

Beweislast und Beweisführung im GeschGehG-Verfahren

STEFAN MAAßEN

I. EINLEITUNG

Zur Umsetzung der Geheimnis-Richtlinie (EU) 2016/943¹ hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) ein eigenes »Stammgesetz« geschaffen, welches die §§ 17–19 UWG a.F. ersetzt. Das GeschGehG verankert erstmals eine umfassende Regelung des Geheimnisschutzes im deutschen Recht und enthält in § 2 Nr. 1² auch erstmals eine Legaldefinition des Geheimnisses. Da zahlreiche Auseinandersetzungen über Geheimnisse durch einen komplexen technischen Hintergrund geprägt sind, scheint überraschend, dass die Beratung und Vertretung in Fragen des Geheimnisschutzes nicht zu den originären Aufgaben des Patentanwalts gehören, die in § 3 Abs. 2 Nr. 1 PAO genannt sind. Gleichwohl hat der Gesetzgeber bei Umsetzung der Geheimnis-Richtlinie eine Ergänzung der PAO offenbar nicht einmal bedacht. Trotz der fehlenden ausdrücklichen Regelung ergibt sich die Befugnis eines Patentanwalts zum Tätigwerden in GeschGehG-Sachen jedoch ohne weiteres aus § 3 Abs. 3 PAO, soweit das Geheimnis eine nicht geschützte Erfindung oder eine sonstige die Technik bereichernde Leistung betrifft. Diese Begriffe sind weit zu verstehen und umfassen auch den Schutz von »Know-how«.³ Damit sind zwar Tätigkeiten in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse ohne technischen Bezug nicht mehr von der Vertretungs- und Beratungsbefugnis des Patentanwalts umfasst. In technisch geprägten GeschGehG-Verfahren ist jedoch der Patentanwalt ein wichtiger und mitunter unverzichtbarer Begleiter.

Die prozessualen Vorschriften für eine Geschäftsgeheimnisstreitsache weisen im Verhältnis insbesondere zum Patentverletzungsverfahren nur wenige Besonderheiten auf. Eine Abweichung bildet die wenig sinnvolle Beschränkung des Gerichtsstandes auf den Sitz des Beklagten (§ 15 Abs. 2), die unter Umständen zur Verfahrenseinkleitung vor weitgehend unerfahrenen Gerichten zwingt.⁴ Im Übrigen enthalten die

1 Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

2 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des GeschGehG.

3 Reinhard in Weyland, BRAO, 11. Auflage 2024, PAO § 3, Rn. 10.

4 Vgl. Gregor in Fuhlrott/Hieramente, BeckOK GeschGehG, 21. Ed. Stand 15.9.2024 § 15 Rn. 11.1: »Gefahr einer gewissen Unberechenbarkeit«.

§§ 16–20 mehrere Sonderregelungen, die den Schutz des Geheimnisses im Verfahren sicherstellen sollen. Von diesen Vorschriften abgesehen, unterliegt das gerichtliche Verfahren in Geschäftsgeheimnisstreitsachen den allgemeinen Vorgaben der ZPO.⁵ Der spezifische Streitgegenstand und sein fehlender absoluter Schutz haben allerdings Auswirkungen auf die Prozess- und vor allem die Beweisführung. Einige dieser Besonderheiten sollen nachfolgend anhand der in der Praxis besonders relevanten Ansprüche aus §§ 4 Abs. 1 und 2, 6 aus der Perspektive des Praktikers betrachtet werden.

II. ABGRENZUNG ZUR BESTIMMTHEIT

Eine Besonderheit des GeschGehG-Verfahrens ergibt sich aus dem Umstand, dass der Streitgegenstand mitunter nicht eindeutig bestimmt ist. Während im Patentverletzungsverfahren das verletzte Rechtsgut klar definiert ist und allenfalls die Auslegung von Anspruchsmerkmalen im Streit steht, muss ein Anspruchsteller in der Geheimnisstreitsache zunächst genau bezeichnen, welche Merkmale das Geheimnis überhaupt umfassen soll. Der pauschale Verweis auf Dokumente, die ein Geheimnis enthalten sollen, genügt nicht.⁶ Auch die Vorlage des technischen Konzeptes einer industriellen Fertigungsanlage ersetzt nicht das konkrete Vorbringen des Geheimnisinhabers dazu, welche einzelnen technischen Merkmale ein Geheimnis darstellen.⁷ Der Kläger bzw. Anspruchsteller muss indes den Gegenstand des Geheimnisses nicht nur detailliert beschreiben, um prozessual wirksam zum Bestand eines Geschäftsgeheimnisses vorzutragen. Vielmehr folgt das Erfordernis einer eindeutigen Beschreibung des Geheimnisses bereits aus dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Auch in Bezug auf ein Geschäftsgeheimnis gilt der Grundsatz, dass ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein darf, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Prozessgegner deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Unterlassungsschuldner verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe.⁸ Entsprechend müssen z.B. Konstruktionspläne, die ein Geschäftsgeheimnis enthalten, vorgelegt und eine als Geheimnis angesehene Rezeptur präzise bezeichnet werden.⁹ Dieses Erfordernis besteht auch dann,

5 Die §§ 15, 21 und 22 enthalten spezielle Bestimmungen zu Zuständigkeit, Urteilsveröffentlichung und Streitwertbegünstigung, die den Regelungen in anderen Gesetzen wie z.B. §§ 14, 12 Abs. 2 UWG; §§ 143, 140e, 144 PatG oder §§ 52, 47, 54 DesignG entsprechen und keine Besonderheit des GeschGehG bilden.

6 OLG Frankfurt, 27.11.2020, 6 W 113/20, GRUR-RS 2021, 229, Rn. 14 ff.; vgl. Witz in Festschrift für Bornkamm, 2014, S. 515.

7 OLG Koblenz, 04.05.2016, 9 U 1382/13, BeckRS 2016, 133395, Rn. 46 – Hohlfasermembranspinnanlage II.

8 BGH, 22.03.2018, I ZR 118/16, GRUR 2018, 1161, Rn. 16 – Hohlfasermembranspinnanlage II; so auch BAG, 25.04.1989, 3 AZR 35/88, NJW 1989, 3237.

9 OLG Stuttgart, 19.11.2020, 2 U 575/19, GRUR-RS 2020, 35613, Rn. 77 – Schaumstoffsysteme.

wenn der Gegenstand des Geheimnisses beiden Prozessparteien bekannt ist.¹⁰ Es ist zu beachten, dass der Verbotsgegenstand im GeschGehG-Verfahren allein durch das Vorbringen des Klägers definiert wird und eine Auslegung unter Rückgriff auf neutrale Unterlagen wie eine Patentschrift nicht möglich ist. Entsprechend wichtig ist die frühzeitige, abschließende und eindeutige Umschreibung des Geheimnisses aus der Perspektive des Prozessgegners. Unterbleibt diese Festlegung, riskiert der Prozessgegner, dass sich der Kläger im Laufe eines Verfahrens auf immer neue Merkmale seines (angeblichen) Geheimnisses beruft. Dies wiederum kann die Rechtsverteidigung erheblich erschweren und dazu führen, dass der Gegner im Laufe des Verfahrens mehr vortragen muss als bei einer frühzeitigen und eindeutigen Bestimmung des verfahrensrelevanten Geheimnisses erforderlich gewesen wäre.

