

Softwareentwicklung im Arbeitsverhältnis

von Dr. Urs Egli, Rechtsanwalt

1. Einleitung

Software ist ein immaterielles Gut. Und wie bei allen immateriellen Gütern sind die Grenzen der rechtlichen Herrschaft weniger klar als bei Dingen mit physischer Gestalt. So kommt es niemandem in den Sinn, das Eigentum des Unternehmers an mechanischen Teilen in Frage zu stellen, die an der Drehbank hergestellt werden. Und der Fabrikarbeiter, der solche Teile entwendet, wird es zweifellos mit dem Strafrecht zu tun bekommen. Dass der Unternehmer und nicht der Arbeiter Eigentum an den Arbeitsresultaten hat, ist ein Axiom der kapitalistischen Wirtschaft. Karl Marx hat dies unter dem Schlagwort der „entfremdeten Arbeit“ thematisiert¹.

Bei Software ist das anders. Software ist durch Immaterialgüterrechte geschützt und im Immaterialgüterrecht gilt das Schöpferprinzip. Immaterielle Güter gehören demjenigen, der sie geschaffen hat. Der Konflikt mit dem Arbeitsrecht ist vorprogrammiert. Auch die Möglichkeiten eines Missbrauchs sind grösser. Bei immateriellen Gütern fehlt nämlich die mit dem physischen Besitz einher gehende Kontrollmöglichkeit. Zudem kann ein und dasselbe Immaterialgut durch eine beliebige Anzahl Personen gleichzeitig genutzt werden, was bei einem materiellen Gut ebenfalls nicht möglich ist.

Die Entwicklung von Software setzt erhebliche Investitionen voraus. Aus einer wirtschaftlichen Perspektive soll die Software deshalb demjenigen gehören, der diese Investitionen tätigt. Wie dies rechtlich hergeleitet wird, damit beschäftigt sich der erste Teil dieses Aufsatzes. Im zweiten Teil wird dann die Grenze gezogen zwischen dem Wissen über Softwareentwicklung, das der Arbeitgeber als Arbeitsresultat für sich monopolisieren darf und der Berufserfahrung, welche der Arbeitnehmer frei verwerten kann.

Auch bei den Problemen, die in der anwaltlichen Praxis auftreten, geht es um diese zwei Themen. Die Frage, ob ein Unternehmen überhaupt Rechte an Immaterialgütern hat und darüber verfügen kann, stellt sich regelmässig beim Verkauf der Rechte oder des Unternehmens, dem die Rechte gehören.

¹ K. Marx, Kritik der politischen Ökonomie, 1867.

Ist die Rechtslage dann unklar, kann dies zu Preisabschlägen führen. Die Abgrenzung zwischen dem Betriebswissen und der Berufserfahrung ist vorzunehmen, wenn Mitarbeiter den Betrieb verlassen. Diese Mitarbeiter wollen das von ihnen produzierte Wissen weiter nutzen. Je nachdem können sie das legal tun, weil es sich bei diesem Wissen um ihre eigene Berufserfahrung handelt. Oder aber sie verletzen dabei Immaterialgüter oder Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers.

2. Software

Software ist ein sehr genereller Begriff. In Abgrenzung zur Hardware ist damit die Gesamtheit aller Programme und Daten gemeint, welche zur Erledigung einer bestimmten Aufgabe benötigt werden². Im Folgenden wird Software als Synonym für Softwareprogramm verwendet. Ein Softwareprogramm besteht aus einer Handlungsanleitung, wie bei der Lösung eines bestimmten Problems vorzugehen ist. Solche Anleitungen zur Lösung von Problemen nennt man Algorithmen. Ein Algorithmus automatisiert und standardisiert die Problemlösung wie ein Kochrezept³. Der Ausgangspunkt der Softwareentwicklung ist deshalb immer das Problem, das durch die Software gelöst werden soll.

Die Hauptleistung bei der Softwareentwicklung ist die sogenannte Analyse. Dabei geht es darum, das Problem zu analysieren, es in einzelne Prozesse aufzugliedern und diese zu strukturieren. Mit dem Begriff des Prozesses wird im Informatikjargon ein einzelner Geschäftsablauf bezeichnet wie etwa die Leistungserfassung, die Rechnungsstellung oder das Mahnwesen. Der Prozess der Leistungserfassung beispielsweise würde weiter aufgliedert in die Dossiereröffnung und die eigentliche Leistungserfassung. Und so wird das Problem weiter konkretisiert, bis am Schluss eine logische Kette von Handlungsanleitungen vorliegt. Bis zu diesem Punkt musste noch keine Zeile Code produziert werden. Erst ganz am Schluss nun werden diese Handlungsanleitungen in Softwarecode umgesetzt.

Die Prozesse, welche analysiert und strukturiert werden, sind von der Natur der Sache vorgegeben. Softwareprogramme für einen bestimmten unternehmerischen Anwendungsbereich gleichen sich deshalb von ihrer

² M. Becker / R. Haberfellner / G. Liebetrau / S. Vössner: EDV-Wissen für Anwender, Zürich 2004, 52.

³ J. Hromkovic, Sieben Wunder der Informatik, Zürich 2006, 19 und 33ff.

Funktionalität her stark. So unterscheidet sich eine Finanzbuchhaltungssoftware verschiedener Anbieter allenfalls in der technischen Konzeption oder bei der Gestaltung der Benutzeroberfläche, sicher aber nicht in der Fähigkeit, eine Buchhaltung gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts abzubilden.

Softwareentwicklung ist arbeitsteilig organisiert. Bei der Analyse der abzubildenden Prozesse und der Definition der Kundenanforderungen leisten Unternehmensberater einen wichtigen Beitrag. Anschliessend erstellen Analytiker das Programmkonzept. Programmierer beschäftigen sich mit der Entwicklung der Basistechnologie wie Tools, Programmbibliotheken und Datenbanken sowie mit der eigentlichen Entwicklungsarbeit. Die entwickelte Software muss getestet werden. Daran sind Programmierer und Testmanager beteiligt. Supporter und Projektmanager schliesslich führen die Software im Kundenbetrieb ein.

Die Technik der Softwareentwicklung hat sich in den letzten Jahren stark verändert und die Veränderungen dauern an. Software wird heute nur noch selten von Grund auf neu entwickelt. Software wird wie andere industrielle Produkte aus verschiedenen Komponenten zusammengesetzt. So sind zum Beispiel Datenbanken ein wesentlicher Bestandteil von Software. Diese werden von spezialisierten Firmen entwickelt und unterlizenzieren. Entwicklungstools und Programmbibliotheken erleichtern dem Programmierer die Entwicklungstätigkeit, indem für bestimmte, immer wiederkehrende Funktionen (wie z.B. das Drucken von Listen) mehrfach verwendbare Programmroutinen bereit gestellt werden. Auch solche Tools und Programmbibliotheken werden teilweise von Drittherstellern gekauft.

