

Bundesministerium der Justiz  
und für Verbraucherschutz  
Referat III B 5  
Herrn Referatsleiter  
RD Jörg Rosenow  
**11015 Berlin**

**Prof. Dr. Ronny Hauck**  
(Lehrstuhlvertreter)

Postanschrift: Unter den Linden 6  
10099 Berlin  
Sitz: Unter den Linden 11  
(Gouverneurshaus) Raum E.03  
Telefon: (030) 2093-3488  
Fax: (030) 2093-3499  
ronny.hauck@rewi.hu-berlin.de

Berlin, den 15. Mai 2018

**Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung**

Sehr geehrter Herr Rosenow,

ich danke für die Übersendung des oben genannten Referentenentwurfs, zu dem ich wie folgt Stellung nehme:

**I. Zu § 1 GeschGehG-RefE (Begriffsbestimmungen)**

1. Die Definition unter **§ 1 Nr. 1 a)** weicht vom Text der Richtlinie ab. Art. 2 Ziff. 1 RL 2016/943/EU ist genauer, wenn von „weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile“ gesprochen wird, als das allgemeiner formulierte „weder insgesamt noch in ihren Einzelheiten“.

2. Allein in der Begründung des RefE (zu § 1 Nr. 1; dort S. 19) findet sich (unter Übernahme des Wortlauts von Erwägungsgrund 14 der RL 2016/943/EU) ein Hinweis darauf, dass der Inhaber ein „legitimes Interesse“ an der Geheimhaltung der betreffenden Information haben muss. Dieses zwingend objektiv zu verstehende Tatbestandsmerkmal sollte abweichend vom Text der Richtlinie in die Definition unter **§ 1 Nr. 1** aufgenommen werden.

Damit würde sichergestellt, dass nur solche Informationen überhaupt vom Schutzbereich des Gesetzes erfasst sind, die dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen (RL 2016/943/EU und GeschGehG) entsprechen. Denn diese zielen insbesondere auf die Erhaltung und Stärkung der Innovationskraft und somit Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen im Binnenmarkt ab (vgl. nur Erwägungsgründe 2 bis 4, 8, 9 RL 2016/943/EU). Infolgedessen würden Informationen

etwa über vorsätzliches rechtswidriges unternehmerisches Handeln nicht unter den Geheimnisbegriff fallen.

Denn ein denkbarer Wettbewerbsvorsprung – beispielsweise wegen der Nichteinhaltung gesetzlicher Vorgaben, durch eine Kartellabsprache – wäre nicht auf die Geheimhaltung der betreffenden Informationen zurückzuführen, sondern auf den Rechtsverstoß selbst. Insoweit gibt es aber nichts, was durch das Gesetz als „legitim“ schützenswert – verstanden als von der Rechtsordnung gebilligt – anzusehen wäre. Auch kann der Inhaber in einem solchen Fall keine „*legitime* Erwartung“ an der Wahrung der Vertraulichkeit haben (Hervorhebung d. Verf.).

Durch den unbestimmten Rechtsbegriff „legitim“ könnte zudem im Einzelfall entschieden werden, ob die betreffende Information überhaupt als Geschäftsgeheimnis geschützt ist, abhängig auch von der Qualität des Rechtsverstoßes. Die Umsetzung bliebe dann auch nicht hinter der Vorgabe der RL 2016/943/EU zurück.

3. Unter **Nr. 2** wird als Inhaber allein eine (natürliche oder juristische) Person erfasst, die das Geschäftsgeheimnis rechtmäßig erlangt hat und es nutzen *und* offenlegen darf (Hervorhebung d. Verf.). Demnach können Lizenznehmer keine (rechtmäßigen) Inhaber in diesem Sinne sein, denn bei der Überlassung von Geschäftsgeheimnissen/Know-how ist es dem Vertragspartner vom Inhaber in aller Regel gerade nicht gestattet, die betreffenden Informationen offenzulegen. Insoweit ist die Gesetzesbegründung unzutreffend (vgl. dort S. 20 unter „Zu Nummer 2“). Der Geheimnis-Inhaber wird eine Offenlegung schon deshalb nicht gestatten dürfen, weil er in diesem Fall die von **Nr. 1 b)** geforderten „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ nicht erfüllen und im Ergebnis die Geheimniseigenschaft gefährden würde.