III. BEWEISLAST UND BEWEISFÜHRUNG

1. Bestand eines (eigenen) Geschäftsgeheimnisses

Die Definition des Geschäftsgeheimnisses in § 2 Nr. 1 enthält mehrere Merkmale, die für die Frage der Beweislast und Beweisführung von Bedeutung sind. Dies betrifft vor allem die (fehlende) allgemeine Bekanntheit der Information und die Frage, ob angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen zum Schutze dieser Information getroffen wurden.

a) Grundlagen

Hinsichtlich der Beweislast für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses gilt zunächst die allgemeine Regel, dass jede Partei für die für sie günstigen Umstände die Beweislast trägt.¹¹ Dieser Grundsatz entspricht auch der Vorgabe des Art. 11 (1) lit. a RL 2016/943, derzufolge der klagende Geheimnisinhaber die für ihn günstige Tatsache nachweisen muss, dass ein Geheimnis vorliegt.

b) Geheimnischarakter

Der Schutz einer Information als Geschäftsgeheimnis setzt nicht voraus, dass diese Information in einem absoluten Sinne geheim ist. Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 a) genügt es, wenn die Information weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile bei den beteiligten Kreisen

¹⁰ OLG Düsseldorf, 07.12.2010, 20 U 18/10, BeckRS 2011, 7387 (im Streitfall eine Kundenliste).

¹¹ Diese ungeschriebene allgemeine Regel sieht vor, dass der Anspruchsteller rechtsbegründende, der Anspruchsgegner rechtsvernichtende Tatbestandsmerkmale zu beweisen hat, vgl. Foerste in Musielak/Voit, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 286, Rn. 35.

allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich und daher von wirtschaftlichem Wert ist. Dabei stehen die beiden Varianten der fehlenden Offenkundigkeit in keinem Ausschlussverhältnis zueinander, sondern können auch nebeneinander eingreifen.¹²

Eine Information ist dann »allgemein bekannt«, wenn sie zum gängigen Wissensstand gehört oder einer durchschnittlichen Person des maßgeblichen Fachkreises bekannt ist.¹³ Es kommt nicht auf die Bekanntheit der Information in irgendeinem Teil der Öffentlichkeit an, sondern darauf, ob die an der konkreten Angabe zumindest potentiell interessierte Öffentlichkeit die Information kennt (informationsspezifische Fachöffentlichkeit)¹⁴. Die Bekanntheit kann insbesondere durch Veröffentlichungen in Fachliteratur und Pressemitteilungen oder auch durch Werbung eintreten. »Ohne Weiteres zugänglich« ist eine Information, wenn sich die maßgeblichen Fachkreise ohne besondere Hindernisse und ohne besonderen Kosten- und Zeitaufwand mit lauterer Mitteln Kenntnis von dieser verschaffen können.¹⁵ Dies ist der Fall, wenn sich eine Information z.B. in Fachzeitschriften oder in öffentlichen Datenbanken befindet und für einen Fachmann auf dem jeweiligen Gebiet mit seinen Mitteln und Methoden ohne größeren Aufwand zu erlangen ist.¹⁶ Im Übrigen muss die Information aufgrund des Geheimnischarakters einen »wirtschaftlichen Wert« haben. Dieses Merkmal ist nach allgemeiner Ansicht weit auszulegen und erfordert insbesondere nicht die Feststellung irgendeines konkreten (nachweisbaren) Wertes,¹⁷ so dass sich insoweit regelmäßig keine Beweisschwierigkeiten ergeben.

Nach den allgemeinen Regeln liegt die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen eines Geheimnisses beim Anspruchsteller.¹⁸ Dieser muss in einem ersten Schritt das Vorliegen eines Geheimnisses behaupten, um seinen Anspruch schlüssig zu begründen. Da bei einem solchen Vorbringen dem Prozessgegner ein einfaches Bestreiten mit Nichtwissen (§ 138 Abs. 4 ZPO) genügt, trägt der Anspruchsteller in der Praxis schon zu Beginn des Verfahrens weitere Tatsachen vor, aus denen sich die fehlende Offenkundigkeit ergibt, etwa die Nichtverfügbarkeit der Information in den für das Fachgebiet einschlägigen Datenbanken.

12 Alexander in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 42. Aufl. 2024, GeschGehG § 2, Rn. 35.

13 OLG Düsseldorf, 11.03.2021, 15 U 6/20, GRUR-RS 2021, 17483, Rn. 31 – CAD-Konstruktionszeichnung; Harte-Bavendamm in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, 2. Aufl. 2024, § 2, Rn. 23.

14 Alexander in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, GeschGehG § 2, Rn. 33.

15 Alexander in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, GeschGehG § 2, Rn. 36.

16 Harte-Bavendamm in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2, Rn. 32. Kein erheblicher Zeit- oder Kostenaufwand besteht, wenn die Beschaffung der Daten eine vierstündige Recherche und Ausgaben von etwa 300 € erfordert, Harte-Bavendamm, aaO, Rn. 34a; demgegenüber bildet eine Arbeitszeit von 70 Stunden einen erheblicher Aufwand, vgl. BayObLG, 28.08.1990, RReg. 4 St 250/89, GRUR 1991, 694 – Geldspielautomat.

17 Statt aller: Harte-Bavendamm in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2, Rn. 36a.

18 Glinke in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, 1. Aufl. 2021, § 2, Rn. 102; Harte-Bavendamm in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2, Rn. 40.

Prozessual besteht die Besonderheit, dass das Nichtvorliegen der Offenkundigkeit und damit eine negative Tatsache materielle Tatbestandsvoraussetzung ist. Nach der Rechtsprechung kann den Gegner in dieser Situation eine sekundäre Darlegungslast treffen. Diese entsteht, wenn die eigentlich darlegungspflichtige Partei weder nähere Kenntnis von den maßgeblichen Umständen noch die Möglichkeit zur weiteren Aufklärung hat, während der Gegner die wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen.¹⁹ Hat also der Anspruchsteller die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft und substantiiert zur fehlenden Offenkundigkeit seines Geheimnisses vorgetragen, kann sich der Beklagte nicht mehr auf ein einfaches Bestreiten beschränken. Vielmehr muss er positiv darlegen, aus welchen Umständen sich eine Offenkundigkeit ergeben soll. Er müsste also Personenkreise benennen, denen die Information bekannt ist, oder Wege aufzeigen, wie die Informationen ohne größere Hürden verfügbar sind. Maßstab hierbei ist wiederum der jeweilige informationsspezifische Fachkreis.²⁰ Unterbleibt ein substantiiertes Sachvortrag des Prozessgegners, gilt die relevante Tatsache, hier also die fehlende Offenkundigkeit, als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Die sekundäre Darlegungslast des Prozessgegners begründet allerdings keine sekundäre Beweislast. Sofern ein substantiiertes Bestreiten erfolgt, muss weiterhin der Anspruchsteller die konkret behaupteten Tatsachen widerlegen.²¹ Dies entspricht nicht nur allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen, sondern ist sachgerecht, weil der Geheimnisinhaber dazu berufen ist, »sein« Geheimnis von anderen Informationen des spezifischen technischen Gebiets abzugrenzen und eindeutig zu bestimmen. Je mehr ein Geschäftsgeheimnis mit allgemein bekannten Informationen zusammenfällt, desto konkreter muss der Geheimnisinhaber die beanspruchten, nach seiner Darlegung geheimen Informationen bezeichnen und von offenkundigen Informationen abgrenzen.²² Es bleibt damit Aufgabe des Geheimnisinhabers, die fehlende Offenkundigkeit nachzuweisen.²³