Die Bedeutung der eigentlichen Programmierarbeit für die Softwareentwicklung nimmt demgegenüber laufend ab und wird durch andere Aufgaben wie die Prozessanalyse, die Organisation der Entwicklungstätigkeit und das Projektmanagement überlagert.

Softwareentwicklung ist flexibel und dynamisch. Zum Einen ändern sich die abzubildenden Prozesse relativ rasch und damit auch die Anforderungen an die Software. Zum Andern ist die Komplexität der Abläufe häufig gross. Der aus der klassischen Industrie bekannte Ansatz der vorgängigen Planung und anschliessenden Produktion, das sogenannte Wasserfallmodell, wird durch ein Prototyping oder ein Vorgehen mit mehreren Entwick-

lungszyklen (RUP⁴) abgelöst. Dabei wird eine Lösung schrittweise und in enger Zusammenarbeit mit dem Kunden entwickelt und laufend angepasst.

Softwareentwicklung ist eine sich über einen langen Zeitraum erstreckende Tätigkeit. Schon die Entwicklung ist ein aufwändiger Vorgang. Die Software muss anschliessend über mehrere Jahre gewartet werden, wobei sich Wartung und Entwicklung überschneiden. Vielleicht gibt es neue gesetzliche Regeln, die einen bisher gewohnten Prozess komplett verändern. So war das etwa bei der Einführung der Mehrwertsteuer. Oder ein Kunde stellt nach drei Jahren fest, dass er seinen Betrieb und seine Produktion neu organisieren möchte. Wenn ein Kunde in einem solchen Fall nicht auf den Hersteller der Software zurückgreifen kann, wird seine ganze ursprünglich getätigte Investition nutzlos. Softwarefirmen müssen ihre Entwicklungsteams deshalb permanent aufrecht erhalten. Dies geht nur, wenn das Know-how nicht in den Köpfen der Mitarbeiter, sondern in Dokumentationssystemen verwaltet wird.

Der Anwendungsbereich von Software ist ausserordentlich weit. Es gibt heute praktisch keinen Lebensbereich mehr, der nicht mit Software in Berührung kommt. Es geht nicht mehr nur um die klassischen Anwendungen wie Buchhaltung, Warenwirtschaft und Produktionsplanung. Software dringt in alle Bereiche des Alltags vor. Autos sind heute fahrende, Mobiltelefone tragbare Rechner. Dabei ist es für die Entwicklung von Software weitaus wichtiger, das konkrete Problem zu verstehen, z.B. das Funktionieren eines Verbrennungsmotors, als Code programmieren zu können. Softwareentwickler sind deshalb vor allem Spezialisten für bestimmte Branchen oder für bestimmte Produkte und ihr Know-how ist auf diesen manchmal sehr engen Bereich beschränkt.

Zusammengefasst handelt es sich bei der Softwareentwicklung um eine arbeitsteilig organisierte, analytische, logische und stark von wirtschaftlichen und technischen Faktoren geprägte Tätigkeit. Individualität spielt keine Rolle. Der Beitrag des Einzelnen ist austauschbar. Die Hauptleistung bei der Softwareentwicklung liegt in der Organisation von personellen und finanziellen Ressourcen, mithin in einer unternehmerischen Leistung im eigentlichen Sinn.

⁴ Rational Unified Process. Dazu unter vielen Charles, S. Goolsby, „Rational Unified Prozess“, 2002, <http://www.chuckgoosby.com/htm>, 2.6.2007.

3. Immaterialgüterrechtlicher Schutz von Software

Software soll vom gesetzgeberischen Konzept her in erster Linie durch das Urheberrecht geschützt werden. Gleichzeitig geniesst Software den lauterkeitsrechtlichen Schutz, wobei auch dieser lauterkeitsrechtliche Schutz immaterialgüterrechtlichen Charakter haben kann. Schliesslich wird der patentrechtliche Schutz von Software immer wichtiger. Alle drei Immaterialgüterrechte haben einen unterschiedlichen Schutzzumfang. Darauf wird im Folgenden eingegangen.

Nur der Vollständigkeit halber wird erwähnt, dass Software auch markenrechtlichen Schutz geniessen kann. Zudem kann die graphische Benutzeroberfläche, das sogenannte GUI⁵, als Design geschützt sein⁶. Der Topographieschutz demgegenüber schützt Computerchips und die darin enthaltenen, integrierten Schaltungen, das heisst also Hardware.

3.1. Urheberrechtlicher Schutz von Software

Gemäss Art. 2 URG gelten Computerprogramme ausdrücklich als urheberrechtlich schützbares Werke. Geschützt ist allerdings nicht die der Software zugrunde liegende Idee, nicht die betriebswirtschaftliche Lösung und auch nicht der Algorithmus, sondern lediglich die Form⁷, das heisst der Softwarecode. Ob auch Entwurfsmaterial wie Spezifikationen oder Programmbeschreibungen urheberrechtlichen Schutz geniessen, ist kontrovers, wird aber mehrheitlich abgelehnt⁸.

Was das heisst, wird am Beispiel des Entscheides „BLISS“ deutlich⁹. Dort ging es darum, ob sich zwei Softwareprogramme für eine Bibliotheksverwaltung derart gleichen, dass das neuere Programm eine Kopie des urheberrechtlich geschützten, älteren Programms darstellt. Das neuere Programm wurde von den gleichen Beteiligten entwickelt wie das ältere Programm. Sie arbeiteten aber unterdessen für ein neues Unternehmen. Es war

⁵ Graphical User Interface.

⁶ Per 7. Mai 2007 waren im Register des Institutes für geistiges Eigentum insgesamt 7 GUI als geschützte Designs eingetragen.

⁷ E. Neff / M. Arn in: SIWR II/2, 79.

⁸ G. Rauber, Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 128 sowie für das deutsche Recht: Urteil des OLG Köln vom 8.4.2005 in CR9/2005, 624f.

