

THOMAS HOEREN / REINER MÜNKER

Geheimhaltungsvereinbarung: Rechtsnatur und Vertragsprobleme im IT-Sektor

Gestaltungs- und Vertragsmuster für die Beratung

Vertraulichkeit

Seit Inkrafttreten des Geschäftsgeheimnisgesetzes spielen Geheimhaltungsvereinbarungen eine konstitutive Rolle bei der Begründung des Geheimnisschutzes. Noch ist allerdings in der Praxis wenig darüber bekannt, wie man ein solches „Confidentiality Agreement“ verfassen soll. Der Beitrag beleuchtet die Klippen für den beratenden Anwalt bei der Gestaltung und zeigt erste Denkansätze bis hin zu möglichen Vertragsklauseln.

Seit Inkrafttreten des Geschäftsgeheimnisgesetzes spielen Geheimhaltungsvereinbarungen eine konstitutive Rolle bei der Begründung des Geheimnisschutzes. Noch ist allerdings in der Praxis wenig darüber bekannt, wie man ein solches „Confidentiality Agreement“ verfassen soll. Der Beitrag beleuchtet die Klippen für den beratenden Anwalt bei der Gestaltung und zeigt erste Denkansätze bis hin zu möglichen Vertragsklauseln.

Lesedauer: 20 Minuten

I. Einleitung

Im Rahmen der Aufnahme von Vertragsverhandlungen werden Beteiligte bereits früh mit Geschäftsgeheimnissen konfrontiert. Grundsätzlich besteht eine Nebenpflicht aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis, diese auch vertraulich zu behandeln.¹ Diese Pflicht ist jedoch meist nicht hinreichend bestimmt,² sodass es sich etabliert hat, die Partei, der Geschäftsgeheimnisse dargelegt werden, durch eine Geheimhaltungsvereinbarung (auch Vertraulichkeitsvereinbarung genannt) zur vertraulichen Behandlung zu verpflichten.

Geheimhaltungsvereinbarungen haben mit Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen eine ganz neue Bedeutung im deutschen Recht erlangt. Hat bisher ein bloßer Geheimhaltungswille gereicht um den Anforderungen der §§ 17 ff. UWG zu genügen, wird nun gem. § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG gefordert, dass angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen wurden.³ Dabei herrscht Einigkeit darüber, dass eine Geheimhaltungsvereinbarung ein Kernelement dieser Voraussetzung darstellt.⁴

Damit eine Information ein Geschäftsgeheimnis i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG ist und dessen Schutz genießt, muss sie u.a. geheim sein (§ 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG) und ihr rechtmäßiger Inhaber angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen (§ 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG) treffen. Eine Geheimhaltungsvereinbarung kann zur tatsächlichen Geheimhaltung beitragen und eine angemessene Geheimhaltungsmaßnahme darstellen.⁵ Eine pauschale

Aussage darüber, wie die Maßnahmen genau auszugestalten sind, lässt sich jedoch nicht treffen.⁶ Für einen umfassenden Schutz müssen u.U. mit dieser rechtlichen Maßnahme auch technische und organisatorische Geheimhaltungsmaßnahmen einhergehen.⁷ Wird keine Geheimhaltungsvereinbarung geschlossen, bedeutet dies nicht automatisch, dass das Geschäftsgeheimnis nicht mehr geschützt ist, jedoch ist eine Vereinbarung immer zu empfehlen, um als Geheimnisinhaber so weit wie möglich abgesichert zu sein.⁸

II. Arten

Bei Geheimhaltungsvereinbarungen ist zwischen ein- und zweiseitigen zu unterscheiden. Bei einer einseitigen Geheimhaltungsvereinbarung unterliegt nur die Partei einer Geheimhaltungspflicht, die mit Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der anderen Partei in Berührung kommt. Zweiseitige Vereinbarungen kommen meist zustande, wenn zwei Parteien zusammenarbeiten und durch diese Zusammenarbeit gegenseitig Geschäftsgeheimnisse ihres Vertragspartners erfahren.⁹ Beide Parteien verpflichten sich dadurch zur gegenseitigen Geheimhaltung.¹⁰ Ferner ist bei Geheimhaltungsvereinbarungen darauf zu achten, ob sie mit einem Arbeitnehmer oder Geschäftspartner geschlossen werden und daher insbesondere den arbeits- oder wettbewerbsrechtlichen Anforderungen genügen müssen.¹¹

III. Bestandteile einer Geheimhaltungsvereinbarung

Geheimhaltungsvereinbarungen sind zumeist vorformulierte Vertragsbedingungen, die dem anderen Teil bei Vertragsschluss vom Verwender gestellt und nicht ausgehandelt werden und daher Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB sind.¹² Als solche müssen Geheimhaltungsvereinbarungen einer Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB standhalten. Dabei ist maßgeblich auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB abzustellen.¹³

Eine Geheimhaltungsvereinbarung¹⁴ sollte insbesondere die folgenden Punkte abdecken:

- Definition von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen
- Geheimnisschutzpflicht
- Nutzungsverbot/Reverse Engineering
- Verhältnis zu Dritten
- Hinweise auf Fehlverhalten/Whistleblowing
- Sanktionen und ggf. Hinweis auf Haftung/Strafbarkeit
- Zuständigkeit und anwendbares Recht

¹ Westermann, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 453 Rn. 37.

