

Stellungnahme

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung
(GeschGehG)**

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.

Zusammenfassung

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat einen Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GeschGehG-E) vorgelegt. Mit der Richtlinie und dem GeschGehG-E wird in Deutschland nun erstmals einheitlich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen kodifiziert. Ebenso wird durch die Richtlinie und die nationalen Umsetzungsgesetze der Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Europa harmonisiert. Dies trägt der Bedeutung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen Rechnung und wird es für international agierende Unternehmen vereinfachen, ihre Geschäftsgeheimnisse zu schützen. Der Bundesverband der deutschen Industrie begrüßt die einheitliche Kodifizierung sowie die Harmonisierung der Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Gleichwohl sehen wir in Bezug auf den vorgelegten Entwurf noch Regelungslücken bzw. Unklarheiten, die aus Sicht des BDI auch nicht allein den Gerichten zur Klärung anheimgestellt werden sollten.

Die Anmerkungen im Einzelnen

1. Begriffsbestimmungen

- 1.1. Die Begriffsbestimmung des Geschäftsgeheimnisses in § 1 Nr. 1 des GeschGehG-E weicht von der Formulierung in der Richtlinie ab. Statt der Formulierung "allgemein bekannt" – wie in der Richtlinie – findet sich die Formulierung "bekannt".

Nach der Richtlinie verliert ein Geheimnis erst dann seinen Schutz aufgrund von Offenkundigkeit, wenn es allgemein in den Kreisen bekannt ist, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen. Nach dem Vorschlag des GeschGehG-E ist die Offenkundigkeit eines Geschäftsgeheimnisses dagegen schon dann gegeben, wenn das Geheimnis in den entsprechenden Kreisen bekannt ist. Damit reicht schon ein sehr kleiner Kreis der Wissenden aus, um die Anforderung an ein Geheimnis zu verneinen und damit den entsprechenden Schutz zu versagen.

Es ist nicht auszuschließen, dass die Formulierung „allgemein bekannt“ wie es die Richtlinie vorsieht, statt nur "bekannt" einen höheren Schutzzumfang vermuten lässt. Nicht nachvollziehbar ist, warum der deutsche Gesetzgeber insoweit vom Wortlaut der Richtlinie abweicht, zumal es offensichtlich nicht seine Absicht ist, das Schutzniveau im Vergleich zur Richtlinie zu senken. Daher regen wir an, die Formulierung in § 1 Nr. 1 a) GeschGehG-E an den entsprechenden Wortlaut der Richtlinie anzupassen und das Wort „allgemein“ zu ergänzen. Die Ergänzung würde dann auch zu der vom deutschen Gesetzgeber im Besonderen Teil des Entwurfes zu § 1 Nr. 1 a) ausgeführten Erläuterung (die dem Wortlaut des Erwägungsgrund 14 der Richtlinie entspricht) passen, wonach eine Information nur dann von der Definition ausgeschlossen ist, wenn es sich um eine belanglose Information handelt „[...]“, die den Personenkreisen, die üblicherweise mit derartigen Informationen umgehen, generell bekannt ist [...].“

- 1.2. Nach dem Wortlaut des GeschGehG-E in § 1 Nr. 1 a) sind Informationen geschützt, sofern sie „weder insgesamt noch in ihren Einzelheiten“ bekannt sind. Die Richtlinie geht insofern weiter, als sie in Art. 2 Abs. 1 a) formuliert, dass die Informationen „weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile“ allgemein bekannt sein dürfen. Danach können auch solche Informationen noch als Geschäftsgeheimnis geschützt werden, die für sich zwar bekannt, aber in ihrer konkreten Zusammensetzung nicht allgemein bekannt sind. Diese Unterscheidung kann ggf. wesentliche Auswirkungen haben. So sind z.B. Kundendaten oder Marktdaten ggf. in ihren Einzelheiten allgemein bekannt bzw. ohne weiteres zugänglich. Anders sieht es aber aus, wenn diese Daten in einer besonderen Weise aufbereitet

und zusammengesetzt werden, z.B. in Kundenlisten oder Marktanalysedaten. Nach dem Wortlaut des deutschen Gesetzesentwurfs wären nach unserem Verständnis diesen Informationen – auch wenn sie in ihrer konkreten Zusammenstellung nicht allgemein bekannt und zugänglich sind – nicht als Geschäftsgeheimnis geschützt.

