

bei sensiblen Informationen empfiehlt es sich aber, den Vertragspartner zusätzlich zur Einhaltung bestimmter **Sicherheitsstandards** zu verpflichten. Die am wenigsten einschneidende Variante solcher Klauseln sieht vor, dass der Informationsempfänger hinsichtlich der vertraulichen Informationen diejenigen Sicherheitsstandards einzuhalten hat, die er auch bei **eigenen vertraulichen Informationen vergleichbarer Art** anzuwenden pflegt. Dies ermöglicht es dem Informationsempfänger, auf schon vorhandene Sicherheitsvorkehrungen zurückzugreifen, ohne dass zusätzliche Maßnahmen getroffen werden müssen (*Kurz* Vertraulichkeitsvereinbarungen Rn. 199). Dabei sollte allerdings nicht allein auf den Sorgfaltsmaßstab des § 277 BGB Bezug genommen werden. Vielmehr empfiehlt es sich, die Anforderungen an die Sicherheitsvorkehrungen zu objektivieren und ausdrücklich klarzustellen, dass mindestens den Umständen **angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen** im Sinne von § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG zu treffen sind (so auch *Jansen/Hofmann*, BB 2020, 259, 263). Würde dies nicht klargestellt, so entstünde das Risiko, dass die vertraulichen Informationen bei nachlässiger Geheimhaltung durch den Informationsempfänger ihren Status als Geschäftsgeheimnis verlieren.

Zum Schutz hochsensitiver Informationen werden auch bestimmte **Ver-** 51
schlüsselungsstandards, Wege zur **sicheren Informationsweitergabe** und gesonderte **Aufbewahrungspflichten**, ein **Verbot der Cloud-Speicherung** (*Steinmann/Schubmehl* CCZ 2017, 194, 196) oder der Bearbeitung außerhalb bestimmter Räumlichkeiten, die Beschränkung von Zugriffsrechten und die Protokollierung von Dateizugriffen, zB mittels sog. **Data Loss Prevention-Systeme** vereinbart (vgl. zu weiteren Maßnahmen *Kurz* Vertraulichkeitsvereinbarungen Rn. 574 ff.).

Je nach Sensitivität der Informationen können auch andere **objektive Sicher-** 52
heitsstandards vereinbart werden, zB eine Zertifizierung des IT-Sicherheitssystems nach der **DIN ISO/IEC 27001** (vgl. *McGuire* IPRB 2018, 202, 205; *Steinmann/Schubmehl* CCZ 2017, 194, 197). Im Bereich der Automobilindustrie hat sich der **TISAX**-Standard („Trusted Information Security Assessment Exchange“) weithin durchgesetzt. Für Unternehmen, die im Rahmen öffentlicher Aufträge mit Verschlussachen in Kontakt kommen, sind die Vorgaben des vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) herausgegebenen **Geheim-**
schutzhandbuchs (abrufbar unter: <https://bmwi-sicherheitsforum.de/media/handbuch/download/ghb.zip>, Abruf: 24.9.2023) zu beachten.

dd) Verschaffungsverbote, insb. Ausschluss von Reverse-Engineering. 53
Während Offenbarungs- und Nutzungsverbote den typischen Gegenstand von Vertraulichkeitsvereinbarungen bilden, sind **Verschaffungsverbote selten**. Der Grund dürfte einerseits darin liegen, dass Vertraulichkeitsvereinbarung einen Austausch von Geschäftsgeheimnissen absichern, der Verpflichtete das maßgebliche Geheimnis also bereits von seinem Vertragspartner erhält und sich eine Verschaffung somit erübrigt. Bedeutung hätten Verschaffungsverbote lediglich in Bezug auf andere als die aufgrund der Vereinbarung ohnehin offengelegten Geheimnisse. Eine solche Abrede wäre jedenfalls dann problematisch, wenn sie eine unabhängige Erschließung von Geschäftsgeheimnissen (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG) untersagen würde, da dies den Grundprinzipien des **relativen, nicht-exklusiven Geheimnisschutzes** zuwiderliefe. Informationen, die durch unabhängige Eigenschließung gewonnen wurden, sind daher meist sogar ausdrücklich von der Wirkung der Vertraulichkeitsvereinbarung ausgenommen (→ Rn. 33).