² Heusel, in: Nägele/Apel, Beck'sche Online-Formulare IT- und Datenrecht, 6. Ed. 2021, 3.4 Rn. 3.

³ BGH GRUR 2003, 356 (358) – Präzisionsmessgeräte; Hille, WRP 2020, 824, Rn. 3 f.; Böning, in: Hoeren/Münker, GeschGehG, 2021, § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 Rn. 26 (i.E.).

⁴ Hille, WRP 2020, 824, Rn. 4; Partsch/Rump, NJW 2020, 118 (120).

⁵ LAG Düsseldorf MMR 2021, 181 (184), Rn. 80.

⁶ Baranowski/GlaBl, BB 2016, 2563 (2565); Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1775).

⁷ Heinzke, CCZ 2016, 179 (182).

⁸ Jansen/Hofmann, BB 2020, 259 (262).

⁹ Vgl. Becker/Kussnik, RAW 2018, 119 (124).

¹⁰ Thalhofer/Zdanowiecki, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Hdb. IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 19 Rn. 13.

¹¹ S. dazu auch: BGH GRUR 1963, 367.

¹² Heusel (o. FuBn. 2), Rn. 2.

¹³ Hoeren, in: Hoeren/Münker (o. FuBn. 3), Vorb §§ 1-2 Rn. 12.

¹⁴ Heusel (o. FuBn. 2), 3.3 und 3.4; Kirchner/Prasse/Steinbach-Martens, in: Schulte/Grziwotz/Lauda, BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 4. Aufl. 2020, § 311 Rn. 6; Alexander, WRP 2017, 1034 (1044), Rn. 121; s.a. das Muster in: Hoeren/Münker (o. FuBn. 3), S. 519.

1. Definition von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen

Die Definition der geheimzuhaltenden Information bildet zusammen mit der Geheimnisschutzpflicht das Kernstück jeder Geheimhaltungsvereinbarung.¹⁵ In der Praxis wurde in der Vergangenheit üblicherweise aufgelistet, welche Informationen als vertraulich zu behandeln sind.¹⁶ Nach Einführung des GeschGehG wäre nun denkbar, sich am Wortlaut von § 2 Nr. 1 GeschGehG zu orientieren und die Definition des Geschäftsgeheimnisses zu übernehmen. Dabei sollte jedoch stets auf das Kriterium der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ geachtet werden. Sofern auf die Definition in § 2 Nr. 1 GeschGehG verwiesen wird, sollte in der Vereinbarung deutlich zur Sprache gebracht werden, dass Geschäftsgeheimnisse trotzdem geschützt sind, wenn der Schutzbereich des § 2 Nr. 1 GeschGehG mangels „angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen“ nicht eröffnet ist.¹⁷ Abzulehnen ist in jedem Fall eine zu enge Definition, um Schutzlücken zu vermeiden. Gerade wenn konkrete Fallgruppen genannt werden, bietet dies auch gleichzeitig Risiken, da kaum möglich ist, sämtliche Konstellationen zu erfassen.¹⁸ Es ist ratsam, diese Definition mit einem Katalog von vertraulichen Informationen zu kombinieren. Dabei bieten sich verschiedene Möglichkeiten an, diesen Katalog zu erstellen.

a) Positiv benennen (eng)

Das Geschäftsgeheimnis wird z.B. durch Nennen und Anfügen einer Anlage konkret bezeichnet. Dies ist nicht immer möglich, da zu Beginn einer Geschäftsbeziehung regelmäßig unklar ist, welche konkreten Informationen die andere Partei im Laufe der Zusammenarbeit erhalten wird.¹⁹ Dieser Ansatz wird meist bei Franchise-Vereinbarungen oder Lizenzverträgen, etwa für Patente oder Marken, genutzt, da er sich dafür eignet sicherzustellen, dass konkrete Informationen, wie z.B. Patentunterlagen, unzweifelhaft von der Vereinbarung umfasst sind.²⁰

b) Negativ benennen (weit)

Eine abschließende Liste aller nicht geheimer Informationen bzw. Informationsarten wird erstellt und alle anderen Informationen unterfallen der Geheimhaltung.²¹

c) Verweis (differenziert)

Es wird auf die Kennzeichnung und Geheimhaltungsmaßnahmen der konkreten Dokumente/Informationen verwiesen. Dies setzt ein umfassendes Kennzeichnungs- bzw. Maßnahmensystem voraus.²² Dementsprechend liegt die angemessene Geheimhaltungsmaßnahme dann erst in dieser Kombination vor.²³

Denkbar sind auch Kombinationen aus positivem und negativem Nennen und Verweisen auf Kennzeichnungen. Die Informationen müssen weiterhin als geheimhaltungsbedürftig eingestuft sein. Dies entschied auch das *ArbG Trier*²⁴, was das *LAG Rheinland-Pfalz* wiederum in einem U. v. 21.2.2013 bestätigte, in welchem es den Verstoß einer Geheimhaltungspflicht verneinte, da kein berechtigtes betriebliches Interesse an der Geheimhaltung der Information bestand.²⁵

