

# TE OGH 2020/12/10 4Ob182/20y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.12.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn, Hon.-Prof. PD Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der Klägerin C\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\* , vertreten durch Bruckmüller Rechtsanwalts GmbH in Linz, gegen den Beklagten D\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\* , vertreten durch Hoffmann & Sykora Rechtsanwälte KG in Tulln an der Donau, wegen Unterlassung und Herausgabe (Streitwert im Provisorialverfahren 50.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Klägerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 10. September 2020, GZ 30 R 189/20i-15, womit der Beschluss des Landesgerichts St. Pölten vom 13. Juli 2020, GZ 30 Cg 31/20f-10, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass die einstweilige Verfügung des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die Klägerin hat ihre Kosten des Sicherungsverfahrens aller drei Instanzen vorläufig, der Beklagte hat seine diesbezüglichen Kosten endgültig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

[1] Die klagende deutsche GmbH entwickelt und vertreibt in Österreich und in Deutschland Software für Ärzte, Krankenhäuser, Labore und sonstige medizinische oder gesundheitsbezogene Betriebe.

[2] Der Beklagte hat ab 2001 die Software S\*\*\*\*\* entwickelt. Sein Know-How brachte er 2004 in eine von ihm mitbegründete GmbH (in der Folge: SoftwareGmbH) ein, deren Geschäftsführer er bis Ende März 2019 war. Zur Produktfamilie S\*\*\*\*\* gehört auch die I\*\*\*\*\* Software, die ab 2018 entwickelt wurde.

[3] 2017 schloss die SoftwareGmbH mit der Klägerin einen Kooperationsvertrag (betreffend Marketing und Nutzung der Produktfamilie S\*\*\*\*\* ) und eine sogenannte „Escrow“-Vereinbarung (betreffend die Hinterlegung der Quellcodes zugunsten der Klägerin bei einem neutralen Dritten als Treuhänder). Unstrittig ist der Inhalt dieser Verträge: Festgehalten wird, dass die SoftwareGmbH die Software am europäischen Markt entwickelt, vertreibt und lizenziert (Präambel des Kooperationsvertrags). Der Klägerin wird das exklusive Vertriebsrecht für Österreich und Deutschland (§ 2 Z 1 des Kooperationsvertrags) sowie ein Vorkaufsrecht hinsichtlich der Geschäftsanteile der SoftwareGmbH (§ 9 des Kooperationsvertrags) eingeräumt. Für den Fall des Eintritts bestimmter Umstände (Insolvenz,

Liquidation oder Einstellung des Geschäftsbetriebs der SoftwareGmbH) wird der Klägerin das Recht eingeräumt, den Quellcode um einen bereits bestimmten und genannten Betrag ausgefolgt zu erhalten (Punkt 4 der „Escrow“-Vereinbarung) und danach die Vertragssoftware unwiderruflich und unbegrenzt in jeder Hinsicht selbst oder durch Weitergabe an Dritte zu verwerten und weiterzuentwickeln (Punkt 5 der „Escrow“-Vereinbarung).

[4] Unter „Quellcode“ (englisch source code) versteht man in der Informatik den für Menschen lesbaren, in einer Programmiersprache geschriebenen Text eines Computerprogramms, der das Programm formal so exakt und vollständig beschreibt, dass dieses aus ihm vollständig automatisch von einem Computer in Maschinensprache übersetzt werden kann ([https://de.wikipedia.org/wiki/ Quelltext](https://de.wikipedia.org/wiki/Quelltext), abgerufen am 1. 12. 2020).

[5] Nach der Auflösung seines Dienstverhältnisses zur SoftwareGmbH und dem Ausscheiden als deren Geschäftsführer Ende März 2019 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er an der SoftwareGmbH kein Interesse mehr habe und alle weiteren strategischen und die Partnerschaft zwischen Klägerin und SoftwareGmbH betreffenden Gespräche künftig mit seiner Ex-Gattin zu führen seien. Diese ist nunmehr alleinige Gesellschafterin und mit Stichtag 15. 3. 2019 auch alleinige Geschäftsführerin der SoftwareGmbH. In der Folge hat die Klägerin als Käuferin mit Kaufvertrag (Asset Purchase Agreement) vom 15. 10. 2019 von der SoftwareGmbH als Verkäuferin alle von dieser entwickelten und hergestellten Produkte und Dienstleistungen der Produktfamilie S\*\*\*\*\* (zu der auch die I\*\*\*\*\* Software gehört) erworben. Mit dem Kaufvertrag wurden der Klägerin sämtliche IP-Rechte an dieser Softwareproduktfamilie übertragen. Die Verkäuferin garantiert darin der Käuferin, dass die S\*\*\*\*\* Programme keine Open-Sources, Public Domain und/oder Freeware-Programme oder Programmbestandteile haben.