Dies scheint aber weder dem Willen der Richtlinie noch dem Regelungswillen des nationalen Gesetzgebers zu entsprechen. Daher sollte der Gesetzesentwurf eine Klarstellung dahingehend enthalten, dass auch Informationen, die in ihren Einzelheiten allgemein bekannt bzw. zugänglich sind, in ihrer konkreten Zusammenstellung als Geschäftsgeheimnis geschützt sein können, sofern die Informationen in dieser Zusammenstellung geheim sind und entsprechenden angemessenen Schutzmaßnahmen unterworfen werden.

- 1.3. Zudem ist auch die in der Richtlinie formulierte Abhängigkeit der Unzugänglichkeit des Geheimnisses und des daraus resultierenden wirtschaftlichen Wertes des Geheimnisses im Entwurf des Gesetzes nicht entsprechend eindeutig formuliert. Statt der Formulierung: "a) [...] oder ohne weiteres zugänglich sind; b) sie sind vom kommerziellen Wert, weil sie geheim sind", hat der deutsche Gesetzgeber die Formulierung "oder ohne weiteres zugänglich und daher von wirtschaftlichem Wert" gewählt.

Diese sprachliche Abweichung des Gesetzesentwurfs von der Richtlinie kann in der Auslegung dazu führen, dass die Abhängigkeit zwischen Unzugänglichkeit und Werthaltigkeit des Geheimnisses nicht in gleicher Weise verstanden wird. Denn die Begriffe „geheim“ und „unzugänglich“ sind nicht deckungsgleich. Während die Information nach der Richtlinie einen wirtschaftlichen Wert hat, weil sie geheim ist, resultiert nach dem deutschen Gesetzesentwurf der Wert aus dem Umstand, dass die Information nicht ohne weiteres zugänglich ist.

Nach der Formulierung der Richtlinie liest es sich so, dass der Wert der Information aus dem Umstand resultiert, dass die Information zunächst 1. nicht allgemein bekannt sein darf, 2. nicht ohne weiteres zugänglich ist und zudem 3. geheim und 4. durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt sein muss. Nach dem deutschen Entwurf gibt es lediglich die Anforderung, dass die Information nicht 1. bekannt und 2. ohne weiteres zugänglich sein darf und 3. durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt sein muss. Dass die Information „geheim“ ist, wird hingegen nicht gefordert.

Wir sehen die Abweichung des Entwurfs des Gesetzes vom Wortlaut der Richtlinie insofern kritisch, weil hier Fragen über die Auslegung zu erwarten sind, die zu einem unterschiedlichen Verständnis führen können. Wie verhält es sich z.B. mit Informationen, die in ihren Einzelheiten zwar zugänglich, in ihrer konkreten Zusammensetzung aber geheim sind? Nach der Richtlinie dürften diese Informationen – sofern es sich

um den Umständen entsprechende Schutzmaßnahmen handelt – um geschützte Geschäftsgeheimnisse handeln. Nach dem Wortlaut des GeschGehG-E ist diese Information auf den ersten Blick dann nicht mehr geschützt.

- 1.4. Des Weiteren schlagen wir vor, in den Begriffsbestimmungen zu dem Begriff des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses (§ 1 Nr. 2 GeschGehG-E) ebenfalls auf die Definitionen der Richtlinie selbst zurückzugreifen. Denn die Formulierung der Richtlinie, wonach der Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses „jede natürliche oder juristische Person, die ein Geschäftsgeheimnis rechtmäßig erlangt hat und die die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis besitzt“ garantiert eine höhere Rechtsklarheit. Auch das erwünschte Ziel der Harmonisierung würde durch die Übernahme der Formulierung der Richtlinie besser gewährleistet.

Die Erfassung des Lizenznehmers wiederum in der Definition erscheint uns nicht gerechtfertigt und kann nur zu mehr Rechtsstreitigkeiten führen. Die Frage, ob Lizenznehmer auch Ansprüche nach dem GeschGehG-E geltend machen können, sollte rein vertragsrechtlicher Natur sein.