c) Vorliegen angemessener Schutzmaßnahmen

Weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses ist der Bestand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen. Systematisch handelt es sich bei der Einrichtung von Schutzmaßnahmen um eine Obliegenheit des Geheimnisinhabers.²⁴ Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die angemessenen

19 St. Rspr., BGH, 16.12.2021, I ZR 186/20, GRUR-RS 2021, 54093, Rn. 32 – Stopfaggregat (zu § 4 Nr. 3 c) UWG); vgl. BGH, 25.05.2020, VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, Rn. 37 – Dieselskandal.

20 Harte-Bavendamm in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2, Rn. 32.

21 Glinke in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2, Rn. 103.

22 Witz in Festschrift für Bornkamm, 2014, S. 515.

23 Witz in Festschrift für Bornkamm, 2014, S. 526.

24 Harte-Bavendamm in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2, Rn. 40.

Schutzmaßnahmen ergeben, trägt der Inhaber.²⁵ Der Geheimnisinhaber muss substantiiert zu Art und Umfang der ergriffenen Schutzmaßnahmen vortragen und diese beweisen, sofern der Prozessgegner deren Vorhandensein prozessrechtlich zulässig und wirksam bestreitet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich ein Arbeitnehmer des Geheimnisinhabers in der Regel nicht auf ein pauschales Bestreiten mit Nichtwissen beschränken kann.

In der Praxis werden die objektiven Anforderungen hinsichtlich des Umfangs der Maßnahmen gelegentlich mit den Ausführungen zur Beweislast vermengt. Sicherlich übertrieben ist es, vom Geheimnisinhaber die Darlegung eines auf jeden Einzelfall ausgelegten Geheimnisschutzplans zu fordern.²⁶ Insgesamt sind die rechtlichen Anforderungen an den Umfang der Schutzmaßnahmen noch nicht abschließend geklärt. Richtigerweise ist eine extreme Sicherheit nicht zu fordern; erst recht darf nicht von der tatsächlichen Verletzung auf die Unangemessenheit der Schutzmaßnahmen geschlossen werden. Insgesamt kann es nur darauf ankommen, ob der Inhaber im Vorfeld sinnvolle und effiziente Maßnahmen zum Schutz der Informationen getroffen hat, die in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des Geheimnisses stehen.²⁷

Die Beweisführung bezüglich der Schutzmaßnahmen ist in der Praxis aufgrund der noch nicht abschließend geklärten materiell-rechtlichen Anforderungen nicht einfach. Zumeist genügt eine Darlegung der einzelnen technischen und organisatorischen Maßnahmen, die der Inhaber ergriffen hat. Hinsichtlich der Beschreibung der »need to know«-Anforderungen als zentralem Element der Geheimhaltung²⁸ genügt in der Regel der Hinweis, dass nur solche Personen Zugriff auf die Informationen haben, die diese im Rahmen ihrer beruflichen Belange benötigen. Andere Gerichte hinterfragen im Detail, wer aus welchem Grund einen Zugriff auf das Geheimnis hatte.²⁹ Teile des Schrifttums fordern außerdem, dass der Inhaber neben dem generellen »Was und Wie« eines Schutzes auch die Angemessenheit im konkreten Einzelfall beweisen muss.³⁰ Insoweit sollte die Rechtsprechung jedoch keine übertriebenen

25 OLG Stuttgart, 19.11.2020, 2 U 575/19, GRUR-RS 2020, 35613, Rn. 167 – Schaumstoffsysteme; OLG Schleswig, 28.04.2022, 6 U 39/21, GRUR-RR 2022, 404, Rn. 63 – Teil-Kostenrechnung; so auch die Vorstellung des Gesetzgebers, s. BT-Drs. 19/4724, S. 24.

26 Zutreffend Ohly in Ohly/Sosnitza, *GeschGehG*, 8. Aufl. 2023, § 2, Rn. 21; anders aber LAG Köln, 02.12.2019, 2 SaGa 20/19, BeckRS 2019, 44850, Rn. 23: »konkretisiertes, auf die einzelnen Geheimnisse speziell abgestelltes Geheimschutz-Management« als Nachweis für ergriffene Maßnahmen.

27 OLG Stuttgart, 19.11.2020, 2 U 575/19, GRUR-RS 2020, 35613, Rn. 167 – Schaumstoffsysteme; OLG Düsseldorf, 11.03.2021, 15 U 6/20, GRUR-RS 2021, 17483, Rn. 48 – CAD-Konstruktionszeichnung; tendenziell strenger mit ausführlicher Analyse von Einzelfragen OLG Schleswig, 28.04.2022, 6 U 39/21, GRUR-RR 2022, 404, Rn. 65 ff. – Teil-Kostenrechnung; zur Ausgestaltung Maaßen, GRUR 2019, 352.

28 OLG Stuttgart, 19.11.2020, 2 U 575/19, GRUR-RS 2020, 35613, Rn. 169 – Schaumstoffsysteme; Ohly, GRUR 2019, 441, 444; Maaßen, GRUR 2019, 352, 357; einschränkend Schönknecht in Keller/Schönknecht/Glinke *GeschGehG* § 2 Rn. 71.