Dahingehend empfiehlt sich die Klarstellung, dass auch derjenige „Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses“ sein kann, der es rechtmäßig erlangt hat und nutzen darf, zur Offenlegung aber nicht berechtigt ist. Im Wortlaut offener beschränkt sich Art. 2 Ziff. 2 RL 2016/943/EU auf das Erfordernis der „rechtmäßige(n) Kontrolle“, was unproblematisch auch Lizenznehmer einschließt.

4. Ist infolgedessen auch jeder Lizenznehmer „Inhaber“ iSv **Nr. 2**, ergibt sich zugleich, dass auch dieser die unter Nr. 1 b) geforderten „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ treffen muss und nicht nur der originäre Inhaber (Lizenzgeber). Da dieser jedoch auch bei Lizenzierung „Inhaber“ bleibt (er behält die „rechtmäßige Kontrolle“ iSv Nr. 1 c)), muss auch er die Geheimhaltung weiterhin sicherstellen. Dies bedeutet aber umgekehrt, dass, wenn ein Lizenznehmer keine angemessenen Schutzmaßnahmen trifft, auch der Inhaber das Geheimnis „verlieren“ kann.

## **II. Zu § 2 (Erlaubte Handlungen) und § 3 (Handlungsverbote) GeschGehG-RefE**

1. Nach **§ 2 Abs. 1** darf ein Geheimnis „durch Gesetz, auf Grund eines Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft erlangt, genutzt oder offengelegt werden“. Eine beispielhafte Aufzählung folgt in Absatz 2. Nicht erfasst wird damit jedoch die sonsti-

ge (faktische) Kenntnisnahme von geheimen Informationen, beispielsweise durch bloßes Zuhören (etwa bei Vertragsverhandlungen, jdf. wenn keine Geheimhaltungsvereinbarung abgeschlossen wurde) oder auch zufälliges Mithören. Dahin gehend wäre auch **§ 3 Abs. 2 Nr. 2, 3** nicht anwendbar, denn dort geht es allein um die Tatbestände der Nutzung und Offenlegung, nicht aber um die Erlangung.

Insoweit eröffnet die Formulierung der Richtlinie mit dem Auffangtatbestand (Art. 3 Abs. 1 lit. d) RL 2016/943/EU) die Möglichkeit, derartige Sachverhalte einzelfallabhängig (und letztlich am Maßstab des Lauterkeitsrechts) zu bewerten. Diese Möglichkeit wird zwar auch von **§ 3 Abs. 1 Nr. 2** vorgesehen. Es ist jedoch zweifelhaft, ob die schlichte (passive) Kenntnisnahme mit einer „Erlangung“ gleichgesetzt werden kann, denn mit letzterem Begriff dürfte ein aktives Tun gemeint sein. Dafür spricht auch die Begründung des RefE zu § 2 (dort S. 20 unten).

2. Nicht überzeugend ist auch, dass die „eigenständige Entdeckung oder Schöpfung“ unter **§ 2 Abs. 2 Nr. 1** – wie in der Richtlinie – als ein Regelbeispiel der Erlangung „durch Gesetz, auf Grund eines Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft“ aufgeführt wird. Denn der Inhaber „erlangt“ das Geheimnis/Know-how in einem solchen Fall schlicht durch seine unternehmerische Tätigkeit. Da es letztlich bei § 2 im Zusammenspiel mit § 3 (und insgesamt im GeschGehG) um den Schutz *existierender* Geheimnisse gehen sollte, könnte dies entsprechend klargestellt werden.