- 54 Gelegentlich anzutreffen sind allerdings **Reverse Engineering-Verbote** (vgl. dazu *Steinmann/Schubmehl CCZ* 2017, 194, 198; *Becker/Kussnik RAW* 2018, 119, 127). Die Zulässigkeit derartiger Klauseln war in der Literatur jedenfalls **vor Inkrafttreten des GeschGehG umstritten**. Mitunter wurden diese mit Blick auf den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit als sittenwidrig iSv § 138 Abs. 1 BGB qualifiziert (*Schweyer Reverse Engineering* 574 f.; aA *Kochmann* Schutz des Know-how gegen ausspähende Produktanalysen 265 f.). Bei formularmäßiger Verwendung wurde jedenfalls in einem pauschalen Verbot von Reverse Engineering eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2 BGB gesehen (*Kochmann* Schutz des Know-how gegen ausspähende Produktanalysen 264 f.).
- 55 Seit Inkrafttreten des GeschGehG geht das gesetzliche Leitbild von einer **grundsätzlichen Zulässigkeit des Reverse Engineering** aus (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG). Die Vorschrift setzt die vollharmonisierende Bestimmung des Art. 3 Abs. 1 lit. b Geschäftsgeheimnis-RL in nationales Recht um und ist deshalb nicht dispositiv (→ § 3 Rn. 25; *Alexander* WRP 2020, 1385 Rn. 41 ff.). Allerdings folgt aus § 3 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) GeschGehG a.E. im Umkehrschluss, dass für **Produkte oder Gegenstände, die nicht öffentlich verfügbar** gemacht wurden, vertragliche Beschränkungen vereinbart werden können. Ein vertragliches Verbot, Reverse Engineering zu betreiben, kann daher jedenfalls für nicht öffentlich verfügbare Produkte oder Gegenstände regelmäßig **weder als sittenwidrig** iSv § 138 Abs. 1 BGB **noch als unangemessene Benachteiligung** iSv § 307 Abs. 1, 2 BGB beurteilt werden (→ § 3 Rn. 27; *Strobel* in *Hoeren/Münker* GeschGehG § 3 Rn. 58 f.; *Maierhöfer/Hosseini* GRUR-Prax 2019, 542, 543 f., ähnlich: *Schönknecht* in *Keller/Schönknecht/Glinke* GeschGehG § 3 Rn. 54). In ähnlicher Weise geht auch **Art. 3 Abs. 1 lit. b) Geschäftsgeheimnis-RL** von einer vertraglichen Beschränkbarkeit des Reverse-Engineerings aus, wengleich ErwGr. 16 klarstellt, dass die Vertragsfreiheit Grenzen unterliegt. Zulässig sein dürften insbesondere Reverse Engineering-Beschränkungen bei solchen nicht öffentlich verfügbaren Gegenständen, die nur temporär überlassen werden, etwa im Rahmen von Forschungs- oder Entwicklungskooperationen oder aufgrund eines Mietverhältnisses. Zuweilen kritisch wird lediglich ein formularmäßiger Ausschluss von Reverse Engineering zulasten des Erwerbers in Kauf- oder Leasingkonstellationen gesehen (*Schönknecht* in *Keller/Schönknecht/Glinke* GeschGehG § 3 Rn. 53). Wird eine Sache (§ 90 BGB) zu Eigentum erworben, ergeben sich Spannungen zwischen einem Reverse Engineering-Verbot und den Befugnissen gemäß § 903 BGB. Bei **öffentlich verfügbar gemachten Produkten oder Gegenständen** wird eine vertragliche Beschränkung des Reverse Engineering – die zudem regelmäßig nur durch AGB möglich wäre – überwiegend für unzulässig gehalten (vgl. → § 3 Rn. 25 mwN; *Schönknecht* in *Keller/Schönknecht/Glinke* GeschGehG § 3 Rn. 42). Abschließend geklärt ist diese Frage bisher allerdings nicht (näher dazu: *Strobel* Reverse Engineering 232 ff.).
- 56 Unabhängig davon unterliegen vertragliche Reverse Engineering-Verbote **immateriälgüterrechtlichen Grenzen**: Soweit es um Software-Reverse Engineering geht, ist das Beobachten, Untersuchen und Testen durch Laden, Anzeigen, Abläufen, Übertragen oder Speichern von Computerprogrammen sowie dessen **Dekompilierung** zu bestimmten Zwecken zulässig (§§ 69d Abs. 3, 69e UrhG). Entgegenstehende Vertragsbestimmungen sind nichtig (§ 69g Abs. 2 UrhG). Auch zwingende patentrechtliche Schranken wie das **Versuchsprivileg** (§ 11 Nr. 2 PatG) dürfen nicht durch vertragliche Regelungen umgangen werden (*Schweyer*

Reverse Engineering 577; *Strobel* Reverse Engineering 240 ff.). Ein Reverse Engineering-Verbot sollte also jedenfalls derartige Handlungen ausnehmen.