[6] Der Beklagte hatte sich den Quellcode zu den von ihm entwickelten Programmen auch nach seinem Ausscheiden aus der SoftwareGmbH behalten. Am 27. 5. 2020 verfasste er eine WhatsApp-Nachricht an seine Ex-Gattin, in der er ankündigte, als nächstes die Klägerin „angehen zu wollen“ und den Quellcode von I\*\*\*\*\* öffentlich und gratis ins Internet zu stellen und alle Kunden darüber zu informieren, dass sie die Dienstleistungen dazu von ihm sehr günstig bekommen würden.

[7] Die Klägerin beantragte im Sicherungsverfahren, dem Beklagten aufzutragen, es zu unterlassen, den Source-Code einer Software der Klägerin, insbesondere der Software I\*\*\*\*\* und/oder S\*\*\*\*\*, ohne Einwilligung der Klägerin zu verbreiten, unbefugt zu vervielfältigen und/oder unbefugt hergestellte oder unbefugt erworbene Kopien zu gebrauchen oder inhaltsgleiche Handlungen zu setzen, insbesondere es zu unterlassen, den Source-Code der Software I\*\*\*\*\* und/oder S\*\*\*\*\* in über das Internet abrufbaren Servern zu veröffentlichen oder anderen zugänglich zu machen. Sie sei Eigentümerin der Software der Produktfamilie „S\*\*\*\*\*“, nachdem sie diese von der SoftwareGmbH käuflich erworben habe. Der Beklagte drohe mit seiner Ankündigung, den Quellcode öffentlich zu machen, die von der Klägerin erworbenen Urheberrechte an der erworbenen Software und das damit verbundene Geschäftsgeheimnis der Klägerin zu verletzen. Das passwortgeschützte Computerprogramm besitze für die Klägerin einen erheblichen wirtschaftlichen Wert.

[8] Der Beklagte wendete zusammengefasst ein, er sei der Entwickler und Urheber der Programme und besitze folglich auch das Verfügungsrecht über deren Quellcode. Er habe der SoftwareGmbH kein Werknutzungsrecht eingeräumt, weshalb sie ein solches auch nicht an die Klägerin habe übertragen können. Die Klägerin besitze keinen Anspruch auf Unterlassung der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses.

[9] Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Der Klägerin drohe aufgrund des bescheinigten Sachverhalts ein unmittelbarer Eingriff des Beklagten in ihre Rechte an den gegenständlichen Programmen, und zwar eine Verletzung ihres Geschäftsgeheimnisses daran. Die Ankündigung des Beklagten, den Quellcode zu veröffentlichen, stehe im Widerspruch zu den Bestimmungen des Kooperationsvertrags und der Escrow-Vereinbarung, die er beide als Geschäftsführer der SoftwareGmbH unterschrieben habe. Dass der Beklagte die Software entwickelt habe und insofern ihr Urheber sei, ändere nichts daran, dass er selbst (als Vertreter der SoftwareGmbH) über diese Rechte zugunsten der Klägerin verfügt habe. Sein angekündigtes Verhalten verstoße gegen § 26c Abs 2 Z 2 UWG.