Darüber hinaus muss diese Definition, sofern sie unter die AGB fällt, der Inhaltskontrolle standhalten. Klauseln, durch welche demjenigen, dem die Informationen offengelegt werden, pauschal die Pflicht auferlegt wird das „Know-how“ oder „Geschäftsgeheimnisse“ des Vertragspartners zu schützen, verstoßen mangels einheitlicher Definitionen dieser unbestimmten Begriffe gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.²⁶ Klauseln, in denen zur Geheimhaltung aller dem Vertragspartner bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet wird, sog. „Catch All“-Klauseln, sind als unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.²⁷

Im IT-Bereich besteht insofern wenigstens Klarheit, dass der Quellcode regelmäßig als Betriebsgeheimnis einzustufen ist. Dies hat zumindest der *Oberste Gerichtshof in Österreich* in seiner E. v. 10.12.2020 ausdrücklich anerkannt.²⁸ Auch in der deutschen Rechtsprechung und Literatur wird dies zumeist angenommen.²⁹

Als Beispiel für eine entsprechende Klausel könnte man folgende Formulierung wählen:

Der Geschäftspartner verpflichtet sich aus diesen Gründen zur strikten und unbedingten Geheimhaltung sämtlicher Tatsachen, Informationen und Unterlagen (in mündlicher, gedruckter oder maschinenlesbarer Form), welche den in der Präambel bezeichneten Geschäftsbetrieb der XXX betreffen (im Weiteren als „vertrauliche Informationen“ bezeichnet). Zu den vertraulichen Informationen zählen insbesondere

- die von der XXX-Gruppe entwickelten Technologien und Datenmodelle zur computergestützten Analyse von Finanzmärkten,
- die von der XXX-Gruppe zur Analyse entwickelte Software, einschließlich des Source Codes, Object Codes, der Programmdokumentation, der Datenflusspläne, der Benutzerdokumentation und sonstiger technischer Grundlagen,
- die Identitäten von XXX-Kunden, Partnern, Zulieferern und Vertriebsunternehmen,
- die finanziellen und strategischen Rahmenbedingungen der XXX-Gruppe,
- die der Kooperation zwischen Kunden und XXX zu Grunde liegenden Informationen hinsichtlich der wirtschaftlichen Aktivitäten der Kunden und
- die Finanzinformationen, die XXX ihren Kunden übermittelt oder zu übermitteln beabsichtigt.

2. Geheimnisschutzpflicht

Die Geheimhaltungsvereinbarung sollte genaue Regelungen hinsichtlich des Umfangs der Geheimnisschutzpflicht enthalten.³⁰ Verpflichtungen und Ausnahmetatbestände sollten dabei klar definiert werden. Auch hier kann auf § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG verwiesen werden, indem sich der Beteiligte dazu verpflichtet selbst angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen zu treffen.³¹

In der Geheimhaltungsvereinbarung sollte nicht nur die Pflicht, Geheimnisse nicht an Dritte weiterzugeben zum Ausdruck gebracht werden, sondern darüber hinaus auch die Pflicht, Geheimnisse nicht für andere als im Vertrag geregelte Zwecke zu verwenden, um z.B. Fälle zu vermeiden, in denen ein ehemaliger Arbeitnehmer sich selbstständig macht.³²

¹⁵ *Becker/Kussnik*, RAW 2018, 119 (122).

¹⁶ *Jansen/Hofmann*, BB 2020, 259 (263); vgl. *Hille*, WRP 2020, 824 (828), Rn. 37.

¹⁷ *Jansen/Hofmann*, BB 2020, 259 (263).

¹⁸ *Becker/Kussnik*, RAW 2018, 119 (124).

¹⁹ *Becker/Kussnik*, RAW 2018, 119 (124).

²⁰ *Hille*, WRP 2020, 824 (828).

²¹ Vgl. *Kirchner/Prasse/Steinbach-Mertens* (o. Fußn. 14).

²² *Hille*, WRP 2020, 824 (828 f.).

²³ *Becker/Kussnik*, RAW 2018, 119 (125).

²⁴ *ArbG Trier* U. v. 2.8.2012 – 2 Ca 526/12.

²⁵ *LAG Rheinland-Pfalz* ZD 2013, 460.

²⁶ Vgl. *Hille*, WRP 2020, 824 (827 f.).

²⁷ *Greßlin/Römermann*, BB 2016, 1461 (1464); *Holthausen*, NZA 2019, 1377 (1379 f.).

²⁸ *ÖOGH MMR* 2021, 549 – in diesem Heft.

²⁹ BGHZ 93, 191 (206) – Druckbalken; *BGH GRUR* 2002, 1046 (1048 f.) – Faxkarte; *OLG Celle* CR 1989, 1002 (1003); *Graf*, in: *MüKoStGB*, 3. Aufl. 2017, § 202a Rn. 31, 88, 92; *Hauck*, in: *Hoeren/Münker* (o. Fußn. 3), § 16 Rn. 37; *Maaßen*, GRUR 2019, 352 (356).