- 1.5. In § 1 Abs. 1 Nr. 4 GeschGehG-E wird ein rechtsverletzendes Produkt definiert als ein Produkt, dessen Konzeption, Merkmale, Funktionsweise, Herstellungsprozess oder Marketing in erheblichem Umfang auf einem rechtswidrig erlangten, genutzten oder offengelegten Geschäftsgeheimnis beruht. Die so formulierte Begriffsbestimmung entspricht wortwörtlich der Definition in der Richtlinie, wo sie trotz anhaltender Kritik beibehalten wurde. Nach dieser Definition stellt auch das Marketing eines Produkts mit Hilfe von rechtswidrig erlangten, genutzten oder offengelegten Geheimnissen ein rechtsverletzendes Produkt dar.

In Verbindung mit den Ansprüchen aus § 6 GeschGehG-E (z.B. Rückruf und Entfernung vom Markt) geht diese Definition über das gerechtfertigte Schutzinteresse hinaus. Beispiel: A und B sind Konkurrenten, beide beliefern den Kunden K mit dem substituierbaren Produkt P. Durch einen Geheimnisverrat eines ehemaligen Angestellten von A erlangt B Informationen über A's Finanzlage und Kostenstruktur, z.B. dass A's break-even-point für P bei n Euro liegt, und dass B nur einige Wochen lang Verluste verkraften kann. Es geht um nichttechnische Geschäftsgeheimnisse, die ausschließlich bei der Preisgestaltung eingesetzt werden können. Nun kann B gezielt „predatory pricing“-Taktiken einsetzen und P sogar defizitär verkaufen, um A vom Markt zu drängen. Gemäß § 5 GeschGehG-E hätte A Anspruch auf Unterlassung der durch die widerrechtliche Geheimnisverwertung ermöglichten Handlung. Je nach Auslegung von § 6 Nr. 2 bis 5 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 4 GeschGehG-E sowie § 8 GeschGehG-E hätte A aber auch Anspruch auf

den Rückruf und die Vernichtung des Produkts P, was deutlich über das Ziel des Rechtsschutzes hinaus schießt. In diesen Fällen muss § 8 GeschGehG-E greifen, sodass Ansprüche auf Rückruf und Vernichtung des Produkts ausgeschlossen sind. Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche sind hier ausreichend. Eine entsprechende Auslegung sollte in der Gesetzesbegründung determiniert werden.

1.6. Begriffe der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden in vielen Gesetzen gemeinsam genannt. Aus dem GeschGehG-E geht nicht ausdrücklich hervor, ob der Begriff des Betriebsgeheimnisses nach dem GeschGehG vollständig vom Begriff des Geschäftsgeheimnisses erfasst ist. Die Begründung legt dies nahe. Zur Vermeidung von Unsicherheiten ist eine Klarstellung hierzu aber wünschenswert.

2. Angemessenheit von Geheimhaltungsmaßnahmen

Nach § 1 GeschGehG-E ist ein Geschäftsgeheimnis eine Information, „die [...] Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen [...] ist. Um also überhaupt den Anwendungsbereich des GeschGehG zu eröffnen, müssen „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ durch den Inhaber durchgeführt werden. Unklar ist allerdings, was „angemessen“ in diesem Zusammenhang bedeutet. In der Begründung heißt es hierzu, dass es für die Frage der Angemessenheit auf die Art und Bedeutung der Informationen für das Unternehmen im Einzelfall ankommt. Dies kann den Geheimnisinhaber aber vor praktische Schwierigkeiten stellen. Einerseits trägt er die Beweislast für den Einsatz angemessener Maßnahmen. Darüber hinaus ist er dem Risiko ausgesetzt, dass ein Gericht die von ihm dargelegten Schutzmaßnahmen für nicht ausreichend erachtet. Um den Unternehmen den Umgang mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ zu erleichtern, wäre es insofern wünschenswert, wenn mit der Gesetzesbegründung Hinweise gegeben werden könnten, die berücksichtigen, dass zu hohe Anforderungen kleinere Unternehmen schnell überfordern können. Die Einführung eines komplexen Informationsmanagementsystem, das sämtliches in einem Unternehmen vorhandenes Know-how klassifiziert und an die verschiedenen Klassen konkrete Schutzmaßnahmen knüpft, erfordert (und bindet) signifikante Ressourcen, die in KMU oftmals schlicht nicht vorhanden sind. Selbstverständlich dürfen solche Hinweise des Gesetzgebers nicht dazu führen, dass (quasi) bindende Voraussetzungen normiert werden, die ein Unternehmen erfüllen muss, damit es sich um „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ handelt. Der BDI ist sich bewusst, dass es sich hierbei um eine Gratwanderung handelt, einerseits ein gewisses Maß an Konkretisierung zu bieten, andererseits aber keine verpflichtenden Voraussetzungen zu normieren. Aber vielleicht könnte durch Hinweise ein Rahmen geschaffen werden, der verhindert, dass die nationalen Gerichte übertrieben hohe Maßstäbe ansetzen.

