vorsätzlichen Verhaltens kaum entgehen können.

IV. Fazit

Mit dem neuen GeschGehG hat der Gesetzgeber ein ausdifferenziertes Haftungssystem geschaffen, das den Unternehmen Obliegenheiten aufgibt, die nicht auf die leichte Schulter zu nehmen sind. Nicht nur der Verlust von Rechten durch Geheimnisverletzungen steht im Raum, sondern auch Wettbewerbsnachteile und eine Haftung der Geschäftsleiter. Deswegen sind die Unternehmen nun gehalten, ein aktives Geschäftsgeheimnismanagement zu implementieren und bestehende Schutzsysteme auf den aktuellen Stand zu bringen.

⁴⁶ OLG Koblenz, NJW-RR 2000, 483 (484).

⁴⁷ Roth/Altmeyen/Altmeyen, 9. Aufl. 2019, GmbHG, § 43 Rn. 5.

⁴⁸ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Bornkamm/Feddersen, 38. Aufl. 2020, GeschGehG § 23 Rn. 19.

⁴⁹ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Bornkamm/Feddersen, 38. Aufl. 2020, GeschGehG § 23 Rn. 20.