³⁰ *Jansen/Hofmann*, BB 2020, 259 (263).

³¹ *Jansen/Hofmann*, BB 2020, 259 (263).

³² *McGuire*, WRP 2019, 679 (684), Rn. 36.

Weiterhin kann in einer Geheimhaltungsvereinbarung keine bedingungslose Geheimhaltungsverpflichtung ohne entsprechende Ausnahmen auferlegt werden.³³ Eine der Geheimhaltungsverpflichtung widersprechende gesetzliche oder behördliche Offenbarungsverpflichtung kann z.B. nicht durch eine vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden.³⁴ Hingegen muss die Erfüllung solcher Offenbarungsverpflichtungen immer von der Verschwiegenheitsverpflichtung ausgenommen werden. Dies gilt auch für die Weitergabe von Informationen an den Betriebsrat oder Steuerberater durch den Arbeitnehmer.³⁵

Klausel:

Diese Verpflichtung entfällt für Informationen, die

- der Öffentlichkeit vor der Mitteilung an den empfangenden Partner bekannt oder allgemein zugänglich waren oder
- der Öffentlichkeit nach der Mitteilung an den empfangenden Partner ohne Mitwirken oder Verschulden desselben bekannt oder allgemein zugänglich werden oder
- dem empfangenden Partner bei Erhalt der Information bereits bekannt waren oder
- dem empfangenden Partner zu irgendeinem Zeitpunkt von einem Dritten ohne Auferlegung einer Vertraulichkeitsverpflichtung offenbart oder zugänglich gemacht werden oder
- von einem Mitarbeiter des empfangenden Partners ohne Kenntnis der Information entwickelt wurde.

Sollte die Offenlegung geheimhaltungsbedürftiger Informationen von einer Behörde oder einem Gericht zwingend angeordnet werden, so ist der empfangende Partner insoweit zur Offenlegung gegenüber der Behörde oder dem Gericht befugt. Der empfangende Partner hat den mitteilenden Partner über eine solche Anordnung unverzüglich zu informieren, soweit dies rechtlich zulässig ist.

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern hat mit U. v. 21.10.2009 darüber hinaus entschieden, dass auch Klauseln, durch welche es dem Arbeitnehmer verwehrt wird, sich mit anderen Arbeitnehmer*innen über seine Arbeitsvergütung auszutauschen, unwirksam sind. Dem Arbeitnehmer wird durch eine solche Regelung die Möglichkeit genommen, eine etwaige Ungleichbehandlung aufzudecken und diese gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.³⁶ Für den Fall der Beendigung der Zusammenarbeit bzw. der Geheimhaltungsvereinbarung ist regelmäßig eine Pflicht zur Rückgabe von Unterlagen und zur Vernichtung bzw. Löschung von Informationen, die Teil der Geheimhaltungsvereinbarung waren, vorgesehen.³⁷

Die Geheimnisschutzpflicht könnte wie folgt lauten:

■ Ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung der XXX darf der Geschäftspartner die vertraulichen Informationen weder für eigene Zwecke noch zu Gunsten Dritter sammeln, kopieren, aufbewahren oder in irgendeiner Art verwenden. Manuskripte für wissenschaftliche Veröffentlichungen und Vorträge, die mit dem Tätigkeitsbereich der XXX-Gruppe in Verbindung stehen, sind der XXX zur Freigabe vorzulegen. Eine Freigabe erfolgt, sofern berechnete betriebliche Interessen einer Publikation nicht entgegenstehen.

■ Der Geschäftspartner verpflichtet sich dazu, die vertraulichen Informationen innerhalb der XXX nur an diejenigen weiterzugeben, die diese Informationen zur Durchführung ihrer jeweiligen Arbeitsaufgabe im XXX-Bereich unbedingt benötigen. Dabei sind die Vorgaben der Geschäftsleitung in Bezug auf die jeweiligen Arbeitsaufgaben und die jeweils für Datenzugriffe in einzelnen Abteilungen bestehenden Regelungen nach Maßgabe der DS-GVO und ergänzender TOMs zu beachten.

■ Der Geschäftspartner ist zur Einhaltung des aktuellsten Standes der Technik, was Datensicherheit und den Schutz von Informationen angeht, verpflichtet. Er wird die XXX auf bestehende und drohende Sicherheitslücken hinweisen. Er wird bei der Auswahl und Bestellung von Wartungs-, Pflege- und sonstigem technischem Personal darauf achten, dass die jeweils tätigen Personen ihrerseits den aktuellsten Stand der Datensicherheit beachten und in all ihren Aktivitäten der vertraulichen Natur von XXX-Informationen Rechnung tragen.