3. Vorrang öffentlich-rechtlicher Vorschriften

Der BDI begrüßt ausdrücklich den neu eingefügten § 1 Abs. 2 GeschGehG-E, nach dem öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen vorgehen. Hiermit wird insoweit Klarheit geschaffen.

Allerdings geben wir zu bedenken, dass zwar der Vorrang der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen bestimmt wird, eine ausdrücklich Klarstellung zur Reichweite des Vorrangs z.B. im Hinblick auf die Frage der Definition des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses im Öffentlichen Recht jedoch nicht erfolgt.

Wir gehen davon aus, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften dem GeschGehG insgesamt vorgehen, also z.B. auch bezüglich des Begriffs der Geschäftsgeheimnisse. Aufgrund abweichender öffentlich-rechtlicher Regelungen darf dieser Begriff richtigerweise wohl auch künftig etwas anders und weiter ausgelegt werden, als dies insbesondere durch die Richtlinie bzw. den Referentenentwurf geschieht (vgl. z.B. § 9 Abs. 1 Satz 4 UIG: „Die informationspflichtige Stelle hat in der Regel von einer Betroffenheit [...] auszugehen, soweit übermittelte Informationen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet sind[...](“).

Dies sollte im Gesetzestext und in der Begründung klargestellt werden, damit durch das Nebeneinander der öffentlich-rechtlichen Vorschriften und des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen keine Fragen aufgeworfen werden.

4. Regelungen zum Whistleblowing

Auch die Regelungen zum Whistleblowing sieht der BDI überwiegend kritisch. Whistleblower sollen nach dem GeschGehG-E geschützt sein, wenn sie durch die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen ein rechtswidriges Verhalten oder ein sonstiges Fehlverhalten aufdecken. Laut Begründung geht dabei der Begriff des „Fehlverhaltens“ (§ 4 Nr. 2) über das rechtswidrige Verhalten hinaus. Er schließt vielmehr auch ein Verhalten ein, das als unethisch eingestuft wird, jedoch nicht gegen Rechtsvorschriften verstößt. In der Begründung werden Beispiele, wie z.B. Kinderarbeit oder gesundheits- oder umweltschädliche Produktionsbedingungen sowie die systematische und unredliche Umgehung von Steuertatbeständen für ein solches Fehlverhalten genannt. Auf subjektiver Ebene wird die „Absicht im öffentlichen Interesse zu handeln“ verlangt, wobei diese Absicht das dominierende, jedoch nicht das ausschließliche Motiv sein muss. Diese Eingrenzung ist ungenau und lässt in gewissem Maße auch persönliche Motive (z.B. Rache) zur Offenlegung zu. Es könnte daher

sinnvoll sein, wenn in der Gesetzgebung anhand von konkreten Beispielen erläutert würde, wann die Voraussetzungen für die Absicht im öffentlichen Interesse zu handeln erfüllt sind.

Ein weiterer sehr kritisch zu bewertender Aspekt ist, dass ein Whistleblower nicht verpflichtet ist, ein etwaiges bestehendes internes Meldesystem zu nutzen, bevor er das angenommene Fehlverhalten an die Öffentlichkeit bringt. Trotz eines unter Umständen bestehenden ausgefeilten internen Meldesystems wird also den Unternehmen die Möglichkeit genommen, sich des vermuteten Fehlverhaltens anzunehmen und entweder ein tatsächliches Fehlverhalten abzustellen und aufzuklären oder ein Missverständnis auszuräumen.