29 OLG Schleswig, 28.04.2022, 6 U 39/21, GRUR-RR 2022, 404, Rn. 63 ff. – Teil-Kostenrechnung.

30 Fuhlrott in Fuhlrott/Hiéramente, BeckOK *GeschGehG*, § 2, Rn. 66.

Anforderungen stellen. Dies gilt insbesondere, wenn der Geheimnisinhaber durch die Darlegung von Einzelheiten der Schutzmaßnahmen dazu gezwungen wird, dem Beklagten und der Prozessöffentlichkeit Schwachpunkte seines Konzeptes zu offenbaren.³¹

Schwierigkeiten ergeben sich für den Geheimnisinhaber bei dem praktisch häufigen Fall, dass ein ehemaliger Arbeitnehmer auf Beklagtenseite steht. Dieser kennt mögliche Defizite des Schutzkonzeptes und kann ggf. auch substantiiert darlegen, ob die behaupteten Geheimhaltungsmaßnahmen in der betrieblichen Praxis konsequent eingehalten und kontrolliert wurden.³² In diesem Fall kann der Geheimnisinhaber zu detaillierten Darlegungen hinsichtlich der praktischen Umsetzung seiner Maßnahmen gezwungen sein. Gerade vor diesem Hintergrund ist es für den Geheimnisinhaber geboten, nicht nur angemessene Schutzmaßnahmen zu ergreifen, sondern diese bis hin zu arbeitsrechtlichen Sanktionen im Fall der Nichteinhaltung durchzusetzen. Für den Fall von Auseinandersetzungen empfiehlt es sich ferner, neben den Schutzmaßnahmen auch ihre Einhaltung und regelmäßige Überprüfung sorgfältig zu dokumentieren.

2. Vorliegen einer Verletzungshandlung

Der Nachweis einer Rechtsverletzung stellt den Geheimnisinhaber, der nicht auf Erkenntnisse aus einem vorgelagerten Strafverfahren oder einem Beweissicherungsverfahren zurückgreifen kann, vor erhebliche Schwierigkeiten.

a) Grundsatz

Wer eine Rechtsverletzung im Sinne des § 4 geltend macht, muss – wiederum nach den allgemeinen Grundsätzen – darlegen und beweisen, dass die Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Norm in Bezug auf jede einzelne Verletzungsform erfüllt sind.³³ Besondere Erleichterungen für die Beweisführung des Geheimnisinhabers bestehen nicht. Im Gegenteil war im Verfahren vor Verabschiedung der Richtlinie noch die Aufnahme der Klarstellung gefordert worden, dass der Geheimnisinhaber die Beweislast für den rechtswidrigen Erwerb der Information durch den Prozessgegner trage. Diese Klarstellung, die letztlich nicht in die Richtlinie übernommen wurde, sollte dem Umstand Rechnung tragen, dass der Geheimnisschutz keine eigentumsähnliche Position begründet.³⁴ Somit muss das Gericht bis zum Beweis des Gegenteils

31 Glinke in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2, Rn. 105.

32 Vgl. etwa die detaillierten Einwendungen der Beklagten in OLG Stuttgart, 19.11.2020, 2 U 575/19, GRUR-RS 2020, 35613, Rn. 96.

33 OLG Stuttgart, 19.11.2020, 2 U 575/19, GRUR-RS 2020, 35613, Rn. 120 – Schaumstoffsysteme.

34 Bericht A8-0199/2015 v. 22.06.2015, Änderungsantrag 69; dazu auch Koós, MMR 2016, 224, 228.

davon ausgehen, dass der Anspruchsgegner keine Informationen unredlich erlangt, genutzt oder offengelegt hat.³⁵

b) Unbefugtes Erlangen, Nutzen oder Offenlegen

Macht der Kläger einen Anspruch aus §§ 4, 6 geltend, muss er zu den Merkmalen einer der Tatbestandsalternativen des § 4 Abs. 1 oder Abs. 2 vortragen. Verfahren, die ausschließlich Ansprüche wegen eines unbefugten Erlangens (§ 4 Abs. 1 Nr. 1) umfassen, sind selten. Häufig hat der Geheimnisinhaber zunächst nicht einmal Kenntnis davon, dass ein Dritter in den Besitz einer Information gelangt ist, erst recht hat er keine Kenntnis von den Tatumständen.³⁶ In der Praxis erfolgt eine Durchsetzung allein wegen des unbefugten Erlangens daher vor allem in Situationen, in denen der Geheimnisinhaber aufgrund konkreter Umstände bereits einen Verdacht hat. Typische Fälle sind auffällige Datentransfers im zeitlichen Zusammenhang mit einer Kündigung, die den Geheimnisinhaber zu einer Überprüfung des E-Mail-Accounts des Mitarbeiters veranlassen.

Häufiger sind Sachverhalte, bei denen der Kläger in einem Verfahren wegen verschiedener Tatbeiträge Ansprüche gegen unterschiedliche Personen geltend macht, etwa gegen einen früheren Arbeitnehmer und zugleich gegen dessen neuen Arbeitgeber oder eine vom Arbeitnehmer gegründete Gesellschaft. Wirtschaftlich relevant sind die Ansprüche wegen unbefugter Nutzung (§ 4 Abs. 2), die sich gegen den neuen Unternehmer oder die Gesellschaft richten. Gleichwohl konzentriert sich die Auseinandersetzung in diesen Verfahren häufig auf die Frage, ob die betroffenen Informationen durch eine Vortat nach § 4 Abs. 1 oder durch ein rechtmäßiges Verhalten (Erfahrungswissen, Eigenentwicklung oder Reverse Engineering) erlangt wurden. Es bleibt auch in diesen Fällen beim Grundsatz der Darlegungs- und Beweislast des Anspruchstellers, der zunächst die anspruchsbegründenden Tatsachen substantiiert vortragen muss. Gelingt dies, kommt es zu einem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag und bei Bedarf zu einer Beweiserhebung hinsichtlich des Sachverhalts, der unter Berücksichtigung der Darlegung beider Parteien streitig bleibt.

aa) Kein Anscheinsbeweis

Eine Beweiserleichterung nach den Grundsätzen des sog. Anscheinsbeweises wäre aus der Perspektive des beweisbelasteten Geheimnisinhabers eine bedeutende Erleichterung. Dieser kommt unter Berücksichtigung aller im Verfahren unstreitig festgestellten Einzelumstände in Betracht, wenn sich ein Geschehensablauf nach

35 Pichlmaier/Oldekop in Hoppe/Oldekop, Geschäftsgeheimnisse, 2. Aufl. 2022, Kap. 3, Rn. 245.

36 Vgl. LG Kempten, 30.12.2020, 1 HK O 503/20, BeckRS 2020, 45020, Rn. 41.

allgemeiner Lebenserfahrung in vergleichbaren Sachverhalten als gleichförmig darstellt.³⁷ Liegen die Voraussetzungen des Anscheinsbeweises vor, muss der Beweisgegner keinen vollen Beweis des Gegenteils führen, sondern lediglich glaubhaft zur Überzeugung des Gerichts behaupten, dass sich im konkreten Fall eine ernsthafte abweichende Möglichkeit des Geschehensablauf ergeben kann.³⁸

Der Anwendungsbereich dieser Beweiserleichterung ist im GeschGehG-Verfahren zumindest bislang gering. So begründet die (nachgewiesene) unbefugte Verschaffung bzw. Erlangung von Geschäftsgeheimnissen keinen Anscheinsbeweis für eine spätere unbefugte Verwertung bzw. Nutzung, wie das BAG in einem eigentlich eindeutigen Fall entschieden hat.³⁹ Ebenso begründet die unbefugte Weiterleitung einer Datei mit umfangreichen Kundeninformationen⁴⁰ durch einen Mitarbeiter auf dessen privates E-Mail-Konto keinen Anscheinsbeweis für eine Nutzung oder Offenlegung an Dritte.⁴¹ Auch wenn die genannten Entscheidungen aus der Perspektive eines Klägers unbefriedigend scheinen, ist die Zurückhaltung der Rechtsprechung richtig: Die Geschehensabläufe im Zusammenhang mit der (angeblichen) Erlangung und Nutzung (angeblicher) Geschäftsgeheimnisse sind zu unterschiedlich und zu stark von den Umständen des Einzelfalls geprägt, um überhaupt unter Hinweis auf eine hinreichende Zahl vergleichbarer Sachverhalte irgendwelche beweisrelevanten Schlüsse ziehen zu können.