■ Der Geschäftspartner verpflichtet sich in der Kommunikation innerhalb des Unternehmens und im Verkehr nach außen zur Einhaltung höchster Vertraulichkeitsstandards. Insbesondere wird er Informationen nicht unverschlüsselt über Internet-Dienste übertragen. Er wird auf den Einsatz geeigneter Firewall-Systeme sowie eine stets auf aktuellem Stand befindliche Virenkontrolle achten. Er trägt auch Sorge dafür, dass die von ihm benutzten Rechner nicht unbefugt zugänglich, insbesondere gegen Zugriff durch Dritte durch effiziente technische Schutzsysteme, gesichert sind. Besondere Sorgfaltspflichten treffen den Geschäftspartner auch hinsichtlich des sicheren Umgangs mit Passwörtern.

3. Nutzungsverbot/Reverse Engineering

Durch die gesetzliche Zulassung des Reverse Engineerings, welche nach dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG auch Geschäftspartnern, die schon vor Markteintritt im rechtmäßigen Besitz der Information sind, es gestattet, Gebrauch von einer solchen Produktanalyse zu machen, sind neue Probleme für Geheimnisinhaber entstanden.³⁸ Um zu vermeiden, dass Arbeitnehmer oder Geheimnissmitwisser einen unfairen Vorteil erlangen, ist es daher durchaus ratsam, Reverse Engineering vertraglich auszuschließen, um sich auf § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG berufen zu können.³⁹

In dem Fall, dass der Geheimnisinhaber dem Geschäftspartner die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses auf vertraglicher Basis erlaubt, muss in der Geheimhaltungsvereinbarung darauf hingewiesen werden, dass durch diese Erlaubnis keine Kontrollbefugnis i.S.d. § 2 Nr. 2 GeschGehG entsteht.⁴⁰

Eine Klausel könnte etwa lauten:

Der empfangende Partner verpflichtet sich zudem, geheimhaltungsbedürftige Informationen eines offenbarenden Partners nicht zurückzuentwickeln (Reverse Engineering), zu dekompileieren, zu disassemblieren oder in sonstiger Weise auf deren Zusammensetzung und/oder Herstellung zu untersuchen, sofern dies nicht für das Vorhaben erforderlich ist und der offenbarende Partner dem zuvor ausdrücklich schriftlich zugestimmt hat.

4. Verhältnis zu Dritten

Überdies muss in Geheimhaltungsvereinbarungen eine Erstreckung der Geheimhaltungsverpflichtungen auf Dritte geregelt werden. Der Kreis derjenigen, denen bestimmte Informationen weitergegeben werden, muss eingeschränkt werden. In einer Geheimhaltungsvereinbarung sollte daher eine entsprechende Klausel eingearbeitet werden, in der z.B. geregelt wird, dass ge-

³³ Holthausen, NZA 2019, 1377 (1380).

³⁴ Holthausen, NZA 2019, 1377 (1380); Preis/Reinfeld, ArbuR 1989, 361 (365).

³⁵ Holthausen, NZA 2019, 1377 (1380).

³⁶ LAG Mecklenburg-Vorpommern U. v. 21.10.2009 – 2SA 237/09.

³⁷ Kirchner/Prassel/Steinbach-Mertens (o. FuBn. 14).

³⁸ Strobel, in: Hoeren/Münker (o. FuBn. 3), § 3 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 30.

³⁹ Becker/Kussnik, RAW 2018, 119 (127); McGuire, WRP 2019, 679 (684), Rn. 40.

⁴⁰ Zur dahinterstehenden Problematik: McGuire, WRP 2019, 679 (683) mwN.

schützte Informationen an Mitarbeiter*innen nur soweit weitergegeben werden dürfen, wie dies für ihre Tätigkeit unbedingt notwendig ist.⁴¹ Weiterhin sollte der Empfänger der Geheimhaltungspflicht durch eine entsprechende Regelung dazu verpflichtet werden, seine Angestellten, Mitarbeiter*innen und externen Dienst- und Werkleister wiederum vertraglich zur Geheimhaltung zu verpflichten.⁴² Auch sollte eine Geheimhaltungsvereinbarung eine Verpflichtung zum vorherigen Einverständnis des Geschäftsgeheimnisinhabers vorsehen, in dem Fall, dass der Verpflichtete es für notwendig erachtet, einen Dritten in die Vereinbarung einzubeziehen.⁴³

Da auch das Erhalten rechtswidrig weitergegebener Geschäftsgeheimnisse vom GeschGehG sanktioniert wird, sollte zum eigenen Schutz eine Versicherung eingefügt werden, dass so erlangte Geschäftsgeheimnisse Dritter an einen selbst nicht weitergegeben werden.⁴⁴

5. Hinweise auf Fehlverhalten/Whistleblowing

Auf Grund der Tatsache, dass viele rechtswidrige Informationen, die durch Whistleblowing preisgegeben werden (z.B. Kartellabsprachen), mangels Handelswert kein Geschäftsgeheimnis darstellen, ist die Bedeutung des Whistleblowings für den Geheimnisschutz auf die Offenlegung von Informationen i.R.v. Hinweisen auf Fehlverhalten begrenzt.⁴⁵ In so einem Fall hat der Hinweisgeber die Möglichkeit, sich gem. § 5 Nr. 2 GeschGehG unter bestimmten Voraussetzungen auf eine Rechtfertigung zu berufen. In der Praxis hat sich etabliert, dass ein Hinweisgeber zunächst interne Steuerungs- und Kontrollsysteme nutzen muss und sich anschließend an öffentliche Stellen zu wenden hat.⁴⁶ Ein Kontakt mit den Medien sollte das letztmögliche Mittel darstellen.⁴⁷ Um dies zu verdeutlichen, sind Geheimnisinhaber gehalten, Kontroll- und Kommunikationssysteme zu schaffen und explizit auf diese in der Geheimhaltungsvereinbarung hinzuweisen.⁴⁸