⁹ Massnahmeentscheid des Einzelrichters des Obergerichtes Aargau vom 31. Juli 1990 in SMI 1991 Heft 1, 79f.

nicht bestritten, dass man dabei auch auf Know-how abstellte, welches bei der Entwicklung des älteren Programms gewonnen wurde. Das Gericht hielt weiter fest, es bestünden beim Systemkonzept und bei den Grundfunktionen der Programme praktisch keine Unterschiede. Dies sei aber dadurch bedingt, dass die Programme einem identischen Zweck dienten. Darauf komme es aber gar nicht an. Massgebend sei einzig, auf welche Weise das Programmkonzept in Softwarecode umgesetzt wurde. Und zu dieser Frage lag ein Gutachten vor, welches dem neuen Programm attestierte, zu 95% neu programmiert worden zu sein. Das Gericht gelangte in der Folge zum Schluss, dass das neuere Programm nicht in den urheberrechtlichen Schutzbereich des älteren Programms eingreife.

Dass nur der Softwarecode und nicht die durch das Programm abgebildeten Lösungen und Strukturen vom Urheberrecht geschützt werden, ist eine sehr wichtige, in ihrer Bedeutung aber oft verkannte Feststellung. Der urheberrechtliche Schutz von Software ist nämlich massiv schwächer, als man auf den ersten Blick vermuten würde. Das, was die eigentliche Entwicklungsleistung ist, nämlich die Problemanalyse und das Programmkonzept, ist gar nicht durch das Urheberrecht geschützt. Und das, was durch das Urheberrecht geschützt wird, nämlich das Programmieren, wird ein immer unbedeutenderer Vorgang.

Neben dem eigentlichen Programmcode kann auch die Gestaltung der Bildschirmoberfläche, das GUI, urheberrechtlichen Schutz geniessen, sofern der Gestaltung des Bildschirms individueller Charakter zukommt und sich der Bildschirmaufbau nicht einfach nur aus der Logik ergibt¹⁰. Weiter können einzelne Dokumente, welche im Verlaufe der Softwareproduktion erstellt werden wie z.B. Ablaufdiagramme, für sich allein betrachtet urheberrechtlichen Schutz geniessen, wobei auch hier gilt, dass nie die darin verkörpert Ideen geschützt sind, sondern nur die konkrete Form.

Man muss sich deshalb ernsthaft fragen, ob das Urheberrecht das geeignete Immaterialgüterrecht für den Softwareschutz ist. Es ist nicht sinnvoll, Technik und Logik über die Form zu schützen, wenn es doch die Ideen sind, die das Wesentliche ausmachen. Vielleicht mag dabei auch eine Rolle gespielt haben, dass am Anfang der Softwareentwicklung die Formulierung von Entwicklungssprachen stand, wobei es dann nur noch ein kleiner Schritt war, die Parallele zwischen Sprache und literarischem Werk einerseits und Entwicklungssprache und Software andererseits zu ziehen. Für den schweizerischen Gesetzgeber hat sich jedoch nie die Frage gestellt,

¹⁰ Zum Schutz als Design siehe FN 7.

Software auf andere Weise als über das Urheberrecht zu schützen. Das war durch internationale Abkommen vorgegeben¹¹.

3.2. *Patentrechtlicher Schutz von Software*

Software kann patentrechtlichen Schutz geniessen, nämlich dann, wenn mit ihrer Hilfe ein technischer Effekt erzielt wird¹². Dies ist dann der Fall, wenn die Software einen physikalischen Vorgang auslöst. Anwendungsfälle sind z.B. die Unterhaltungselektronik, Maschinensteuerungen und medizinische Geräte.

Der Patentschutz hat im Gegensatz zum urheberrechtlichen Schutz einen grossen Vorteil. Patentschutz ist nämlich Ideenschutz und nicht nur Formschutz. Geschützt ist der Kern der technischen Lösung. Man kann bei einer patentrechtlich geschützten Software also nicht einfach die darin verkörpert Abläufe kopieren und programmtechnisch auf andere Weise abbilden.

Das patentrechtliche Eintragungsverfahren kann auf der anderen Seite eine negative Wirkung haben. Die Patentanmeldung setzt nämlich die Offenbarung der zu patentierenden Idee voraus¹³. Dadurch setzt man sich dem Risiko aus, dass die entwickelte Idee von der Konkurrenz wahrgenommen und ausgewertet wird. Zudem bedeutet das Patentanmeldungsverfahren einen erheblichen finanziellen Aufwand, anders als beim Urheberrecht, das automatisch mit der Schaffung des Werkes entsteht. Die Patentierung von Software lohnt sich deshalb nur, wenn viel Geld auf dem Spiel steht oder wenn man die Patentierung als strategische Angelegenheit betrachtet, wie das die grossen amerikanischen Softwarekonzerne tun.

3.3. *Lauterkeitsrechtlicher Schutz von Software*

Der lauterkeitsrechtliche Softwareschutz hat ein grosse praktische Bedeutung. Er ergibt sich aus den folgenden gesetzlichen Bestimmungen.

Gemäss Art. 5 lit. c UWG ist die Übernahme von marktreifen Ergebnissen ohne angemessenen eigenen Aufwand untersagt. Diese Bestimmung ver-

¹¹ WIPO-Abkommen zum Urheberrecht vom 20. Dezember 1996.

¹² Neff / Arn (FN 7), 79ff.

¹³ Art. 50 PatG.

bietet somit das Kopieren von Programmcode, unabhängig davon, ob dieser urheber- oder patentrechtlich geschützt ist. Durch dieses Kopierverbot ist die weitaus häufigste Form des Softwaremissbrauchs wirkungsvoll untersagt, ohne dass auf das Urheberrecht zurückgegriffen werden muss¹⁴.

Aber auch Art. 5 lit. a und b UWG, welche die Verwertung von unbefugten erlangten Arbeitsergebnissen untersagen, bieten Schutz. Ein Arbeitsergebnis im Sinne dieser Bestimmungen ist aber mehr als eine blosser Idee. Es muss ein gewisses Mass an Arbeit investiert worden sein und das Ergebnis muss eine materielle Erscheinungsform annehmen¹⁵. So sind im Zusammenhang mit der Softwareentwicklung etwa die folgenden Unterlagen als Arbeitsergebnisse im Sinne von Art. 5 lit. a und b UWG zu qualifizieren: Grob- und Detailspezifikation, Programmskizzen, Datenmodelle, Schnittstellenanalysen.

Schliesslich ist Software auch durch den Geheimnisschutz gemäss Art. 6 UWG geschützt. Geschäftsgeheimnisse sind dabei durch drei Definitionsmerkmale charakterisiert. Es sind Informationen, die relativ unbekannt sind und auch nicht leicht zugänglich gemacht werden können, mithin also erstens Geheimnischarakter haben. Zweitens hat der Geheimnisträger an diesen Informationen ein Geheimhaltungsinteresse und drittens einen Geheimhaltungswillen¹⁶. Geheimhaltungswille und Geheimhaltungsinteresse sind nicht identisch. Der Geheimhaltungswille ist ein subjektives Element, das Geheimhaltungsinteresse ein objektives. Es wird nach objektiven Kriterien geprüft, ob das Geheimnis für den Geheimnisträger von wirtschaftlichem Wert ist¹⁷. Geschäftsgeheimnisse, die unmittelbar nutzbringend eingesetzt werden können, sind Geschäftsgeheimnisse mit Immaterialgutcharakter¹⁸.