Richtigerweise begründet daher auch die bloße Ähnlichkeit von Produktrezepturen keinen Anscheinsbeweis dafür, dass der Hersteller, der zu einem späteren Zeitpunkt auf den Markt gekommen ist, Geschäftsgeheimnisse des Ersthersellers genutzt hat.⁴² Erst recht entspricht es nicht einem typischen Geschehensablauf, dass ein ehemaliger Mitarbeiter sich unbefugt Geheimnisse beschafft hat oder nutzt. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, die eine solche Handlung naheliegend erscheinen lassen.⁴³ Soweit ein Anscheinsbeweis zugunsten des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses in Fällen angenommen werden soll, in denen sich der vermeintliche Verletzer auf eine »Doppelschöpfung« beruft,⁴⁴ ist Zurückhaltung geboten, da technische Lösungen zumeist auf unterschiedlichem Weg erreicht werden können. Diese Fälle sind beweistechnisch über die Regeln zur sekundären Darlegungslast zu lösen.

37 Prütting in MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 286, Rn. 50.

38 Prütting in MüKo-ZPO, § 286, Rn. 67.

39 Bei einem Mittäter wurden im Rahmen einer Hausdurchsuchung umfangreiche Unterlagen mit Geheimnissen aufgefunden und das Gericht selbst ging davon aus, dass nach der Lebenserfahrung eine Verwertung erfolgt sei, BAG, 19.05.1998, 9 AZR 394/97, NZA 1999, 200, 202.

40 Übersicht der an 15 Großkunden verkauften Geräte, aufgeteilt nach Namen, verkaufter Technologie, Empfängerland und Region aus den Jahren 2000–2018.

41 LAG Rheinland-Pfalz, 25.01.2021, 3 SaGa 8/20, BeckRS 2021, 15024, Rn. 44.

42 OLG Thüringen, 13.06.2012, 2 U 896/11, juris, Rn. 60.

43 Pichlmaier/Oldekop in Hoppe/Oldekop, Geschäftsgeheimnisse, Kap. 3, Rn. 252.

44 So Spiecker in Fuhlrott/Hieramente, BeckOK GeschGehG, § 3, Rn. 6.

bb) Beweisführung durch Indizien

Für die Praxis des GeschGehG-Verfahrens in hohem Maße relevant ist eine weitere Form der Beweiserleichterung, die der beweisbelasteten Partei in Form des Indizienbeweises zur Verfügung steht. Das Gericht muss dabei prüfen, ob es bei unterstellter Richtigkeit der Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien (Hilfstatsachen) von der Wahrheit einer Haupttatsache überzeugt ist.⁴⁵ Diese Schlussfolgerung darf das Gericht nur ziehen, wenn andere Schlussfolgerungen als das den Indizien entnommene Ergebnis ernstlich nicht in Betracht kommt.⁴⁶ Der Anspruchsteller muss daher im Verfahren zunächst Indizien vortragen, die bei vernünftiger Betrachtung eine rechtswidrige Nutzung eines Geheimnisses nahelegen.⁴⁷

Ein hinreichend substantiierter Nachweis kann sich bereits aus einer auffälligen Ähnlichkeit von Produkteigenschaften ergeben. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich identische oder sehr ähnliche Eigenschaften von Produkten durch unterschiedliche Rezepturen oder Herstellungsverfahren erreichen lassen.⁴⁸ Übereinstimmungen in Abmessungen oder sonstigen technischen Einzelheiten bilden nur dann ein taugliches Indiz, wenn sie nicht dem Branchenstandard entsprechen oder gar in technischen Normen vorgegeben sind. Gänzlich verfehlt ist es, hinsichtlich der technischen Einzelheiten von Maschinen oder in deren Konstruktionszeichnungen im Wesentlichen nach Übereinstimmungen in Funktion, Aufbau und Abmessungen zu suchen, ohne zugleich zu fragen, ob bestimmte Funktionen und Abmessungen technisch sinnvoll oder üblich sind.⁴⁹ Ebenfalls fehlerhaft ist es, aufgrund einer hohen Anzahl von übereinstimmenden Abmessungen einen Schluss auf eine Verwendung schriftlicher Unterlagen zu ziehen, wenn sich die meisten Übereinstimmungen mathematisch zwingend aus der Konstruktion zueinander passender Bauteile ergeben. Die Praxis zeigt, dass in diesen Verfahren die eigene technische Expertise der Parteien häufig nicht ausreicht, um dem Gericht ein zutreffendes Bild zu vermitteln. Daher kann die Hinzuziehung von Patentanwälten oder anderen gerichtserfahrenen Technikern für die Darstellung und Beweisführung entscheidend sein.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Anspruchsteller bei einem Anspruch wegen unbefugter Nutzung (§ 4 Abs. 2) auch substantiiert zu der Vortat (§ 4 Abs. 1) vortragen muss. Er muss zugleich – und vorrangig – darlegen, durch welche Vortat die Geheimnisse unbefugt erlangt worden sein könnten. Fehlt jegliches Vorbringen zum unbefugten Erlangen, so erübrigt sich bei prozessrechtlich richtiger Behandlung die weitere Beweiswürdigung. Handelt es sich bei einem der Prozessgegner um einen früheren Arbeitnehmer, muss der Kläger zumindest substantiiert dazu vortragen,

45 BGH NJW-RR 2013, 743 Rn. 26; Marx GRUR 2021, 288, 290 mwN.

46 Prütting in MüKo-ZPO, § 284, Rn. 25.

47 Vgl. Ess, WRP 2020, 988, 994.

48 OLG Stuttgart, 19.11.2020, 2 U 575/19, GRUR-RS 2020, 35613, Rn. 94 – Schaumstoffsysteme.

49 So aber LG Koblenz, 23.10.2013, 10 O 354/05, BeckRS 2013, 199817; dies rügt zu Recht OLG Koblenz, 04.05.2016, 9 U 1382/13, BeckRS 2016, 133395, Rn. 52 – Hohlfasermembranspinnanlage II.