[10] Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels erheblicher Rechtsfrage nicht zulässig sei. Der Beklagte sei Urheber der gegenständlichen Software. Der Klägerin seien mit der Kooperationsvereinbarung 2017 lediglich Vertriebsrechte eingeräumt worden, nicht aber ein Werknutzungsrecht. Der Beklagte könne daher zu Recht über den Quellcode, der als Geschäftsgeheimnis anzusehen sei, verfügen. Wenn auch

die Klägerin aufgrund des Kaufvertrags 2019 als Inhaberin des Geschäftsgeheimnisses anzusehen sei, so sei doch der Beklagte nicht Rechtsverletzer nach § 26c Abs 3 UWG: Er habe den Quellcode selbst erstellt, ihn daher rechtmäßig erworben und dürfe ihn mangels Übertragung des Werknutzungsrechts weiterhin nutzen. Dass der Beklagte mit der Klägerin diesbezüglich eine Vertraulichkeitsvereinbarung geschlossen hätte, habe die Klägerin nicht behauptet. Sie könne sich daher nicht auf den Geheimnisschutz berufen.

[11] Gegen diese Entscheidung richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin mit dem Antrag, die einstweilige Verfügung des Erstgerichts wiederherzustellen.

[12] Der Beklagte beantragt in der ihm freigestellten Revisionsrekursbeantwortung, den Revisionsrekurs zurückzuweisen bzw ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

[13] Der Revisionsrekurs ist mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung zu §§ 26a ff UWG zulässig; er ist auch berechtigt.

[14] 1. Die Klägerin macht zunächst geltend, dass die Software GmbH schon aufgrund von § 40b UrhG ein unbeschränktes Werknutzungsrecht an der vom Beklagten entwickelten Software hatte und dieses daher wirksam der Klägerin übertragen konnte.

[15] 1.1. § 40b UrhG bestimmt, dass dem Dienstgeber an einem von einem Dienstnehmer in Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten geschaffenen Computerprogramm ein unbeschränktes Werknutzungsrecht zusteht, wenn er mit dem Urheber nichts anderes vereinbart hat.

[16] 1.2. § 40b UrhG ist nur auf Dienstnehmer anzuwenden; Organe juristischer Personen sind keine Dienstnehmer im Sinne dieser Norm, wenn und weil sie keine abhängige und weisungsgebundene Tätigkeit entfalten (Ciresa, Softwareentwicklung durch Arbeitnehmer, ZAS 2006, 15 [C.1]; Grützmaker in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht § 69b Rz 3; vgl RIS-Justiz RS0071234; offenlassend 8 ObA 86/12y = JusIT 2013, 53 [Sonntag]). Nach den Feststellungen war der Beklagte von Beginn an [zu 50 % beteiligter] Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH (vgl RS0021243 [T2]). § 40b UrhG ist auf ihn daher nicht anzuwenden.

[17] 2. Die Rechtsmittelwerberin macht weiters geltend, der Beklagte habe durch sein Verhalten als Geschäftsführer der Software GmbH dieser dadurch (schlüssig) ein Werknutzungsrecht auf vertraglicher Grundlage eingeräumt, dass er den Kooperationsvertrag und die Escrow-Vereinbarung abgeschlossen und damit zum Ausdruck gebracht habe, die Software GmbH sei befugt, gegenüber Dritten über die Software und den Quellcode frei zu verfügen. Dies ist zutreffend.

[18] 2.1. Richtig ist, dass ein Werknutzungsrecht auch schlüssig eingeräumt werden kann (RS0106668). Die Befugnisse des Werknutzungsberechtigten aus einem solchen Werknutzungsvertrag reichen im Zweifel nicht weiter, als es für den praktischen Zweck der beabsichtigten Werknutzung erforderlich ist (RS0077726; RS0077666). Der Senat hat bereits wiederholt ein schlüssig eingeräumtes Werknutzungsrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers an „seiner“ GmbH angenommen (4 Ob 100/20i; 4 Ob 23/15h).

[19] 2.2. Entgegen der Auffassung des Rekursgerichts kann unter Berücksichtigung des gesamten Verhaltens des Beklagten (vgl RS0110838) kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass er der Software GmbH das Werknutzungsrecht an der von ihm entwickelten Software (einschließlich des Quellcodes) übertragen hat. Zutreffend verweist die Klägerin auf den Abschluss des Kooperationsvertrags und der Escrow-Vereinbarung, die der Beklagte als damaliger Geschäftsführer der Software GmbH unterfertigt hat. In diesen Vertragswerken wurde nicht nur festgehalten, dass die GmbH die Software am europäischen Markt „entwickelt, vertreibt und lizenziert“, sondern der Klägerin wurden exklusive Vertriebsrechte für Österreich und Deutschland sowie ein Vorkaufsrecht hinsichtlich der Geschäftsanteile der GmbH eingeräumt; weiters wurde die Hinterlegung des Quellcodes zugunsten der Klägerin und eine Kaufoption der Klägerin daran mit dem damit verbundenen Recht vereinbart, die Vertragssoftware unwiderruflich und unbegrenzt in jeder Hinsicht selbst oder durch Weitergabe an Dritte zu verwerten und weiterzuentwickeln.