Know-how ist ein in der Praxis häufig verwendeter, vom Gesetzgeber jedoch nicht definierter Begriff. Unter Know-how wird eine Sammlung von Wissen verstanden, das zur betrieblichen Leistung unmittelbar eingesetzt werden kann. Know-how kann sowohl Wissen mit Geheimnischarakter als auch solches ohne Geheimnischarakter enthalten¹⁹. Auch wenn die einzel-

¹⁴ C. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Basel 2001, N 64 ff. zu Art. 5 lit. c. UWG.

¹⁵ C. Baudenbacher (FN 14), Art. 5 UWG N 24 ff.

¹⁶ C. Baudenbacher (FN 14), Art. 6 UWG N 5.

¹⁷ C. Baudenbacher (FN 14), Art. 6 UWG N 27.

¹⁸ C. Baudenbacher (FN 14), Art. 6 UWG N 35.

¹⁹ C. Baudenbacher (FN 14), Art. 6 UWG N 41 ff.

nen Bestandteile des Know-how eines Betriebs für sich allein betrachtet keine Geschäftsgeheimnisse darstellen sollten – etwa weil die gesammelte Information allgemein zugänglich ist – so kann die Sammlung des betrieblichen Know-how als Ganzes dennoch Immaterialgutcharakter haben²⁰.

Ein wichtiger Anwendungsfall eines Geschäftsgeheimnisses im Bereich der Softwareentwicklung ist der Sourcecode, abgesehen vom Spezialfall der Open-Source Software. Unter dem Sourcecode versteht man diejenige Form des Codes, in dem die Software vom Entwickler programmiert wird und die somit lesbar ist²¹. Der Sourcecode wird für den Einsatz auf der Hardware in den Maschinencode umgewandelt. Dieser ist nur für den Computer lesbar. Bei einer Lizenzierung der Software wird regelmässig nur der Maschinencode ausgeliefert. Für die Benutzung der Software genügt dies vollständig. Der Sourcecode wird nur gebraucht, wenn an der Software Änderungen vorgenommen werden sollen. Er ist gewissermassen der Schlüssel zur Software. Ein Softwareunternehmen hat deshalb ein grosses Interesse daran, den Sourcecode möglichst geheim zu halten. Daran ändert auch nichts, dass der Sourcecode einzelnen Kunden je nach vertraglicher Vereinbarung offenbart wird²², denn diesen Kunden werden Geheimhaltungspflichten und Restriktionen in der Verwendung des Sourcecodes auferlegt oder der Sourcecode wird gar nicht heraus gegeben, sondern nur hinterlegt.

Auch Programmbibliotheken, Programmskizzen, Prozessschemen und Schnittstellendefinitionen können Geschäftsgeheimnisse sein, letztere jedoch nur dann, wenn sie vom Softwarehersteller nicht allgemein bekannt gegeben werden.

4. Erwerb der Rechte durch den Arbeitgeber

4.1. Rechte am Arbeitsergebnis

Im Arbeitsverhältnis erbringt der Arbeitnehmer eine Leistung und erhält dafür Lohn. Der Arbeitgeber trägt das Risiko, dass er die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit nutzbringend einsetzen kann. Der Lohn ist geschuldet, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Ob

²⁰ C. Baudenbacher (FN 14), Art. 6 UWG N 41.

²¹ Becker/Haberfellner/Liebetrau/Vössner (FN 2), 637.

²² Siehe auch Art. 21 URG.

die Arbeit dem Arbeitgeber einen finanziellen Nutzen bringt, spielt keine Rolle. Die Abwälzung des unternehmerischen Risikos auf den Arbeitnehmer ist unzulässig²³.

Entsprechend sieht Art. 321b Abs. 2 OR vor, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber alles herauszugeben hat, was er bei seiner Arbeitstätigkeit hervorbringt. Aus arbeitsrechtlicher Sicht kann es auf die Frage, wem die Rechte an im Arbeitsverhältnis geschaffener Software gehören, nur eine Antwort geben. Sie stehen, einem „ceterum censeo“ von Prof. M. Rehbinde folgend, dem Arbeitgeber zu²⁴, weil der Arbeitnehmer wegen seiner Eingliederung in die Betriebsorganisation und seiner daraus resultierenden sozialen Abhängigkeit nicht mehr als Handlungsobjekt gilt, das selbstständig Rechte erwerben kann²⁵.

Dieses Grundprinzip muss unabhängig davon gelten, durch welche absoluten Rechte die vom Arbeitnehmer hervorgebrachten Arbeitsergebnisse geschützt sind. Für dingliche Güter steht dies ohnehin ausser Frage. Sie gehören dem Arbeitgeber, wie auch immer dies dogmatisch hergeleitet wird²⁶. Auch für das Patent- und Designrecht hält Art. 332 OR fest, dass Dienstleistungen originär dem Arbeitgeber zustehen. Art. 332 OR gelangt dabei unabhängig davon zur Anwendung, ob die Erfindung patentfähig ist oder nicht²⁷. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche schützen eine Wettbewerbsposition und können zum vornherein nur vom Arbeitgeber als Hersteller und Wettbewerber geltend gemacht werden. Für den Topographieschutz hält Art. 3 ToG in geradezu vorbildlicher Klarheit fest, dass der Hersteller der originäre Erwerber der Rechte ist. Im Markenrecht gilt derjenige als Inhaber, der im Markenregister eingetragen ist²⁸, also ebenfalls der Arbeitgeber. Und Arbeitsergebnisse, die nicht durch ein besonderes Immaterialgüterrecht geschützt sind, stehen in Anwendung von Art. 321b Abs. 2 OR ohnehin dem Arbeitgeber zu, wobei diese Bestimmung allerdings nur obligatorische und nicht dingliche Wirkung hat.

²³ M. Rehbinde, Berner Kommentar, Bern 1985, Art. 322a OR N5; Ullin Streiff / Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich 2006, Art. 322a OR N2 und Art. 324 OR N5.

²⁴ M. Rehbinde, Das Recht am Arbeitsergebnis, in ZSR 91 (1972), Teilband I, 1 ff.

²⁵ M. Rehbinde (FN 24), 7.