6. Sanktionen und Hinweise auf Haftung/Strafbarkeit

Auf Grund der schwierigen Beweisbarkeit von Schäden wegen einer Verletzung aus einer Geheimhaltungspflicht sind insbesondere Vertragsstrafen ratsam.⁴⁹ Letztlich können diese als Druckmittel dienen, den zur Verschwiegenheit verpflichteten Teil auf die Einhaltung seiner Pflichten hinzuweisen.⁵⁰

Solche Vertragsstrafen müssen jedoch den Anforderungen des § 309 Nr. 6 BGB entsprechen. Indem die Höhe der Vertragsstrafe in das Ermessen des Geheimnisinhabers bzw. des ursprünglichen Informationsinhabers gestellt wird, der wiederum die Vergütung des anderen Vertragsteils und die Schwere des Pflichtverstoßes berücksichtigt, sind solche Regelungen durchsetzbar.⁵¹ Die Vereinbarung von Schadensersatzpauschalen, die den Nachweis eines Schadens entbehrllich machen, ist jedoch ebenfalls schwierig durchzusetzen.⁵² Dabei darf gem. § 309 Nr. 5 BGB die Pauschale nicht höher als der regelmäßig zu erwartende Schaden sein und dem anderen Vertragsteil muss die Möglichkeit eingeräumt werden, nachzuweisen, dass der Schaden nicht eingetreten ist oder niedriger ist als die Pauschale.⁵³ Wichtig ist auch, dass die Pönale an konkrete Tatbestände knüpft. Eine zu unbestimmte Vertragsstrafe fällt dem Verdikt der Transparenz nach § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB anheim.

Problematisch sind Vertragsstrafen auch in internationalen Kontexten. US-amerikanische Gerichte wehren sich gegen die Vorstellung einer Vertragsstrafe, sog. „contractual penalties“ sind ausnahmslos unwirksam.⁵⁴ Wirksam sind hingegen Klauseln über sog. „liquidated damages“, durch die die Parteien mit Vertragsschluss bereits im Vorfeld die schadensersatzrechtlichen Folgen eines potenziellen Vertragsbruchs festlegen.⁵⁵ Auf

Grund der generellen Unwirksamkeit von Vertragsstrafen und der genauen Prüfung der tatsächlichen Rechtsnatur einer vertraglichen Klausel durch die Gerichte, orientiert sich die Gestaltung von Verträgen in den USA an der Abgrenzung von „contractual penalties“ und „liquidated damages“.⁵⁶ Die Unterscheidung zwischen Vertragsstrafe und pauschalisiertem Schadensersatz ist auch in Großbritannien essenziell. Nach englischem Recht ist eine vertragliche Abrede nichtig, soweit sie als Vertragsstrafe zu qualifizieren ist.⁵⁷ Nach Rechtsprechung des *englischen Supreme Courts* ist allerdings eine Ausnahme des strengen Verbots von Vertragsstrafen anzunehmen, wenn eine Partei keine Möglichkeit zur Vereinbarung einer Schadenspauschale hat, weil es diesem Rechtsbehelf an hinreichender Effektivität mangeln würde. Dies ist im Einzelfall abzuwägen. Diese durch die Rechtsprechung etablierte Flexibilität in der Abgrenzung zwischen Vertragsstrafe und pauschalisiertem Schadensersatz führt zur diesbezüglichen Annäherung des englischen Rechts an das kontinentale Recht.⁵⁸

Zu beachten ist bei der Festlegung der Vertragsstrafe ebenfalls § 9 GeschGehG, wodurch die Möglichkeit geschaffen wird, gegen Rechtsfolgen mit dem Einwand vorzugehen, sie seien im konkreten Fall unverhältnismäßig.⁵⁹ Demnach ist es immer ratsam zu prüfen, bei welchem Verhalten eine Vertragsstrafe in welcher Höhe eintritt und ob dies insbesondere mit arbeitsrechtlichen Vorgaben im Einklang steht. Denkbar ist auch eine Regelung, in der ein Geheimnisinhaber die Höhe der Vertragsstrafe anhand der Umstände bestimmen kann, diese aber durch ein Gericht, sollte Uneinigkeit bestehen, untersucht werden kann.⁶⁰

Neben einer Vertragsstrafe drohen dem Verletzer jedoch noch weitere Rechtsfolgen arbeitsrechtlicher, zivilrechtlicher und strafrechtlicher Natur.⁶¹

Eine sinnvolle Regelung zu Vertragsstrafen könnte heißen:

Der Geschäftspartner wird darauf hingewiesen, dass jede Verletzung dieser Vertraulichkeitsvereinbarung hohe Schadensersatzansprüche der XXX gegen ihn, mindestens aber eine Vertragsstrafe in Höhe von Betrag XXX auslösen kann (alternativ: in angemessener Höhe, wobei der Inhaber die Höhe nach billigem Ermessen i.S.v. § 315 BGB bestimmen wird und die Angemessenheit der Vertragsstrafe im Streitfall

41 Becker/Kussnik, RAW 2018, 119 (123).

42 Kirchner/Prasse/Steinbach-Mertens (o. FuBn. 14).

43 Kirchner/Prasse/Steinbach-Mertens (o. FuBn. 14).

44 Becker/Kussnik, RAW 2018, 119 (127); McGuire, WRP 2019, 679 (684 f.), Rn. 42; vgl. Hoeren/Münker, CCZ 2018, 85 (86 f.).

45 Beyerbach, in: Hoeren/Münker (o. FuBn. 3), § 5 Nr. 1 Rn. 47; Kalbfus, GRUR 2016, 1009 (1011); McGuire, WRP 2019, 679 (685), Rn. 44.

46 Baranowski/Glabl, BB 2016, 2563 (2566); Brammsen, in: MüKoLauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, § 17 Rn. 57; McGuire, WRP 2019, 679 (685), Rn. 45; Reinhardt-Kasperik, in: Hoeren/Münker (o. FuBn. 3), § 5 Nr. 2 Rn. 20.

47 McGuire, WRP 2019, 679 (685), Rn. 45.

48 Wirthl/Krause, CB 2015, 27 (31).

49 Alfes, in: Krauß/Weise, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 56. Ed. 2021, 20.2 Rn. 3; Heusel (o. FuBn. 2), Rn. 14.

50 Mayer, MDR 2018, 245 (247).

51 Heusel (o. FuBn. 2), Rn. 14.

52 Söbbing, GWR 2010, 237 (239).

53 Fischl, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (o. FuBn. 10), § 17 Rn. 130.

54 Nodoushani, VersR 2005, 1623.

55 Nodoushani, VersR 2005, 1623.

56 Nodoushani, VersR 2005, 1623.

57 Beale, IWRZ 2017, 68 (68).

58 Beale, IWRZ 2017, 68 (72).

59 S. dazu auch: Pohl, in: Hoeren/Münker (o. FuBn. 3), § 9; Tochtermann, WRP 2019, 688.

60 Voigt/Herrmann/Grabenschröer, BB 2019, 142 (145).

61 Gaugenrieder/Unger-Hellmich, WRP 2011, 1364 (1379 f.).

von dem zuständigen Gericht überprüft werden kann). Auch wird er bereits jetzt auf die denkbaren strafrechtlichen Folgen einer unbefugten Offenbarung, insbesondere im Hinblick auf § 23 GeschGehG hingewiesen.

7. Zuständigkeit, anwendbares Recht und mehr

Ebenso kann es empfehlenswert sein, Vereinbarungen über den Gerichtsstand und das anzuwendende Recht in den Vertrag aufzunehmen. Im Rahmen einer Gerichtsstandsvereinbarung ist § 38 Abs. 1 ZPO einzuhalten, der die Zuständigkeit eines Gerichts durch Vereinbarung nur ermöglicht, wenn es sich bei den Vertragsparteien um Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliches Sondervermögen handelt.⁶² Gem. § 1029 ZPO kann auch die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart werden. Nach Absatz 2 kann dies sowohl im Rahmen einer selbstständigen Vereinbarung als auch in Form einer Klausel in einem Vertrag erfolgen. Eine solche Schiedsgerichtsvereinbarung bringt insbesondere den Vorteil, die Öffentlichkeit eines ordentlichen Gerichtsprozesses zu vermeiden.⁶³ Zusätzlich kann eine salvatorische Klausel hinzugefügt werden, um den Bestand der Vereinbarung bei Unwirksamkeit eines Teils derselben sicherzustellen.

Zuletzt bietet es sich an, eine doppelte Schriftformklausel aufzunehmen, die jedoch so gestaltet sein muss, dass sie einer AGB-Kontrolle nach § 307 BGB standhält, insbesondere nach der Rechtsprechung des BAG⁶⁴ darf dadurch der Vertragspartner nicht unangemessen benachteiligt werden und der Eindruck entstehen, dass eine abweichende mündliche Individualabrede unwirksam sei.⁶⁵