dass dieser Prozessgegner überhaupt Zugriff auf die relevanten Informationen hatte. Für die Würdigung dieser Indiztatsache kann es dann darauf ankommen, unter welchen Umständen die Trennung vom früheren Arbeitgeber erfolgt ist. Wurde ein Arbeitnehmer überraschend gekündigt, sofort freigestellt und musste das Werksgelände noch am selben Tag verlassen, spricht dies gegen die Anfertigung schriftlicher Unterlagen.⁵⁰

Kann der Anspruchsteller substantiiert zu der möglichen Erlangung, zu Übereinstimmungen z.B. in mehreren konkreten, nicht alltäglichen technischen Merkmalen und weiteren Besonderheiten des Falles (z.B. zeitlicher Ablauf eines Personalwechsels, Häufung von Serverzugriffen) vortragen und hat er zugleich seine Erkenntnismöglichkeiten ausgeschöpft, entsteht eine sekundäre Darlegungslast des Prozessgegners. Dieser muss – in Abhängigkeit vom Vorbringen der primär beweisbelasteten Partei – seinerseits im Rahmen des Zumutbaren darlegen, welche Unterschiede zwischen den Produkten bestehen oder auf welchem Weg das eigene Produkt entwickelt wurde und äußerstenfalls sogar eigene Nachforschungen vornehmen.⁵¹ Soweit die Auferlegung der sekundären Darlegungslast faktisch eine Pflicht zum Vorbringen von Tatsachen begründet, von denen der Anspruchsteller andernfalls keine Kenntnis hätte oder hätte erlangen können, begründet dies nicht den Vorwurf einer unzulässigen Ausforschung. Sie ist vielmehr Ausdruck der aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes folgende Verpflichtung einer fairen Verteilung von Darlegungs- und Beweislast.⁵²

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit bildet das Geheimhaltungsinteresse des Anspruchsgegners ein wichtiges Abwägungskriterium. Dieser hat ebenso wie der Anspruchsteller ein schutzwürdiges Interesse am Schutz seiner eigenen Entwicklungsabläufe, so dass ein Geheimhaltungsinteresse der Annahme einer sekundären Beweislast entgegenstehen kann.⁵³ Im Rahmen dieser Abwägung ist allerdings die Besonderheit zu beachten, dass das GeschGehG in den §§ 16–20 spezifische Regeln zum Schutz von Geheimnissen im Verfahren enthält. Auf diese Regeln kann sich auch der Prozessgegner zum Schutz seiner eigenen, zum Zweck der Rechtsverteidigung vorgetragenen Informationen berufen und eine Geheimhaltungsanordnung beantragen.⁵⁴ Will der Prozessgegner trotz dieser Schutzmöglichkeit gleichwohl bestimmte Informationen nicht offenlegen, muss er darlegen, welche Nachteile er durch die Offenlegung welcher konkreten Information im Verfahren zu befürchten hat.⁵⁵

50 OLG Koblenz, 21.07.2021, 9 U 1382/13 (n.v.), S. 89.

51 Vgl. Marx, GRUR 2021, 288, 293.

52 BVerfG, 18.02.2019, 1 BvR 2556/17, NJW 2019, 1510, Rn. 12 ff.; vgl. BGH, 25.05.2020, VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, Rn. 41 – Dieselskandal.

53 Vgl. BGH, 15.03.2012, I ZR 52/10, GRUR 2012, 626, Rn. 28 – Converse I; OLG Frankfurt/M., 30.01.2008, 23 U 38/05, MMR 2008, 473; zum Geheimnisschutz des Prozessgegners vgl. Ann in Ann/Loschelder/Grosch, Praxishandbuch Know-how-Schutz, 1. Aufl. 2010, Kap. 7, Rn. 43.

54 Ohly in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, vor § 16, Rn. 22; Maaßen/Perino-Stiller, WRP 2022, 1210, 1211.

55 BGH, 20.07.2010, EnZR 24/09, NVwZ-RR 2011, 58, Rn. 35; BGH, 19.11.2008, VIII ZR 138/07, NJW 2009, 502, Rn. 46.

cc) Einwand des Erfahrungswissens

Ein häufig in GeschGehG-Verfahren erhobener Einwand des Prozessgegners besteht darin, dass er bei Entwicklung oder Konstruktion seines Produktes lediglich auf Erfahrungswissen zurückgegriffen habe. Der Einsatz von Erfahrungswissen ist nicht ausdrücklich im GeschGehG geregelt. Die Zulässigkeit ihrer Nutzung ergibt sich daraus, dass die Person, die sich auf das Erfahrungswissen beruft, zu einem früheren Zeitpunkt – in der Regel als Arbeitnehmer – einen rechtmäßigen Zugriff auf die Information hatte. Bleibt diese Information im Gedächtnis, fehlt es an einem unbefugten Erlangen, da die Verwendung der regulär erworbenen beruflichen Erfahrung nach Beendigung des Arbeits- oder Dienstverhältnisses unbeschränkt zulässig ist und bleibt.⁵⁶ Unzulässig ist es allerdings, wenn der Arbeitnehmer sein Erfahrungswissen durch Rückgriff auf schriftliche Unterlagen »auffrischt«. Dies gilt auch, wenn es sich um Unterlagen handelt, die der Arbeitnehmer während seines Beschäftigungsverhältnisses rechtmäßig erstellt hat. Der spätere Rückgriff auf diese Unterlagen bildet ein unbefugtes (Wieder-)Erlangen.⁵⁷

Bei dem Einwand des Erfahrungswissens steht somit die Gedächtnisleistung des früheren Mitarbeiters im Mittelpunkt der Beweisführung. Insoweit sind die Gerichte durchaus skeptisch. So war der Bundesgerichtshof hinsichtlich des Arguments, dass ein ausgeschiedener Handelsvertreter mindestens 200–220 Kundenadressen unter Zuhilfenahme des Telefonbuchs rekonstruieren konnte, zurückhaltend und hat die Sache zur Beweisaufnahme zurückverwiesen.⁵⁸ Auch im Verfahren »Hohlfasermembranspinnanlage II« vermisste der BGH eine Klärung der Frage, ob die Beklagten dazu in der Lage waren, die relevanten Düsenblöcke aus dem Gedächtnis zu konstruieren.⁵⁹ Ein Hinweis zu den Grenzen der Gedächtnisleistung (bzw. der richterlichen Geduld mit entsprechendem Parteivortrag) ergibt sich aus einer aktuellen Entscheidung des I. Zivilsenats: Die Annahme des Tatgerichts, ein Mitarbeiter könne sich ohne schriftliche Notizen drei Datensätze merken, die jeweils Kundenname und ein Passwort mit acht Zeichen umfassen, bewegt sich zwar noch im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO. Handele es sich jedoch um zehn entsprechende Datensätze umfasse, liege eine Aufzeichnung der Informationen nahe.⁶⁰ Eine andere Betrachtung ist jedoch vorzunehmen, sofern es um konstruktive Merkmale einschließlich ihrer Abmessungen oder der Auswahl bestimmter Bauteile geht. Insoweit scheint es durchaus möglich, dass ein technisch hochqualifizierter Mitarbeiter, der

56 BGH, 22.03.2018, I ZR 118/16, GRUR 2018, 1161, Rn. 46 – Hohlfasermembranspinnanlage II; BAG, 19.05.1998, 9 AZR 394/97, NZA 1999, 200, 201.