²⁶ Einen Überblick über die dogmatische Herleitung bietet A. Andermatt, Das Recht an im Arbeitsverhältnis geschaffenen immaterialgüterrechtlich geschützten Erzeugnissen, Diss. St. Gallen 1999, 17 ff.

²⁷ Streiff / von Kaenel (FN 23), Art. 332 OR N5.

²⁸ Art. 5 und 6 MSchG.

Das müsste somit auch für das Urheberrecht gelten, auch wenn dort das Schöpferprinzip am tiefsten verankert ist. Entsprechend intensiv ist die Diskussion über das abhängige Werkschaffen urheberrechtlich geschützter Werke²⁹. Der Gesetzgeber hat deshalb in der letzten Urheberrechtsrevision vom 1. Juli 1993 eine Spezialnorm eingeführt, welche dieses Problem zumindest für die Informatikbranche lösen sollte. Art. 17 URG hält fest, dass der Arbeitgeber zur Ausübung der ausschliesslichen Verwendungsrechte an Computerprogrammen berechtigt ist, die in einem Arbeitsverhältnis bei Ausübung der dienstlichen Tätigkeit sowie in Erfüllung der vertraglichen Pflichten geschaffen werden.

Die etwas umständliche Formulierung von Art. 17 URG veranlasste jedoch eine lebhaft geführte, dogmatische Auseinandersetzung. Dabei wurden mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet³⁰. Allerdings ist zu sagen, dass sich an dieser Diskussion fast ausschliesslich Immaterialgüterrechtler beteiligten. Dies mag erklären, weshalb dabei viel vom urheberrechtlichen Schöpferprinzip und wenig vom Wesen des Arbeitsvertrages und der damit verbundenen Verteilung von Risiko und Erfolg die Rede ist. Das Thema scheint sich in den vergangenen fast 15 Jahren jedoch abgenutzt zu haben. Auch ist keine Gerichtsentscheidung bekannt, in welchem sich die unterschiedlichen dogmatischen Positionen ausgewirkt hätten.

In der Sache ging es um die Rechtsnatur von Art. 17 URG, um die Urheberpersönlichkeitsrechte, um die Abtretung der Rechte für zukünftige Nutzungsarten, um Miturheberschaft sowie um die sogenannten Gelegenheitswerke.

Die Rechtsnatur von Art. 17 URG beurteilen die einen als Legalzession, andere als eine ausschliessliche Lizenz und eine dritte Gruppe sieht darin einen originären Rechtserwerb durch den Arbeitgeber³¹.

Was die Urheberpersönlichkeitsrechte betrifft, so sollen diese nach herrschender Ansicht beim Arbeitnehmer verbleiben. Die Urheberpersönlich-

²⁹ R. auf der Maur, Das Urheberrecht des Produzenten, Diss. Zürich 1991.

³⁰ Am kritischsten R. Briner, Vertraglicher Regelungsbedarf beim abhängigen Schaffen von Computerprogrammen im Lichte des neuen URG, in AJP 1993, 576 ff.;

³¹ M. Rehbinde, Schweizerisches Urheberrecht, Bern 2000, 176; G. Fröhlich-Bleuler, Zum Übergang der Urheberrechte an Computerprogrammen nach dem neuen Art. 17 URG, in SJZ 90 (1994) 281 ff.; R. Briner, Vertraglicher Regelungsbedarf beim abhängigen Schaffen von Computerprogrammen im Lichte des neuen URG, in AJP 1993, 576 ff.; D. Alder, Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 497 sowie Andermatt (FN 26), 152 mit einer Zusammenfassung der Positionen.

keitsrechte reduzieren sich im Zusammenhang mit der Softwareentwicklung jedoch auf die Anerkennung und Benennung der Urheberschaft³², wobei im Arbeitsverhältnis von einem stillschweigend vereinbarten Verzicht auf die Anerkennung der Urheberschaft ausgegangen werden kann³³. Das Thema ist von akademischer Bedeutung. Ausgenommen sind Spezialfälle, wie etwa Computerkunst oder die Entwicklung von Computerspielen³⁴.

Die Frage, ob die Übertragung gemäss Art. 17 URG auch zukünftige Nutzungsarten erfasst, die zur Zeit der Schaffung des Programms noch gar nicht bekannt sind, ist ebenfalls kontrovers. Während die einen Art. 17 URG auch auf neue Nutzungsarten anwenden wollen, lehnen die Vertreter der Zweckübertragungstheorie dies ab³⁵. Angesichts der rasanten technischen Entwicklung hat das Thema durchaus eine gewisse Brisanz, so etwa wenn man sich fragt, ob eine für den PC entwickelte Anwendung (z.B. ein Spiel) auf Mobiltelefone herunter geladen werden kann.

Urheber, die ein Werk gemeinsam entwickeln, gelten als Miturheber und könnten – bei Anwendung von Art. 7 URG – nur gemeinsam über das Werk verfügen. Allerdings wird auch Art. 7 URG durch Art. 17 URG übersteuert. Die zentrale Überlegung ist aber eigentlich die folgende. Liegt die Leistung bei der Softwareentwicklung nicht mehr in der Produktion von Code sondern in der Organisation des arbeitsteiligen Entwicklungsprozesses³⁶ so kann der Beitrag eines einzelnen Softwareentwicklers nicht mehr als Beitrag zur Schöpfung eines Werkes im Sinne des Urheberrechtes betrachtet werden³⁷. Das gilt vor allem dann, wenn viele Mitarbeiter an der Entwicklung beteiligt sind³⁸. In eine ähnliche Richtung zielt auf dem Ge-

³² D. Barrelet / W. Egloff, Das neue Urheberrecht, Art. 17 URG N 7; Fröhlich-Bleuler (FN 31), 283.

³³ Fröhlich-Bleuler (FN 31), 283.

³⁴ Allerdings hat es das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Entscheid offen gelassen, ob Computerspiele unabhängig vom Softwarecode als audiovisuelle Werke gelten (Entscheid 4C.384/2006 vom 1.3.2007).

³⁵ Fröhlich-Bleuler (FN 31), S. 284; Alder (FN 31), 492.

³⁶ Siehe vorn 2.

³⁷ Diesem Thema wurde bisher wenig Beachtung geschenkt. Vgl. die gegenüber anderen Themen sehr knappe Darstellung bei Andermatt (FN 26), 157 sowie Briner (FN 30), 579.

³⁸ Bei Microsoft sind z.B. weltweit laufend 28'000 Mitarbeiter damit beschäftigt, die Produkte weiter zu entwickeln.

biet des Patentrechts das Konzept der "Betriebserfindung"³⁹. Von einer solchen wird gesprochen, wenn eine Erfindung anonym gemacht wird und deshalb dem Betrieb zuzuweisen ist.