Tatsächlich besteht für den nationalen Gesetzgeber durch die zwingenden Vorgaben der Richtlinie zum Whistleblowing nicht allzu viel Umsetzungsspielraum; bedingt durch die Regelung sich für die Unternehmen ergebenden Unsicherheiten und Herausforderungen wäre eine Evaluierung der Regelung nach kurzer Zeit – insbesondere vor dem Hintergrund der anstehenden und umfassenden EU- Regelung zum Whistleblowing- an sich sehr wünschenswert.

5. Handlungsverbote

In § 3 werden die Handlungsverbote, ähnlich des Art. 4 Abs. 2 bis 5 der Richtlinie, festgehalten. Im Gegensatz zur Richtlinie wird der Begriff „Erwerb“ hier durch „Erlangung“ ausgetauscht, um so alle Formen des Erlangens – nicht nur der Kauf – einer geheimen Information zu erfassen. Dies ist begrüßenswert, um etwaige Umgehungsversuche auszuschließen. Auch die weitere Übernahme der Vorgaben des Art. 4 Abs. 2 bis 5 aus der Richtlinie, auch wenn dies nach Art. 1 der EU-Richtlinie nicht zwingend war, ist für eine bessere Durchsetzung der Rechte an einem Geschäftsgeheimnis zu begrüßen.

6. Rechtsdurchsetzung

Auch die Regelungen zur Rechtsdurchsetzung sind nicht ganz zufriedenstellend. So wäre die Einführung eines In-Camera- Verfahrens für einen effektiven Schutz von Geschäftsgeheimnissen wünschenswert gewesen. Aber auch hier ist zu beachten, dass durch die Richtlinie bereits die wesentlichen Grundsätze geregelt sind, so dass dem nationalen Gesetzgeber die Hände gebunden sind.

Die Festsetzung des Ordnungsmittel (§ 16 GeschGehG-E) im Falle einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des § 15 Abs. 2 auf bis zu 1000,- Euro verfehlt ihr Ziel. Die Höhe des Ordnungsmittels ist eindeutig zu niedrig, da es in der Höhe keine abschreckende Wirkung auf den Verwerter des Geheimnisses haben wird und dieser – gerade bei wirtschaftlich bedeutenden Informationen – das Ordnungsgeld ggf. mit „einpreist“. Insoweit plädieren wir hier in jedem Fall für die

Möglichkeit eines höheren Ordnungsgeldes. Insoweit ist auf § 890 ZPO zu verweisen, der ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 250.000,- Euro vorsieht.

Wünschenswert wären auch strafrechtliche Sanktionen für den Fall, dass ein Geschäftsgeheimnis verraten wird. Die bislang einschlägigen Regelungen durch die §§ 203, 204 StGB (bzgl. Berufsgeheimnisträger) und § 353d StGB (bei nichtöffentlichen Gerichtsverhandlungen und bei amtlichen Dokumente) regeln dies nicht ausreichend. Auch das GeschGehG-E selbst enthält in § 22 keine ausreichenden strafrechtlichen Sanktionen. Die bestehenden Lücken könnten geschlossen werden, indem eine Verletzung des § 15 GeschGehG-E in den Katalog des § 22 GeschGehG-E aufgenommen wird.

Über den BDI

Der BDI transportiert die Interessen der deutschen Industrie an die politisch Verantwortlichen. Damit unterstützt er die Unternehmen im globalen Wettbewerb. Er verfügt über ein weit verzweigtes Netzwerk in Deutschland und Europa, auf allen wichtigen Märkten und in internationalen Organisationen. Der BDI sorgt für die politische Flankierung internationaler Markterschließung. Und er bietet Informationen und wirtschaftspolitische Beratung für alle industrierelevanten Themen. Der BDI ist die Spitzenorganisation der deutschen Industrie und der industrienahen Dienstleister. Er spricht für 36 Branchenverbände und mehr als 100.000 Unternehmen mit rund 8 Mio. Beschäftigten. Die Mitgliedschaft ist freiwillig. 15 Landesvertretungen vertreten die Interessen der Wirtschaft auf regionaler Ebene.

Impressum

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.bdi.eu
T: +49 30 2028-0

Ansprechpartner

Dr. Julia Hentsch
Referentin
T: +493020281460
J.Hentsch@bdi.eu