[20] Der Beklagte hat damit selbst an Verträgen mitgewirkt, die die Möglichkeit eines Übergangs aller Rechte an der Software auf die Klägerin einschließlich der Herausgabe des Quellcodes an diese vorsehen (vgl 4 Ob 304/97b). Ein solcher Übergang erfordert aber – entgegen der Ansicht des Rekursgerichts – ein unbeschränktes Werknutzungsrecht und nicht bloß eine Werknutzungsbewilligung. Werden sämtliche Verwertungsrechte übertragen, spricht dies für ein

Werknutzungsrecht (vgl 4 Ob 2093/96i), ebenso, wenn – wie hier durch das Anbot auf Überlassung des Quellcodes – das „Eigentum“ an einem Werk übertragen werden soll (RS0077662). Hinzu kommt das Vorkaufsrecht, das bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nur dann Sinn ergibt, wenn die Klägerin damit die exklusive Werknutzungsberechtigung erlangen hätte können. Schließlich hat der Beklagte – nachdem er als Geschäftsführer der SoftwareGmbH ausgeschieden war – die Klägerin in einer E-Mail darauf hingewiesen, dass alle weiteren die strategische Partnerschaft der Unternehmen betreffenden Fragen mit der neuen Geschäftsführerin, seiner Frau, zu besprechen seien. Hätte er der SoftwareGmbH nur ein mit seinem Ausscheiden befristetes Recht eingeräumt, wäre dieser Hinweis unverständlich.

[21] 3. Zu beurteilen ist hier das Begehren auf Sicherung des Anspruchs auf Unterlassung der drohenden rechtswidrigen Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses durch dessen Offenlegung (§ 26f Abs 1 UWG).

[22] 3.1. § 26b Abs 1 UWG übernimmt die Definition des Geschäftsgeheimnisses aus Art 2 Z 1 der Richtlinie EU 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2016 über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (Geschäftsgeheimnis-RL) nahezu wörtlich, wonach Informationen dann ein Geschäftsgeheimnis sind, wenn drei Kriterien kumulativ erfüllt sind, nämlich dass sie a) geheim sind, b) einen kommerziellen Wert haben und c) durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt werden.

[23] 3.2. Der Quellcode eines Computerprogramms kann grundsätzlich ein Geschäftsgeheimnis iSd§ 26b Abs 1 UWG sein (vgl Pollirer, Dako 2019, 89). Dass der im Anlassfall umstrittene Quellcode unter den vorliegenden Umständen unter diesen gesetzlichen Tatbestand fällt, hat das Rekursgericht zutreffend erkannt und wird vom Beklagten auch nicht in Frage gestellt. Zu prüfen bleibt allerdings, ob die Klägerin Inhaberin dieses Geschäftsgeheimnisses ist.

[24] 3.3. Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses ist nach § 26b Abs 2 UWG jede natürliche oder juristische Person, welche die rechtmäßige Verfügungsgewalt über ein Geschäftsgeheimnis besitzt. Die Bestimmung setzt Art 2 Abs 2 der Geschäftsgeheimnis-RL um, der von rechtmäßiger Kontrolle spricht.