Im Übrigen liegt die Beweislast für die Schöpferschaft beim Arbeitnehmer. Kann eine selbständige schöpferische Tätigkeit des Arbeitnehmers in einem komplexen Betriebsablauf nicht nachgewiesen werden, gehört die Erfindung dem Arbeitgeber⁴⁰, was auch für das Urheberrecht Geltung haben dürfte.

4.2. Gelegenheitswerke

Schafft ein Arbeitnehmer Immaterialgüter, so kann es sich dabei erstens um Aufgabenwerke⁴¹, zweitens um Gelegenheitswerke oder drittens um freie Werke handeln⁴². Nur Aufgabenwerke stehen dem Arbeitgeber uneingeschränkt zu. Über freie Werke kann der Arbeitnehmer demgegenüber frei verfügen. Ein Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis besteht nicht.

Aufgabenwerke sind solche, die der Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten macht⁴³, Gelegenheitswerke solche, die er zwar in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit, aber nicht in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten macht⁴⁴. Gelegenheitswerke werden anders als freie Werke in einem Sachzusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis geschaffen⁴⁵.

Für die Abgrenzung der Aufgabenwerke von den Gelegenheitswerken kommt es allein darauf an, ob die Schaffung von Immaterialgütern zum Arbeitsfeld des Arbeitnehmers, mithin zum Gegenstand des Arbeitsvertrages, gehört⁴⁶. Für diese Abgrenzung ist der Arbeitsvertrag auszulegen. Dies

³⁹ Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 20.11.1987 in SJZ 1989, S. 101; Briner (FN 30), 579 lehnt allerdings die Übernahme des Konzeptes des „Betriebswerkes“ für das Urheberrecht ohne weitere Begründung ab.

⁴⁰ Streiff / von Kaenel (FN 23), Art. 332 OR N 10.

⁴¹ Das Thema betrifft sämtliche Immaterialgüter in gleicher Weise. Wenn im folgenden nun der Begriff des Werkes verwendet wird, so geschieht dies im untechnischen Sinn. Gemeint sind somit die Patent-, Design- und Urheberrechte.

⁴² Alder (FN 31), 467 und 483.

⁴³ Art. 332 Abs. 1 OR und Art. 17 URG.

⁴⁴ Art. 332 Abs. 2 OR.

⁴⁵ Alder (FN 31), 485.

⁴⁶ Streiff / von Kaenel (FN 23), Art. 332 OR N 7.

ist umso einfacher, je genauer der Arbeitsbereich des Arbeitnehmers beschrieben wird⁴⁷.

Die Praxis zu Art. 332 OR hat folgende Kriterien entwickelt, die auf ein Aufgabenwerk hinweisen⁴⁸. Ein Aufgabenwerk liegt vor, wenn nach der expliziten oder impliziten Beschreibung des Arbeitsumfangs zu erwarten war, dass der Arbeitnehmer direkt oder indirekt auf die Schaffung eines Immaterialgutes hinarbeitete. Für ein Aufgabenwerk spricht auch, wenn das Immaterialgut generell in das dem Arbeitnehmer zugewiesene Arbeitsgebiet fällt oder wenn der Arbeitnehmer auf Erfahrungen und Arbeiten des Betriebes aufbauen konnte.

Zwischen Art. 332 OR, welcher das Patent- und Designrecht betrifft, und Art. 17 URG besteht bezüglich der Gelegenheitswerke ein Unterschied. Art. 332 OR sieht nämlich für das Patent- und das Designrecht einen zwingend entschädigungspflichtigen⁴⁹ Abtretungsanspruch des Arbeitgebers für Gelegenheitswerke vor. Von Art. 17 URG hingegen werden nur die Aufgabenwerke erfasst⁵⁰. Ein gesetzlicher Abtretungsanspruch des Arbeitgebers für bei Gelegenheit geschaffene Software fehlt und muss deshalb vertraglich vereinbart werden. Ob sich ein solcher aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht ableiten liesse, ist offen⁵¹.

Allerdings handelt es sich bei der Abgrenzung von Auftrags- und Gelegenheitswerken doch eher um eine Gedankenspielerei als um ein echtes Problem. Wenn etwa gesagt wird, nicht selten erfolge die Entwicklung durch Angestellte, zu deren Pflichtenheft die Programmierung gar nicht gehöre, so stimmt das heute nicht mehr⁵². Vorne wurde dargelegt, dass die Softwareentwicklung weitgehend ein industrieller Prozess ist. Und auch die Aussage, die Entwicklung von Arbeitshilfen aus eigener Initiative falle nicht in den Anwendungsbereich von Art. 17 URG⁵³, ist überholt. Vor 14 Jahren, als die zitierte Kommentarstelle verfasst wurde, mag es noch besondere Informatikkenntnisse verlangt haben, solche kleinen Softwareprogramme zu entwickeln. Seither hat sich der Büroalltag verändert. Es stehen

⁴⁷ Alder (FN 31), 483.

⁴⁸ Alder (FN 31), 467f. Praxisbeispiele finden sich bei Streiff / von Kaenel (FN 23), Art. 332 OR N 7.

⁴⁹ Alder (FN 31), 472.

⁵⁰ Barrelet / Egloff (FN 32), N 4 zu Art 17 URG.

⁵¹ Streiff / von Kaenel (FN 23), Art. 332 OR N 21; eher kritisch Alder (FN 31), 485.

⁵² A. Thalmann, Wem gehört Software? NZZ 4.11.1998, 30.

⁵³ Barrelet / Egloff (FN 32), Art. 17 URG N 4.

mit Programmen wie Excel und Access einfach zu bedienende Standardprodukte zur Verfügung, in deren Anwendung der durchschnittliche Nutzer geschult ist. Für Projektmanager und Ingenieure beispielsweise ist es eine unabdingbare Voraussetzung, dass sie ihre Berechnungen mit solchen Arbeitshilfen verfassen können. Der Arbeitgeber darf dies erwarten und er darf auch erwarten, dass solche Arbeitshilfen dem Betrieb uneingeschränkt zur Verfügung stehen.

5. Nachwirkende Geheimhaltungspflichten

Bei der Entwicklung von Software gelangt ein Arbeitnehmer regelmässig in den Besitz von Informationen, an denen der Arbeitgeber ein grosses Geheimhaltungsinteresse hat. Dies betrifft nicht nur Informationen im Zusammenhang mit der eigentlichen Produktion von Softwarecode, sondern insbesondere Informationen über die Analyse von Abläufen, über Lösungskonzepte und über den Programmaufbau. Diese Informationen haben für das Unternehmen, unabhängig davon, ob sie immaterialgüterrechtlich geschützt sind, einen beträchtlichen Wert.