IV. Besonderheiten bei Verträgen mit Arbeitnehmern

Daraus ergibt sich ein klares Leitbild für eine Geheimhaltungsvereinbarung mit Geschäftspartnern im IT-Bereich, das jedoch nicht unbesehen auf eine Geheimnisabrede mit Arbeitnehmer*innen übertragen werden kann. Bei diesem Klientel sind Vertragsstrafen regelmäßig nicht zulässig, wenn diese zu hoch ausfallen.⁶⁶ Denkbar wäre bei Arbeitnehmer*innen auch ein Wettbewerbsverbot, um einen Wechsel zu konkurrierenden Unternehmen unter Mitnahme von Geschäftsgeheimnissen zu untersagen.⁶⁷ Bei einem solchen Verbot fällt aber nach § 74 Abs. 2 HGB eine Karenzenschädigung an, die während der gesamten Zeit des Wettbewerbsverbots drohende Schäden oder Einbußen des Arbeitnehmers kompensiert. Fällt die Karenzenschädigung nicht angemessen hoch aus, ist der Arbeitnehmer auch nicht an die Vereinbarung über das Wettbewerbsverbot gebunden.⁶⁸ Effektiver ist hier ein Abwerbverbot zwischen Geschäftspartnern, um gerade im hochsensiblen Bereich der Übernahme fremder Programmierer das Softwarehaus vor Abwerbversuchen zu schützen.⁶⁹ Allerdings ist dabei § 75f HGB zu bedenken, wonach eine gerichtliche Durchsetzbarkeit solcher Abwerbverbote von Arbeitnehmer*innen⁷⁰ grundsätzlich nicht besteht.

⁶² Heusel (o. Fußn. 2), Rn. 16.

⁶³ Heusel (o. Fußn. 2), Rn. 16.

⁶⁴ BAG NZA 2008, 1233.

⁶⁵ Heusel (o. Fußn. 2), Rn. 17.

⁶⁶ Hoeren (o. Fußn. 13), § 2 Rn. 52.

⁶⁷ Böning, in: Hoeren/Münker (o. Fußn. 3), § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 Rn. 35 f.

⁶⁸ Böning, in: Hoeren/Münker (o. Fußn. 3), § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 Rn. 35 f. mwN.

⁶⁹ Hoeren (o. Fußn. 13), § 2 Rn. 53.

⁷⁰ Nicht nur Handlungsgehilfen fallen unter § 75f HGB: BGH NJW 1974, 1282 (1283); BAGE 22, 125 (134).

⁷¹ BGH NJW 1984, 116 (117).

⁷² BGH NZA 2015, 111 ff.

⁷³ BGH NZA 2015, 111 (114).

⁷⁴ BGH NZA 2015, 111 (114).

Sinn dieser Norm ist gerade, dass die Pflicht zur Zahlung einer Karenzenschädigung nicht umgangen wird, um das Recht auf berufliche Selbstbestimmung gem. Art. 12 Abs. 1 GG zu schützen.⁷¹ Jedoch hat der BGH in seiner E. v. 30.4.2014 bekräftigt, dass vertragliche Verbote der Abwerbung wichtiger Schlüsselpersonen für eine Dauer bis zu zwei Jahren nach Abschluss des Projekts zulässig und im Wege einer verfassungskonformen einschränkenden Auslegung des § 75f HGB einklagbar sein können.⁷² Voraussetzung dafür ist außerdem das Vorliegen einer definierten Fallgruppe. Die abwerbende Handlung muss entweder nach dem UWG eine unlautere geschäftliche Handlung darstellen⁷³ oder das Abwerbverbot ist eine Nebenbestimmung und nicht Hauptzweck der Vereinbarung, welche auf einem besonderen Vertrauensverhältnis oder einer besonderen Schutzbedürftigkeit basiert.⁷⁴

Klausel:

Jede Partei verpflichtet sich, während sowie bis zwei Jahre nach Beendigung dieses Vertrags keine Mitarbeiter*innen der anderen Partei direkt oder indirekt abzuwerben. Für jeden Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Bestimmung in Satz 1 zahlt die verstoßende Partei an die andere Partei eine Vertragsstrafe in Höhe von XXX.

V. Fazit

Die Abfassung einer Geheimnisschutzvereinbarung im IT-Bereich ist kein Teufelszeug. Schwierig ist nur die gewissenhafte Prüfung, was unter eine solche Vereinbarung fallen soll. Sorgfalt ist auch bei der Präzisierung der Tatbestände für eine Vertragsstrafe geboten. Ansonsten kann sich ein Muster eventuell an beiliegendem Raster entwickeln lassen, das mit aller Bedacht empfohlen werden kann, aber noch an die Bedürfnisse des Rechtsgestalters angepasst werden muss.

Schnell gelesen ...

- Geheimhaltungsvereinbarungen müssen sorgfältig geplant werden.
- Besonderes Augenmerk gilt vor allem der genauen Bezeichnung, was geheimhaltungsbedürftig ist. Dabei müssen auch Datensicherheits- und Datenschutzfragen einbezogen werden.
- Eine Geheimhaltungsvereinbarung kann mit Vertragsstrafen verbunden werden, sofern die Vorgaben des AGB-Rechts eingehalten werden und der Strafschadensersatz nicht zu hoch festgesetzt wird.
- Eine Vereinbarung zu Reverse Engineering kann sinnvoll sein.
- Besonderer Problemfall ist eine Geheimhaltungsvereinbarung in Arbeitsverhältnissen, u.a. wegen der Karenzenschädigung.



Professor Dr. Thomas Hoeren

ist Direktor des ITM an der Universität Münster und Mit-herausgeber der MMR.



Dr. Reiner Münker

ist Hauptgeschäftsführer der Wettbewerbszentrale Bad Homburg.