Reverse Engineering-Verbote können darüber hinaus aus **kartellrechtlichen** 57 **Gründen** unwirksam sein. Die grundsätzlich billigende Erwähnung von Reverse Engineering-Verboten in Art. 3 Abs. 1 lit. b a.E. GeschGeh-RL und § 3 Abs. 1 Nr. 2 lit. b a.E. GeschGehG steht dem nicht entgegen. ErwGr. 38 der GeschGeh-RL stellt klar, dass die Art. 101 und 102 AEUV durch die Richtlinie unberührt bleiben. Reverse Engineering-Verbote – namentlich im **Horizontalverhältnis** – können deshalb **Wettbewerbsbeschränkungen** iSv **Art. 101 Abs. 1 AEUV/ § 1 GWB** begründen (*Schweyer* Reverse Engineering 545 f.; vgl. ferner *Kochmann* Schutz des Know-how gegen ausspähende Produktanalysen 258 ff.). Kritisch sind insbesondere Verbote, die sich (auch) auf öffentlich verfügbare Produkte beziehen (*Maierhöfer/Hosseini* GRUR-Prax 2019, 542, 542 f.). Einen Verstoß gegen **Art. 102 AEUV** hat das EuG darin gesehen, dass ein Softwarehersteller Schnittstelleninformationen, die für die Erstellung interoperabler Produkte notwendig waren, anderen Anbietern nicht zugänglich gemacht hat (EuG T-201/04, BeckRS 2007, 70806 Rn. 312 ff. – Microsoft/Kommission). Ähnliche Effekte sind auch durch ein Verbot von Reverse Engineering vorstellbar (*Surblyté* in Ullrich/Hilty/Lamping/Drexel TRIPS plus 20 725, 753; vgl. zur Wettbewerbsrelevanz des Datenzugangs auch § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB und *Bimstiel/Ecke* WRP 2016, 1189; *Louven* NZKart 2018, 217).

e) Sanktionenprogramm. Vertraulichkeitsvereinbarungen bieten die Möglichkeit, die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen für eine Verletzung der Vertraulichkeitspflichten durch **Vertragsstrafen** oder **Pauschalierungen** des zu leistenden Schadensersatzes zu ergänzen. Diese Gestaltungsmöglichkeiten sind wegen des engen Sachzusammenhangs bei den Rechtsfolgen von Vertragsverletzungen kommentiert (→ Rn. 78 ff.). 58

f) Laufzeit. Wichtiger Bestandteil einer Vertraulichkeitsvereinbarung ist zudem die Regelung ihrer **Laufzeit** (*Mummenthey* CR 1999, 651, 656). Üblich und gebräuchlich ist entweder eine **unbegrenzte Laufzeit** (ggf. mit Kündigungsmöglichkeit) oder eine **Befristung**, die so gewählt ist, dass sie einerseits hinreichenden Schutz der offenlegenden Partei bietet, andererseits aber den Empfänger wirtschaftlich nicht unangemessen einschränkt und bindet. 59

Verbreitet sind Beendigungsregelungen, die eine Kündigungsmöglichkeit vorsehen, aber anordnen, dass die sich aus der Vertraulichkeitsvereinbarung ergebenden Pflichten auch nach Beendigung des Vertrages für einen **festen Nachlaufzeit** (zB zwei bis fünf Jahre) in Bezug auf zuvor offengelegte Informationen fortbestehen. Nicht selten sind derartige Vertragsbestimmungen allerdings unpräzise gefasst. Denn tatsächlich ist gerade nicht intendiert, dass die Vertragsgegenseite für einen solchen Zeitraum berechtigt bleibt, vertrauliche Informationen in dem durch die Vereinbarung vorgegebenen Rahmen offenzulegen und vertragszweckgemäß zu nutzen. Vielmehr soll nach Beendigung ein striktes Offenlegungs- und Nutzungsverbot bestehen. Dies ist in entsprechenden Klauseln klarzustellen. Regelungstechnisch können nachlaufende Fristen an den Vertragsbeginn, an den Zeitpunkt der Offenlegung einer vertraulichen Information oder an die Beendigung des Vertrages geknüpft werden, wobei letztere Variante am gängigsten ist. Zu Handhabungs- und Nachweisschwierigkeiten führt regelmäßig eine Anknüpfung an den Zeitpunkt der Offenlegung einer konkreten Information (*Mummenthey* CR 1999, 651, 656). 60