57 BGH, 27.04.2006, I ZR 126/03, GRUR 2006, 1044, Rn. 14 – Kundendatenprogramm; BGH, 26.02.2009, I ZR 28/06 GRUR 2009, 603, Rn. 15 – Versicherungsuntervertreter.

58 BGH, 14.01.1999, I ZR 2/97, GRUR 1999, 934, 936 – Weinberater.

59 BGH, 22.03.2018, I ZR 118/16, GRUR 2018, 1161, Rn. 47 – Hohlfasermembranspinnanlage II; das OLG Koblenz hat die Klage nach erneuter umfangreicher Beweisaufnahme abgewiesen.

60 BGH, 02.05.2024, I ZR 96/23, GRUR-RS 2024, 11610, Rn. 13 ff. – Einwahldaten.

sich um die Beschaffung der Bauteile und die Wartung von Anlagen zu kümmern hat, auch technische Details im Gedächtnis behält.⁶¹ Insgesamt nehmen die Gerichte bei der Beurteilung der Gedächtnisleistung eine differenzierte Betrachtung vor. Sofern es um eine Vielzahl von Adressen oder ähnlich beliebige Daten geht, ist das eigene Gedächtnis allerdings nur selten eine erfolgreiche Verteidigung.

dd) Einwand der Eigenentwicklung

Die Erlangung von Geschäftsgeheimnissen durch eigenständige Entdeckung oder Entwicklung ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 uneingeschränkt zulässig. Die Regelung ist unmittelbarer Ausdruck des Umstandes, dass ein Geschäftsgeheimnis kein absolutes Recht ist. Entsprechend gewährt das GeschGehG keinen Schutz vor unabhängigen Doppelschöpfungen.⁶²

In der Praxis sind Verfahren selten, in denen sich der Prozessgegner ausschließlich mit dem Einwand der Eigenentwicklung verteidigt. Weitaus häufiger sind Fälle, in denen der Prozessgegner geltend macht, dass er bei der Eigenentwicklung zugleich sein Erfahrungswissen oder Informationen aus einem zulässigen Rückbau verwendet habe. Im Fall einer reinen Doppelschöpfung dürfte es dem Anspruchsteller mangels vorherigem Kontakt zum Prozessgegner häufig schwer fallen, substantiiert zu einer Handlung gem. § 4 Abs. 1 vorzutragen, sodass sich der Anspruchsgegner auf ein Bestreiten der Tathandlung beschränken kann.⁶³ Sollte dem Anspruchsteller eine hinreichende Substantiierung gelingen und keine eigene Darlegung mehr möglich sein, trifft den Gegner die sekundäre Beweislast für das Vorliegen einer Eigenentwicklung.⁶⁴ In diesem Fall muss der Anspruchsgegner den Nachweis erbringen, wie z.B. die Entwicklung seines eigenen Produktes ohne Informationen des Anspruchstellers erfolgt ist.⁶⁵ Aus der sekundären Beweislast folgt allerdings keine Verpflichtung des Anspruchsgegners, eine Besichtigung zu dulden oder Gegenstände bzw. Pläne vorzulegen. Eine solche Verpflichtung kann sich allenfalls aus §§ 422, 423 ZPO i.V.m. § 809 BGB oder einer Anordnung des Gerichts gem. § 142 Abs. 1 ZPO ergeben und setzt daher zunächst eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Rechtsverletzung voraus.⁶⁶ Im Übrigen dürfte die Vorlage zumindest eines Teils der eigenen Dokumentation erforderlich sein, um die eigene F&E-Tätigkeit durch Nachweis unterschiedlicher Entwurfsstadien zu belegen. Zum Schutz seiner eigenen Geschäftsgeheimnisse

61 OLG Koblenz, 21.07.2021, 9 U 1382/13 (n.v.), S. 87.

62 Ohly in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 3, Rn. 13.

63 Ohly in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 3, Rn. 18.

64 Teilweise wird für alle Tatbestände des § 3 eine Darlegungs- und Beweislast des Anspruchsgegners angenommen mit der Begründung, § 3 sei Schranke des Geheimnisschutzes und komme dem Anspruchsgegner zugute, vgl. McGuire in Büscher, GeschGehG, 1. Aufl. 2019, § 3, Rn. 6.

65 Ohly in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 3, Rn. 18.

66 BGH, 01.08.2006, X ZR 114/03, GRUR 2006, 962 – Restschadstoffentfernung, Rn. 41 ff.

kann sich der Prozessgegner auf §§ 16–20 berufen, die obigen Ausführungen zur Abwägung der Parteiinteressen gelten entsprechend.⁶⁷

In Verfahren, in denen der Prozessgegner frühere Arbeitnehmer des Anspruchstellers beschäftigt, ist auch die Frage von Bedeutung, ob und in welchem Umfang der frühere Arbeitnehmer an der Entwicklung beteiligt war. Soweit eine Beteiligung vorlag, kann dies zumindest die weitere Darlegung erfordern, dass der ausgeschiedene Mitarbeiter ausschließlich auf sein Erfahrungswissen zurückgegriffen und keine schriftlichen Informationen des früheren Arbeitgebers verwendet hat. Vorteilhaft ist es in diesen Fällen, wenn der neue Arbeitgeber im Rahmen der Entwicklungstätigkeit ein sog. »Clean Team« zwischengeschaltet hat. Die Aufgabe dieses »Clean Team« besteht darin, in mündlichen Interviews das Erfahrungswissen des früheren Arbeitnehmers aufzuzeichnen und an die eigenen, personell getrennten Entwickler weiterzugeben. Wird dieser Vorgang sorgfältig dokumentiert, bildet dies eine wertvolle Verteidigung.⁶⁸

ee) Einwand des Reverse Engineering

Bei dem Einwand des zulässigen Rückbaus (Reverse Engineering) verteidigt sich der Prozessgegner nicht unter Hinweis auf eine eigenständige Schöpfung, sondern gesteht die Verwendung des Originals als Vorlage ausdrücklich zu. Bei diesem Argument ist entscheidend, dass § 3 Abs. 1 Nr. 2 nur den tatsächlich durchgeführten Rückbau als Weg der redlichen Informationsbeschaffung privilegiert und keine allgemeine Verteidigung für Verletzer begründet. Macht der Prozessgegner geltend, er habe konkrete Informationen durch zulässigen Rückbau erlangt, muss er diesen Vorgang in Bezug auf sämtliche relevanten Informationen darlegen und beweisen.⁶⁹ Unbeachtlich ist demgegenüber der Einwand eines rein hypothetischen Reverse Engineering, bei dem der Prozessgegner lediglich darlegt, dass ein Erlangen der Information durch einen Rückbau möglich *wäre*. Dieser Einwand ist nur dann relevant, wenn der Prozessgegner zugleich darlegt, dass der Rückbau keinen größeren Aufwand erfordert und aus diesem Grund eine leichte Zugänglichkeit im Sinne des § 2 Nr. 1 a) vorliegt. Im Übrigen kann sich der Prozessgegner nur auf den Nachweis des tatsächlich durchgeführten Reverse Engineering, niemals auf die bloße Möglichkeit einer Informationsbeschaffung durch Reverse Engineering berufen.⁷⁰