[25] 3.4. Grundsätzlich können auch mehrere Personen Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses sein (arg.: „jede [...] Person“). Die Inhaberschaft setzt sich aus zwei Tatbestandsmerkmalen zusammen, nämlich einerseits aus der Verfügungsgewalt und andererseits aus dem Merkmal rechtmäßig. Unter Verfügungsgewalt ist die tatsächliche Möglichkeit zu verstehen, den Zugriff auf das Geschäftsgeheimnis bestimmen, einschränken oder ausschließen zu können (Alexander in Köhler/Bornkamm/ Feddersen, dUWG38 § 2 GeschGehG Rz 98). Rechtmäßige Verfügungsgewalt erfordert darüber hinaus aber auch die rechtliche Legitimation der tatsächlich ausgeübten Kontrolle. Weder das UWG noch die Geschäftsgeheimnis-RL geben dafür Kriterien an die Hand. Rechtmäßig ist die Verfügungsgewalt jedenfalls dann, wenn das Geschäftsgeheimnis originär im Unternehmen des Inhabers entwickelt wurde. Rechtmäßig ist sie aber auch dann, wenn die Berechtigung vertraglich vom bisherigen Inhaber abgeleitet wird (vgl § 26d Abs 1 UWG; Thiele in Wiebe/Kodek, UWG2 § 26b Rz 36; Alexander in Köhler/ Bornkamm/Feddersen, dUWG38, § 2 GeschGehG Rz 102). Die abgeleitete Befugnis braucht nach zutreffender Ansicht keine ausschließliche zu sein (Ohly, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick, GRUR 2019, 441 [446]).

[26] 3.5. Hier hat die Klägerin von der SoftwareGmbH alle von dieser entwickelten und hergestellten Produkte und Dienstleistungen der Produktfamilie S\*\*\*\*\* (zu der auch die I\*\*\*\*\* Software gehört) erworben. Mit dem Kaufvertrag wurden der Klägerin sämtliche IP-Rechte an dieser Softwareproduktfamilie übertragen. Die Klägerin kann somit ihre Berechtigung am Geschäftsgeheimnis vertraglich vom bisherigen Inhaber ableiten und besitzt damit die rechtmäßige Verfügungsgewalt daran.

[27] 4.1. Es bleibt zu prüfen, ob die Offenlegung des Quellcodes durch den Beklagten rechtswidrig wäre. Nach § 26c Abs 2 Z 2 UWG ist die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses rechtswidrig, wenn sie gegen eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder eine vertragliche oder sonstige Verpflichtung, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen oder nur beschränkt zu nutzen, verstößt.

[28] 4.2. Oben wurde bereits klargestellt, dass der Beklagte durch sein Verhalten zum Ausdruck gebracht hat, dass die SoftwareGmbH befugt sei, gegenüber Dritten über die Software und den Quellcode zu verfügen. Mit dieser Einräumung des Werknutzungsrechts ist die Verpflichtung des Beklagten verbunden, den Quellcode (als Geschäftsgeheimnis) nicht offenzulegen, würde doch die Offenlegung des Quellcodes den Vertragsgegenstand

(Software) drastisch entwerten. Auf diese Verschwiegenheitspflicht kann sich auch die Klägerin als nunmehrige Inhaberin des Geschäftsgeheimnisses berufen, zumal der Beklagte einverstanden war, dass die SoftwareGmbH gegenüber Dritten über die Software inklusive Quellcode frei verfügen kann.

[29] 5. Damit hat die Klägerin seinen zu sichernden Anspruch (drohende rechtswidrige Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses durch dessen Offenlegung) bescheinigt. Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts steht dem nicht entgegen, dass der Beklagte Urheber des Quellcodes ist. Der Dienstnehmer oder Geschäftsführer, der für ein Unternehmen ein Geschäftsgeheimnis entwickelt, ist nicht dessen Inhaber, wenn er dem Unternehmen die Rechte daran abgetreten hat oder sie ihm bereits aufgrund des Gesetzes zukommen (vgl Hofmarcher, Das Geschäftsgeheimnis [2020] Rz 2.76). Einer Gefährdungsbescheinigung bedarf es nicht (§ 26i Abs 1 iVm § 24 UWG).

[30] Dem Revisionsrekurs der Klägerin ist somit Folge zu geben und die einstweilige Verfügung des Erstgerichts wiederherzustellen.

[31] 6. Der Kostenausspruch gründet sich auf § 393 Abs 1 EO.

### **Schlagworte**

Produktfamilie S ? Ärztesoftware - Gesundheitssoftwarelizenzen - Quellcode,

### **Textnummer**

E130394

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:0040OB00182.20Y.1210.000

### **Im RIS seit**

26.01.2021

### **Zuletzt aktualisiert am**

21.01.2022

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)