- 61 Grundsätzlich ist es auch möglich, für Geheimhaltungsverpflichtungen eine **unbegrenzte Nachlaufzeit** nach Beendigung der Geheimhaltungsvereinbarung zu vereinbaren, solange die jeweiligen Informationen nicht offenkundig geworden sind (vgl. aus kartellrechtlicher Sicht im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 AEUV: KOM GRUR Int 1989, 220 Rn. 32 – Delta Chemie/DDD-Spezialfleckenentferner; *Bartenbach* Patentreizenz- und Know-how-Vertrag Rn. 2836; krit. zur rechtlichen einer unbegrenzten Nachlaufzeit: *Becker/Kussnik* RAW 2018, 119, 126; *McGuire/Joachim/Künzel/Weber* GRUR Int 2010, 829, 836). Angesichts der absehbaren Obsoleszenz der meisten Gegenstände von Vertraulichkeitsvereinbarungen ist letzteres allerdings selten sachgerecht. Soll dennoch eine unbegrenzte Nachlaufzeit gewählt werden, ist nach teilweise vertretener Ansicht die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung auszuschließen (*Kurz* Vertraulichkeitsvereinbarungen Rn. 260; *Westermann* Hdb Know-how-Schutz Kap. 5 Rn. 47).
- 62 **g) Regelungen für den Zeitraum nach Beendigung.** Empfehlenswert ist es, für den Zeitraum nach Beendigung **Rückgabe-, Löschungs- und Vernichtungspflichten** bezüglich vertraulicher Informationen ausdrücklich zu regeln. Dabei entspricht es grundsätzlich dem Interesse des Informationsgebers, **Rück-** bzw. **Herausgabe** der anvertrauten Informationen zu verlangen, da auf diese Weise am ehesten kontrollierbar ist, dass die überlassenen Informationen nicht beim Empfänger zurückbleiben. Allerdings ist eine Rückgabe nicht immer möglich und scheidet insbesondere hinsichtlich in elektronischer Form vorliegender Daten regelmäßig aus. Herausgabepflichten sind auch deshalb oftmals nicht praktikabel, weil der Informationsempfänger mit den empfangenen Informationen gearbeitet, Kopien angefertigt und häufig sogar eigenständige Arbeitsprodukte auf Grundlage der vertraulichen Informationen erstellt hat (ähnlich: *Mummenthey* CR 1999, 651, 657). Derartige Arbeitsprodukte können wiederum auch Bestandteile enthalten, die dem Informationsgeber nicht zugänglich gemacht werden sollen. Üblich sind deshalb kombinierte Klauseln, wonach der Informationsempfänger ein **Wahlrecht** hat zwischen einer **Rückgabe** und einer **Vernichtung** der überlassenen vertraulichen Informationen. Die Vernichtung ist dem Informationsgeber unverzüglich zu bestätigen.
- 63 Praktikabilitäts Erwägungen geschuldet ist schließlich ein häufig anzutreffendes **Backup-Privileg**, das den Informationsempfänger von der Pflicht entbindet, automatisiert erstellte Backups, die vertrauliche Informationen enthalten, zu löschen, vorausgesetzt, dass die Backup-Kopien weiterhin den gleichen Sicherheitsvorkehrungen wie nach der Vereinbarung vorgesehen unterliegen und nicht mehr genutzt oder Dritten gegenüber offengelegt werden. Ähnliche Regelungen finden sich hinsichtlich solcher Unterlagen, die noch zu **Dokumentationszwecken** benötigt werden oder bzgl. derer **Aufbewahrungspflichten** bestehen (*Steinmann/Schubmehl* CCZ 2017, 194, 196). Vor allem im IT-Bereich werden vertrauliche Gegenstände (zB Software-Quellcode) zu Dokumentationszwecken mitunter bei einem spezialisierten gewerblichen Escrow-Anbieter oder einem Notar hinterlegt (*Roth* ITRB 2011, 115, 118 f.).
- 64 Gerade in Verträgen über den Austausch von Informationen zu technischen Entwicklungen kann es vorkommen, dass die Mitarbeiter eines Unternehmens durch anvertraute Informationen in einer Weise „kontaminiert“ werden, die sie nach Beendigung des Vertrages daran hindern würde, vergleichbare Eigenentwicklungen des Informationsnehmers voranzutreiben. Um die damit einhergehende Blockadewirkung zu vermeiden, werden gelegentlich sog. **Residual Information**