67 S.o. III. 2. b) bb).

68 Zum »Clean Room« vgl. auch Ess, WRP 2020, 988, 995.

69 OLG Düsseldorf, 11.03.2021, 15 U 6/20, GRUR-RS 2021, 17483, Rn. 62 – CAD-Konstruktionszeichnung.

70 Zutreffend OLG Hamm, 15.09.2020, 4 U 177/19, juris, Rn. 301 – Stopfaggregate; Ohly in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 3, Rn. 29; Alexander in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, GeschGehG § 3, Rn. 30; verfehlt dagegen LAG Köln, 28.09.2022, 11 Sa 128/22, BeckRS 2022, 50817, Rn. 27; ArbG Aachen, 13.01.2022, 8 Ca 1229/20, BeckRS 2022, 1697, Rn. 61.

Da der Rückbau nur dann einen uneingeschränkt zulässigen Weg zur Erlangung von Geheimnissen begründet, wenn das Produkt oder der Gegenstand öffentlich verfügbar war (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 a)), muss der Prozessgegner auch den Beschaffungsvorgang darlegen und beweisen. Eine Ausnahme gilt, soweit der Prozessgegner das Originalprodukt auf dem Graumarkt unter Verletzung insbesondere markenrechtlicher Vorschriften erlangt hat und seinen Verkäufer vor Sanktionen schützen will. Da der Anspruchsteller im Rahmen des GeschGehG-Verfahrens kein schutzwürdiges Interesse an der Identifizierung eines Parallelhändlers hat, besteht ein Anspruch auf Preisgabe der Bezugsquelle nur, wenn ernsthafte Zweifel daran bestehen, dass tatsächlich ein Originalprodukt erworben und analysiert wurde.

Zu allen Einzelheiten der Informationsbeschaffung durch Rückbau und Analyse wiederum kann und muss der Prozessgegner unter Vorlage entsprechender Protokolle, Messergebnisse etc. vortragen. Nicht selten zeigt sich dabei, dass der Prozessgegner nur die Ermittlung bestimmter Angaben oder sonstiger Abmessungen belegen kann, nicht aber die Erlangung der Gesamtheit aller für den Nachbau erforderlichen Angaben.⁷¹ Im Übrigen ist zu beachten, dass bestimmte Informationen durch den Rückbau oder eine andere nachträgliche Analyse nicht zu erlangen sind. So ist es nach einer Verschweißung von einzelnen Bauteilen in der Regel nicht mehr möglich, millimetergenaue Angaben zu den Abmessungen der Bauteile zu gewinnen. In ähnlicher Weise ist die Informationsgewinnung (z.B. Gaschromatographie) auf die Ermittlung der Inhaltsstoffe von Materialien beschränkt. Nicht möglich ist es demgegenüber, die Temperatur eines Inhaltsstoffs zum Zeitpunkt seiner Verarbeitung nachträglich zu ermitteln. Auch in diesen Situationen ist also der Prozessanwalt gut beraten, technisch versierte Unterstützung hinzuzuziehen.

3. Beweismaß

Regelmäßig verweisen die Anspruchsteller in GeschGehG-Verfahren darauf, dass nach der Rechtsprechung des BGH die Anforderungen an den Nachweis der unredlichen Erlangung von Geschäftsgeheimnissen nicht überspannt werden dürfen. Diese Bewertung, die auf der Entscheidung »Industrieböden«⁷² beruht, ist im Ausgangspunkt zwar zutreffend. Bei der Beurteilung ist allerdings zu beachten, dass der zugrundeliegende Sachverhalt einige Besonderheiten aufwies: So war in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren rechtskräftig festgestellt, dass die außerordentliche Kündigung des Beklagten durch die Klägerin wegen des Verrats anderer Geschäftsgeheimnisse berechtigt war. Ferner war der Beklagte unstreitig in Besitz einer Skizze von Teilen der streitgegenständlichen Anlage. In einer solchen Situation ist

71 Vgl. OLG Düsseldorf, 11.03.2021, 15 U 6/20, GRUR-RS 2021, 17483, Rn. 62 – CAD-Konstruktionszeichnung. Erst recht ist es nicht möglich, weitgehend identische Konstruktionszeichnungen durch einen Rückbau zu erklären.

72 BGH, 21.12.1962, I ZR 47/61, GRUR 1963, 367, 369; ebenso BGH, 19.11.1982, I ZR 99/80, GRUR 1983, 179, 181 – Stapel-Automat.

der Hinweis berechtigt, dass an den Nachweis einer unredlichen Erlangung keine *weiteren* überspannten Anforderungen zu stellen seien. Im Übrigen bleibt es aber in Geschäftsgeheimnisstreitsachen dabei, dass der Anspruchsteller die Voraussetzungen der Ansprüche aus den §§ 6–8 darzulegen und zu beweisen hat. Eine Verurteilung kommt nur dann in Betracht, wenn unter Berücksichtigung sämtlicher Indizien und Ausführungen der Parteien keine vernünftigen Zweifel an der rechtswidrigen Handlung verbleiben.

IV. FAZIT

Die spezielle Rechtsnatur des Geschäftsgeheimnisses als häufig sehr wertvolles Wirtschaftsgut ohne absoluten Schutz führt zu schwierigen Prozessen: Gerade wenn es sich um Auseinandersetzungen handelt, die auch frühere Arbeitnehmer betreffen, fühlt sich der »bestohlene« Geheimnisinhaber hintergangen und ist von Hinweisen auf die Gedächtnisleistung und weiteren Ausflüchten seines Prozessgegners frustriert. Zu beachten ist allerdings auch der umgekehrte Fall: Ebenfalls frustriert ist der frühere Arbeitnehmer, der mit seinem Erfahrungswissen oder durch zulässigen Nachbau ein eigenes Produkt entwickelt hat und dann als Wettbewerber auftritt, wenn er von seinem – zumeist finanzstärkeren – früheren Arbeitgeber mit Prozessen überzogen wird, die mehr der Behinderung als der Anspruchsdurchsetzung dienen.

Insgesamt ist die beweisrechtliche Lage in GeschGehG-Verfahren ausgewogen. Mögliche Beweisschwierigkeiten des Anspruchstellers lassen sich über die Regeln der sekundären Beweislast lösen. Weitere Beweiserleichterungen bestehen nicht und sind auch nicht erforderlich. Die Geheimhaltungsinteressen beider Parteien sind durch die §§ 16–20 jedenfalls im Regelfall hinreichend geschützt.