Gemäss Art. 321a Abs. 4 OR unterliegt der Arbeitnehmer einer Geheimhaltungspflicht. Die im Zusammenhang mit der Softwareentwicklung erstellten Unterlagen wie Prozessschemata, Programmskizzen, Entwicklungshilfen und Know-how können in objektiver Hinsicht Geheimnischarakter haben. Manifestiert der Arbeitgeber auch noch sein subjektives Geheimhaltungsinteresse, so handelt es sich dabei um Geschäftsgeheimnisse und der Arbeitnehmer muss diese geheim halten.

Die Geheimhaltungspflicht gilt in abgeschwächter Form auch nach Vertragsende. Dabei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dem Interesse des Arbeitgebers an der Geheimhaltung steht das Interesse des Arbeitnehmers an einer freien beruflichen Entfaltung gegenüber⁵⁴. Das Geschäftsgeheimnis ist von der Berufserfahrung abzugrenzen. Als Berufserfahrung gelten diejenigen Kenntnisse, welche sich ein Arbeitnehmer durch die von ihm geleistete Arbeit und durch seine Weiterbildung angeeignet hat⁵⁵. Insbesondere fällt darunter die Branchenkenntnis, d.h. solche Informationen,

⁵⁴ Streiff / von Kaenel (FN 23), Art. 321a N 13.

⁵⁵ U. Wickihalder, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers, Diss, Bern 2004, 37.

die jeder Arbeitnehmer im gleichen Beruf im Verlaufe seiner Arbeitstätigkeit normalerweise erlangt⁵⁶.

Ob man diese Interessenabwägung allerdings anhand formaler Regeln vornehmen kann, ist fraglich. So wurde einmal die Meinung geäussert, der ausgeschiedene Arbeitnehmer dürfe nur solche Geheimnisse verwerten, die aufgrund einer erlaubten Tätigkeit im Gedächtnis verbleiben. Dem wurde mit Recht entgegen gehalten, auch das planmässige Erfassen von Methoden und Techniken in schriftlicher Form sei als legitime Form der fachlichen Weiterbildung zulässig⁵⁷. Eher zum Ziel führt, auf die Intention des Arbeitnehmers abzustellen. Wenn er sich durch das Sammeln von Know-how, in erster Linie weiterbilden will, so darf er das. Wenn es ihm jedoch darum geht, Wissen des Arbeitgebers konkurrenzierend umzusetzen, so verstösst er dadurch sowohl gegen Art. 321a Abs. 4 OR wie möglicherweise auch gegen den lauterkeitsrechtlichen oder gar strafrechtlichen Geheimnisschutz.

Ein wichtiges Indiz für die Intention des Arbeitnehmers ist der Zeitpunkt, in welchem er die Aufzeichnung von Know-how vornimmt. Tut er das kontinuierlich und selektiv, so lässt das auf den Weiterbildungscharakter der Aktivität schliessen. Kopiert er Unterlagen jedoch im Zusammenhang mit der Vertragsbeendigung global und undifferenziert, so ist dies ein starkes Indiz für seine unlauteren Absichten.

Auch der Ansatz, zwischen dem aus Art. 321a Abs. 4 OR fliessenden Mitteilungs- und einem Verwertungsverbot zu unterscheiden und nur das Mitteilungsverbot der nachvertraglichen Geheimhaltungspflicht zu unterwerfen⁵⁸, führt nicht immer Ziel. Die Verwertung dürfte nämlich in vielen Fällen bedeuten, dass das Geschäftsgeheimnis Dritten mitgeteilt wird.

Die Interessenabwägung ist deshalb stark von der jeweiligen Situation geprägt und in der Regel schwierig⁵⁹, wobei zusammenfassend die folgenden Faktoren eine Rolle spielen: Art und Inhalt der Information; Investitionen, die zur Gewinnung der Information getätigt werden mussten; Wert der

⁵⁶ Wickihalder (FN 55), 73.

⁵⁷ Baudenbacher (FN 14), Art. 6 UWG N 50.

⁵⁸ Wickihalder (FN 55), 84 sowie U. Wickihalder, die Relativität der nachvertraglichen Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers in der Praxis der Gerichte, Jusletter 24. Januar 2005.

⁵⁹ Vgl. dazu ausführlich Baudenbacher (FN 14), Art. 6 UWG, N 45 ff. sowie Staehelein, Adrian / Vischer, Frank: Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N 58 ff. zu Art. 321a OR.

Information für den Arbeitgeber, z.B. als Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz; Manifestiertes Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers⁶⁰ sowie die Intention des Arbeitnehmers beim Aufzeichnen und Verwenden der Information.

Zwei Aussagen haben jedoch immer Gültigkeit. Erstens: Unrechtmässig erlangte Informationen z.B. durch Ausspionieren, können nie legal erworbene Berufserfahrung darstellen. Zweitens: Die Geheimhaltungspflicht darf nicht dazu führen, dass über die Hintertür ein Konkurrenzverbot eingeführt wird⁶¹. So wurde vom Obergericht des Kantons Zürich entschieden, dass ein Arbeitnehmer mangels eines vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbots den Kundenstamm des Arbeitgebers nach Vertragsende aktiv angehen durfte, obwohl der Kundenstamm an sich ein geschütztes Geschäftsgeheimnis darstellen würde⁶².

6. Vertragsgestaltung

Was soll zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bezüglich der Zuordnung der Rechte sowie der Geheimhaltung vereinbart werden?

Zwar wäre die Zuordnung der Rechte gesetzlich durchaus befriedigend geregelt. Eine vertragliche Regelung hat in diesem Zusammenhang deshalb vorwiegend deklaratorischen Charakter. Wegen der Bedeutung der Immaterialgüterrechte für die Informatikbranche sowie der Verwirrung, welche die dogmatische Diskussion bisher gestiftet hat, gehört eine Rechteklausel jedoch in die Arbeitsverträge von Unternehmen, die im weitesten Sinne mit Softwareentwicklung in Kontakt kommen. Das betrifft deshalb nicht nur Softwareentwicklungsfirmen sondern auch deren Kunden, mithin alle Unternehmen, die Software einsetzen.

Eine solche Klausel könnte etwa wie folgt lauten:

⁶⁰ Martin J. Lutz, Die gesetzliche und vertragliche Sicherung von Geheimnissen, SMI 1985, Heft 2, 193.

⁶¹ Wickihalder (FN 55), 66.