Clauses vereinbart (ausführlich dazu: *Kurz* Vertraulichkeitsvereinbarungen Rn. 319; s. auch *Mummenthey* CR 1999, 651, 657; *Roth* ITRB 2011, 115, 118; *Schöwerling* GRUR-Prax 2015, 52, 54). Dabei handelt es sich um Ausnahmen von dem nachvertraglichen Verwertungsverbot, die sich auf allgemeines berufliches Erfahrungswissen und solche Informationen beziehen, die die Mitarbeiter eines Unternehmens ohne Zuhilfenahme zurückbehaltenen Aufzeichnungen im Gedächtnis behalten haben. Derartige Informationen werden auch – soweit sie vertraulicher Natur sind – zur weiteren Verwertung freigegeben. Die Folgen derartiger Klauseln sind für den Informationsgeber oft nicht eindeutig überschaubar. Dies macht entsprechende Vereinbarungen zumindest unwägbare. Auf der anderen Seite besteht regelmäßig ein hohes Interesse des Informationsempfängers, gerade im Falle eines vorzeitigen Scheiterns einer Kooperation, nicht in der Weiterentwicklung eigener Ansätze beschränkt zu werden. Es sind auch Kompromisslösungen solcher Klauseln denkbar, in denen sich der Informationsempfänger verpflichtet, derartige Informationen jedenfalls nicht Wettbewerbern des Informationsgebers offenzulegen.

Praktisch sehr bedeutsam und rechtspolitisch äußerst umstritten ist die Frage, inwieweit die **Mitarbeiter** eines Unternehmens über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet und Nutzungseinschränkungen unterworfen werden können. Einzelheiten sind im Rahmen der entsprechenden Kommentierung dargestellt (→ Einl. C Rn. 65).

h) Regelungen zur Rechtsdurchsetzung. aa) Rechtswahl. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist es üblich und sinnvoll, in Vertraulichkeitsvereinbarungen oder ähnlichen Vertragswerken eine Rechtswahlklausel vorzusehen. Insofern gilt der **Grundsatz der Rechtswahlfreiheit** (Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO). **Einschränkungen** ergeben sich im Hinblick auf **zwingende Vorschriften** des nationalen und des Unionsrechts (Art. 3 Abs. 3, 4 Rom I-VO), wenn es an einem grenzüberschreitenden Sachverhalt fehlt. Weitere Einschränkungen ergeben sich für **Eingriffsnormen** (Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO) des Rechts des angerufenen Gerichts (*lex fori*, Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO) und des Rechts am Erfüllungsort eines Vertrages (aus Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO) sowie aus **vertragstypspezifischen Spezialregelungen**. Für Vertraulichkeitsvereinbarungen mit Arbeitnehmern ist insbesondere das Verbot der Umgehung zwingender Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes gemäß Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO zu beachten.

Die Wahl des anwendbaren Rechts in einer Vertraulichkeitsvereinbarung kann sich auch auf in Zusammenhang stehende **deliktische Ansprüche** auswirken: Soweit man mit der hM für Geheimnisverletzungen das Deliktsstatut des Art. 4 Rom II-VO als maßgeblich erachtet (entweder direkt oder über Art. 6 Abs. 2 Rom II-VO, siehe zum Meinungsstand → Einl. A Rn. 254 ff.), begründet gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 2 insbesondere ein bestehender Vertrag zwischen den Parteien eine enge Verbindung mit dem Recht eines bestimmten Staates. Das Recht dieses Staates ist dann auch auf deliktische Ansprüche anzuwenden (Art. 4 Abs. 3 S. 1 Rom II-VO).

bb) Gerichtsstandsvereinbarungen. Gerichtsstandsvereinbarungen unterliegen nach nationalem Recht den **Grenzen der §§ 38, 40 ZPO**. Im Anwendungsbereich des europäischen Zuständigkeitsrechts ergibt sich die Zulässigkeit aus den **Art. 25 Brüssel Ia VO**, ggf. iVm Sondervorschriften. Nach **nationalem Recht** ist eine Gerichtsstandsvereinbarung vor Entstehen der maßgeblichen Streitigkeit (§ 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) grundsätzlich unzulässig. Ausnahmsweise zulässig ist sie nur unter Kaufleuten (§ 38 Abs. 1 ZPO) oder wenn mindestens eine Partei

keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat (§ 38 Abs. 2 S. 1 ZPO). Stets unzulässig ist eine Vereinbarung bei Bestehen eines ausschließlichen Gerichtsstandes (§ 40 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Das **Unionsrecht** lässt Gerichtsstandsvereinbarungen unter weniger strengen Voraussetzungen auch für künftige Rechtsstreitigkeiten zu (Art. 25 Abs. 1 Brüssel Ia-VO). Sie unterliegen im Wesentlichen nur den in Art. 25 Abs. 1 S. 3 lit. a bis c, Abs. 2 Brüssel Ia-VO genannten Formerfordernissen (Schriftform oder mündliche Vereinbarung, zwischen den Parteien etablierte Übung, Handelsbrauch). Auch nach unionsrechtlichen Maßstäben kann aber nicht von bestehenden ausschließlichen Zuständigkeiten abgewichen werden (Art. 25 Abs. 4 Brüssel Ia-VO). Weitgehend ausgeschlossen sind Gerichtsstandsvereinbarungen mit Arbeitnehmern; diese sind nur nach Entstehung der Streitigkeit oder zugunsten des Arbeitnehmers zulässig (Art. 23 Brüssel Ia-VO).

69 Im **Bereich des Geheimnisschutzes** sind insbesondere folgende Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen zu beachten: Eine Vereinbarung, die sich (auch) auf Geschäftsgeheimnisstreitsachen iSv § 16 Abs. 1 GeschGehG bezieht, wird jedenfalls bei Fehlen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts regelmäßig an der **Ausschließlichkeit der Zuständigkeitsvorschriften gemäß § 15 Abs. 1, 2 GeschGehG** scheitern (§ 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO) (→ § 15 Rn. 30). Eine Gerichtsstandsvereinbarung in einer **Vertraulichkeitsvereinbarung mit einem Arbeitnehmer** ist regelmäßig nach § 38 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 23 Brüssel Ia-VO unwirksam. Möglich wäre eine solche nur nach Entstehung der Streitigkeit (§ 38 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, Art. 23 Nr. 1 Brüssel Ia-VO).

70 **cc) Schiedsabreden.** Insbesondere in komplexen Vertragswerken wie zB Technologietransfervereinbarungen, Forschungs- und Entwicklungsverträgen, Globallizenzverträgen über Know-how oder bei Unternehmenskaufverträgen (bei denen geheimes Know-how nicht selten einen entscheidenden Gegenstand bildet) entspricht es gängiger Praxis, **Schiedsabreden** vorzusehen. Diese unterwerfen Streitigkeiten aus oder in Verbindung mit dem Vertrag sowie über dessen Zustandekommen und Wirksamkeit einer bestimmten Schiedsordnung unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges. Entsprechende Formulierungen finden sich in den Musterklauseln, die von den jeweiligen Institutionen zur Verfügung gestellt werden. Die Aufnahme einer Schiedsklausel wird regelmäßig von zahlreichen Faktoren abhängen, die es abzuwägen gilt (zB Verfahrensdauer, Aufwand/Kosten, Expertise und Neutralität der Schiedsrichter insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten). Auch der **Gesichtspunkt der Vertraulichkeit eines Rechtsstreits** wird häufig in die Überlegungen einbezogen. Ist abzusehen, dass aus einem Vertrag Streitigkeiten entstehen können, in denen Geschäftsgeheimnisse eine Rolle spielen, wird bereits die **Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens** als vorteilhaft bewertet (*Münch* in MüKoZPO Vorb § 1025 Rn. 122 ff.; krit, *McGuire* ZZPInt 24 (2019), 385, s. näher → Vor §§ 16 bis 20, Rn. 45 ff.).

4. Rechtsfolgen der Verletzung vertraglicher Pflichten

71 **a) Unterlassung.** Ein bereits erfolgter oder drohender Verstoß gegen vertraglich übernommene Vertraulichkeitspflichten kann Unterlassungsansprüche begründen. Sieht die Vereinbarung ausdrücklich ein Verbot der Offenlegung oder der Nutzung außerhalb des Vertragszwecks vor, besteht bereits eine auf Unterlassen gerichtete **Leistungspflicht** (vgl. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB), so dass der Vertrag selbst unmittelbar als Anspruchsgrundlage herangezogen werden kann (*Ohly*

GRUR 2014, 1, 8; Köhler AcP 190 (1990), 496, 503 f.; *Kalbfus* Know-how-Schutz Rn. 299).