⁶² Urteil des Obergerichts Zürich vom 13. Oktober 2003 in ZR 104 (2005) Nr. 18, siehe auch Christoph Gutzwiller, Geheimhaltungspflicht und Konkurrenzbeschränkungen, insbesondere im Bankwesen, SAG 3/86, 122 ff.

Rechte an Arbeitsergebnissen

Alle vom Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit und in Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten allein oder in Zusammenarbeit geschaffenen Arbeitsergebnisse wie z.B. Software und dazugehörige Unterlagen, Analysen, Entwürfe etc. gehören ausschliesslich dem Arbeitgeber. Insbesondere stehen ihm alle Patent-, Urheber-, Design-, Leistungs- und Topographieschutzrechte zu und zwar einschliesslich sämtlicher Nutzungsrechte insbesondere einschliesslich dem Recht zur Bearbeitung und Weiterentwicklung. Soweit für die Übertragung solcher Rechte eine Abtretung erforderlich ist, erklärt der Arbeitnehmer, diese im Voraus abgegeben zu haben und zwar für sämtliche gegenwärtig und zukünftig denkbaren Nutzungsarten. Er verzichtet darauf, als Urheber oder Erfinder genannt zu werden. Diese Abtretung umfasst ohne Anspruch auf zusätzliche Entschädigung auch Rechte an Arbeitsergebnissen, die vom Arbeitnehmer bei Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit, aber nicht in Erfüllung seiner vertraglichen Aufgaben hervorgebracht wurden. Für Patentrechte bleibt der Entschädigungsanspruch für Gelegenheitswerke gemäss Art. 332 OR vorbehalten.

Was den Geheimnisschutz betrifft, so sollte die entsprechende Klausel möglichst auf den besonderen Fall zugeschnitten sein. Sie sollte insbesondere die geheim zu haltende Information genau umschreiben. Die nachfolgende Klausel kann deshalb nur als Basis dienen und sollte auf die betrieblichen Besonderheiten angepasst werden.

Geheimhaltung

Der Arbeitnehmer darf Informationen mit Geheimnischarakter weder selber verwerten noch anderen mitteilen. Geheimnischarakter haben insbesondere Informationen über Konzeption und Design von Software, über Softwarecode und Entwicklungstools, über Datenmodelle, Entwicklungsmethoden, Entwicklungsressourcen und -Kosten, über Preiskalkulation, Marketingstrategien, Kundenlisten, Kundenbedürfnisse und Kundendaten. Diese Verpflichtung dauert über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus, solange daran ein Geheimhaltungsinteresse besteht. Es ist dem Arbeitnehmer nicht gestattet, von solchen Informationen Kopien (Hardcopies oder digitale Kopien) anzufertigen, soweit dies für die Erfüllung der beruflichen Aufgaben nicht notwendig ist. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses übergibt der Arbeitnehmer sämtliche für die Geheimhaltung relevanten Unterlagen dem Arbeitgeber.

Ein anderer vertragstechnischer Ansatz wäre es, im Arbeitsvertrag nur eine relativ allgemein formulierte Geheimhaltungsklausel aufzunehmen und statt dessen ausgewählte Mitarbeiter spezielle Geheimhaltungserklärungen unterzeichnen zu lassen. Dieses Vorgehen hat zwei Vorteile. Zum einen müssen nicht alle Arbeitsverträge neu geschrieben werden, wenn die bisher verwendete Klausel ungenügend ist. Zum anderen kann eine solche Geheimhaltungserklärung individueller abgefasst werden. Sie kann nicht nur die betrieblichen Besonderheiten, sondern auch das Arbeitsumfeld des einzelnen Arbeitnehmers berücksichtigen.

Eine gute Vertragsklausel allein genügt jedoch nicht. Es ist unabdingbar, die relevanten Informationen auch faktisch geheim zu halten. Nur an tatsächlich geheimen Informationen besteht ein rechtlich geschütztes Geheimhaltungsinteresse. Dafür stehen beispielsweise die folgenden Mittel zur Verfügung: auf den geheimen Informationen angebrachte Geheimhaltungsvermerke, eine Inventarisierung der geheimen Dokumente, eine selektive Vergabe von Zugriffsrechten, das Einfügen von Kopiersperren, die Kontrolle der Zugriffe auf geheime Informationen sowie das Verfolgen von Missbräuchen.

Konkurrenzverbote werden zwar meistens für solche Mitarbeiter vereinbart, die über Kundenkontakte verfügen. Konkurrenzverbote können aber auch Mitarbeitern auferlegt werden, die in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse Einblick haben⁶³. Für besonders wichtige Mitarbeiter im Entwicklungsbereich kann deshalb auch ein Konkurrenzverbot in Erwägung gezogen werden.

Sowohl die Geheimhaltungsverpflichtung als auch allfällige Konkurrenzverbote können zudem durch Konventionalstrafen abgesichert werden.

Schliesslich ist es in verschiedener Hinsicht wichtig, die Funktion des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag möglichst zutreffend zu beschreiben. Die Funktionsbeschreibung beeinflusst erstens die Abgrenzung des Auftragswerkes von den freien Werken und von den Gelegenheitswerken⁶⁴. Zweitens bestimmt die Funktionsbeschreibung diejenigen Bereiche, in welchen sich der Arbeitnehmer Informationen überhaupt aneignen darf. Und drittens hat die Funktionsbeschreibung eine Bedeutung im Zusammenhang mit der Gültigkeit eines allfälligen Konkurrenzverbotes, denn sie erleichtert

⁶³ Art. 340 Abs. 2 OR.

⁶⁴ Siehe vorn 4.2.

den Nachweis, dass der Arbeitnehmer tatsächlich Einblick in Kundendaten oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hatte⁶⁵.

Zum Schluss noch ein Hinweis auf ein weiterführendes Problem. Beim Beizug externer Dienstleister besteht kein Arbeitsverhältnis und die gesetzlichen Bestimmungen betreffend die Zuordnung der Rechte und die Geheimhaltung gelangen nicht zur Anwendung. Das Gleiche gilt in Konzernstrukturen, wenn Arbeitnehmer nicht für ihren Arbeitgeber sondern für andere Konzerngesellschaften tätig sind. Hier ist es wichtig, im Rahmen von Dienstleistungs- oder Personalstellungsverträgen die Übertragung der Rechte und die Geheimhaltung zu regeln. Es nützt nichts, mit den eigenen Mitarbeitern saubere Arbeitsverträge zu haben, wenn dann die wesentlichen Leistungen ohne korrekte vertragliche Einbindung von externen Beratern oder Personalstellungsunternehmen bezogen werden.

⁶⁵ Art. 340 Abs. 2 OR.