Auch **ohne ausdrückliche Regelung** kann sich im Falle einer bereits erfolgten oder drohenden Verletzung von Vertragspflichten ein Unterlassungsanspruch gegen weitere Handlungen des Verletzers aus einer **entsprechenden Anwendung von § 280 Abs. 1 BGB** ergeben, die den Schaden des Verletzten verfestigen oder vergrößern (BGH GRUR 2009, 173 Rn. 17 – bundesligakarten.de; BGH NJW 1995, 1284 (1285) – Girokonto; OLG Hamm NJW-RR 1990, 1380 (1381) – Kostumentwürfe; *Schumacher* WRP 2006, 1072, 1073; *Kalbfus* Know-how-Schutz Rn. 299 ff., vgl. auch BGH GRUR 2019, 284 Rn. 71 f. – Museumsfotos: §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB).

Ein Unterlassungsanspruch kommt nach hM regelmäßig auch dann in Betracht, wenn es sich bei der verletzten Vertragspflicht um eine **nicht leistungsbezogene Schutz- oder Rücksichtnahmepflicht** iSv § 241 Abs. 2 BGB handelt. Zwar wurden Schutzpflichten – in Abgrenzung zu Leistungspflichten – bisweilen dadurch charakterisiert, dass ein klagbarer Anspruch auf Erfüllung gerade nicht bestehe (näher zum Streitstand: *Bachmann* in MüKoBGB § 241 BGB Rn. 181 f.; *Bodewig* JURA 2005, 505, 512). Überwiegend wird ein klagbarer Erfüllungsanspruch aber zumindest dann angenommen, wenn eine **unmittelbare Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut** besteht (*Bachmann* in MüKoBGB § 241 BGB Rn. 182; *Bodewig* JURA 2005, 505, 512). Ein Unterlassungsanspruch wegen einer (drohenden) Schutzpflichtverletzung besteht daher allgemein unter folgenden **Voraussetzungen**: (1) Die Unterlassungspflicht muss erstens **hinreichend bestimmt** sein, um ihr einen Unterlassungsanspruch zuzuordnen zu können (*Köhler* AcP 190 (1990), 496, 509 f.; *Stürmer* JZ 1976, 384, 386). (2) Es muss eine **Verletzungsgefahr** – entweder eine Wiederholungs- oder eine Erstbegehungsgefahr – gegeben sein (*Köhler* AcP 190 (1990), 496, 510; *Bodewig* JURA 2005, 505, 512). (3) Schließlich darf **keine einfachere und zumutbare Möglichkeit** des Geschützten bestehen, die Pflichtverletzung abzuwenden, etwa durch faktisches Ausweichen, Umgestaltung oder Lösung der Sonderverbindung (*Stürmer* JZ 1976, 384, 386 f.; *Köhler* AcP 190 (1990), 496, 511). Im Falle einer erstmals oder erneut drohenden Verletzung von Geschäftsgeheimnissen werden diese Voraussetzungen regelmäßig gegeben sein.

b) Schadensersatz. Aus der **Verletzung einer Geheimhaltungspflicht** kann sich unabhängig davon, ob die Pflicht ausdrücklich geregelt ist oder lediglich aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitet wird, ein Schadensersatzanspruch gemäß **§ 280 Abs. 1 BGB** ergeben.

Der Schadensersatzanspruch setzt gemäß **§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB** voraus, dass der Schuldner die **Pflichtverletzung zu vertreten** hat. Gemäß § 276 BGB hat er **Vorsatz** und **Fahrlässigkeit**, d.h. jede Form des Verschuldens zu vertreten. Im Unterschied zu deliktischen Ansprüchen besteht eine vertragliche Haftung nicht nur für eigenes Verschulden des Vertragspartners, vielmehr hat dieser auch für ein Verschulden seiner **gesetzlichen Vertreter** (§ 278 S. 1 Alt. 1 BGB) und seiner **Erfüllungsgehilfen** (§ 278 S. 1 Alt. 2 BGB) einzustehen. Aus der negativen Formulierung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt sich eine **Beweislastumkehr** hinsichtlich des Vertretenmüssens. Der Schuldner muss deshalb darlegen und ggf. beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (*Grüneberg* in *Grüneberg* BGB § 280 Rn. 34). Verletzt ein **Arbeitnehmer** Geheimhaltungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis, so trifft aber den Arbeitgeber gemäß **§ 619a BGB** die

Beweislast auch für das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung (siehe → Einl. C Rn. 97).

- 76 **Inhalt und Umfang** des Schadensersatzanspruchs bestimmen sich nach den §§ 249 ff. BGB. Die dreifache Schadensberechnung ist bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen nicht anerkannt (BGH GRUR 2002, 795 (797) – Titelexklusivität; Köhler in Köhler/Bornkamm/Fedderson UWG § 9 Rn. 1.36a). Schadensnachweis und Bezifferung können nicht zuletzt deshalb mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein (Mayer MDR 2018, 246, 247). Es besteht allerdings die Möglichkeit, **Schadenspauschalierungen** vertraglich vorzusehen (→ Rn. 89 ff.). In **Arbeitsverhältnissen** gelten die Grundsätze des **innerbetrieblichen Schadensausgleichs**. Dem Arbeitgeber wird in Anwendung des Rechtsgedankens des § 254 BGB das Betriebsrisiko angerechnet, so dass die Haftung eines lediglich leicht bis durchschnittlich fahrlässig handelnden Arbeitnehmers quotal begrenzt oder sogar ganz ausgeschlossen sein kann (siehe → Einl. C Rn. 99 ff.).
- 77 **c) Auskunft.** Zur Vorbereitung vertraglicher Schadensersatzansprüche bestehen gewohnheitsrechtlich anerkannte Auskunftsansprüche gemäß § 242 BGB (siehe zu Einzelheiten → § 8 Rn. 41 ff.). Da die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung nicht besteht, kann Rechnungslegung regelmäßig nicht verlangt werden. Etwas anderes gilt nur, wenn aufgrund der Art des Schuldverhältnisses Spezialvorschriften – etwa § 666 BGB – anwendbar sind.
- 78 **d) Vertragsstrafen und pauschalierter Schadensersatz. aa) Begriff und Abgrenzung.** Die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen für eine Verletzung von Vertraulichkeitspflichten können durch **Vertragsstrafen** oder **Schadenspauschalierungen** ergänzt werden. Beide Sanktionen verfolgen – mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung – einen doppelten Zweck: Sie dienen zum einen als (präventives) **Druckmittel**, um den Vertragspartner zu vertragskonformem Verhalten zu veranlassen. Zum anderen haben sie **Kompensationsfunktion** und sollen finanziellen Ausgleich gewähren, ohne dass der Gläubiger seinen Schaden im Einzelnen darlegen und beweisen muss (BGH NJW 2017, 3145 Rn. 15; BGH NJW 1983, 385 (387); OLG Naumburg OLG R 2004, 445 (447) – Weinhandelsvertreter; Becker/Kuschnik RAW 2018, 119, 125). **Dogmatisch** unterscheiden sich die Institute dadurch, dass die Vertragsstrafe einen selbständigen, aufschiebend bedingten Anspruch (§ 158 Abs. 1 BGB) begründet, während man von pauschalierter Schadensersatzansprüche anknüpft (vgl. Ostendorf JuS 2015, 977, 977 f.). Die **Abgrenzung ist in der Praxis** aber nicht immer trennscharf möglich. Deshalb werden die Institute meist danach abgegrenzt, ob nach dem **Parteiwillen** die Druckfunktion oder die Möglichkeit der Schadenspauschalierung im Vordergrund steht (BGH NJW-RR 1988, 39 (41); Ostendorf JuS 2015, 977, 978).
- 79 **bb) Vertragsstraferegelungen.** Bei einer Vertragsstrafe handelt es sich um eine bestimmte **Geldsumme**, die von vornherein vertraglich beziffert oder durch den Gläubiger bei Verwirkung zu beziffern ist, und deren Zahlung der Schuldner dem Gläubiger **für den Fall einer Zuwiderhandlung** gegen eine bestimmte Leistungspflicht verspricht. Sie ist **akzessorisch zur Leistungspflicht**, d.h. sie setzt deren Bestehen voraus und sichert ihre Erfüllung ab (Schaub in Teplitzky Kap. 20 Rn. 4). Vertragsstraferegelungen finden insbesondere dann Verwendung, wenn es um eine abgrenzbare Verfügungsbarmachung von **hochsensiti-**