3. **§ 3 Abs. 3 S. 2** entspricht sprachlich nicht Art. 4 Abs. 5 RL 2016/943/EU. Die Richtlinie fingiert, dass auch das Herstellen, Anbieten oder Inverkehrbringen (etc.) von rechtsverletzenden Produkten eine rechtswidrige Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses darstellen kann. Im Inverkehrbringen eines rechtsverletzenden Produkts kann daher auch eine rechtswidrige Nutzung eines Herstellungsverfahrens liegen. Ob dieser Fall auch von **§ 3 Abs. 3** erfasst wird, ist angesichts des abweichenden Wortlauts fraglich.

### III. Zu § 4 GeschGehG-RefE (Rechtfertigungsgründe)

1. Unter **§ 4 Nr. 2** ist von „Aufdeckung“ die Rede, was darauf schließen lässt, dass damit eine Offenlegung des Geheimnisses an einen Adressatenkreis außerhalb des betreffenden Unternehmens (als dem Inhaber iSv § 1 Nr. 2) gemeint ist (zB Presse, Staatsanwaltschaft). Nicht erfasst würde damit die innerbetriebliche Offenlegung, etwa an eine eigens dafür eingerichtete Stelle. Denn möglicherweise ist der Arbeitnehmer weniger an einer „Aufdeckung“, als an einer (schnellen) Beendigung der rechtswidrigen Handlung oder eines sonstigen Fehlverhaltens interessiert. Insoweit könnte zudem geregelt werden, dass die „offenlegende Person“ das jeweils mildere Mittel wählen muss, also sich zunächst an eine innerbetriebliche Stelle zu wenden hat, sofern diese Abhilfemöglichkeit existiert und die Anonymität des Hinweisgebers gewahrt bleibt.

2. Zu eng gefasst ist das subjektive Erfordernis „der Absicht ..., das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Denn der Arbeitnehmer kann etwa auch aus

der Motivation heraus handeln, das (also „sein“) Unternehmen und die Arbeitnehmer insgesamt (und damit auch den eigenen Arbeitsplatz) gerade vor den Folgen einer Aufdeckung der genannten Handlungen durch Dritte zu schützen. Auch kann das Wohl Dritter im Vordergrund stehen, man denke an die Situation des Schutzes pflegebedürftiger Personen in der Rechtssache „Heinisch/Deutschland“ (EGMR NZA 2011, 1269). Dass damit möglicherweise *zugleich* das allgemeine öffentliche Interesse geschützt wird, kann im Einzelfall durchaus zu bejahen sein. Insoweit jedoch ein „dominierende(s)“ Motiv der beweisbelasteten „offenlegenden Person“ einschließlich der Motivation, „zu einer gesellschaftlichen Veränderung beizutragen“ (vgl. Begründung-RefE zu § 4, dort S. 25) zu verlangen, schränkt den gewollten Schutz sog. Whistleblower (vgl. nur Erwägungsgrund 20 RL 2016/943/EU) zu stark ein.

3. Zu eng ist auch **Nr. 4** gefasst, denn dort ist nur der Informationsfluss vom „Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung“ privilegiert. Denkbar ist jedoch, dass die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben auch dadurch erfüllt, dass sie geschützte Informationen gegenüber (bestimmten oder sämtlichen) Arbeitnehmern offenlegt. Auch wenn der Sachverhalt als Regelbeispiel formuliert ist, könnte die ausdrückliche Nennung dazu führen, dass die beschriebene Situation als nicht von der Vorschrift erfasst angesehen wird. Daher sollte ausdrücklich die „Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen *durch die und gegenüber* der Arbeitnehmervertretung“ privilegiert werden, unter Beibehaltung der diesbezüglichen Erforderlichkeit im zweiten Halbsatz.

#### **IV. Zu Abschnitt 2 (§§ 5 bis 13 GeschGehG-RefE)**

1. Durch die Orientierung an den in der RL 2004/48/EG vorgesehenen Rechtsfolgen wird der Schutz von Geschäftsgeheimnissen/Know-how an den der Immaterialgüterrechte stark angenähert. Entscheidet man sich für diesen Weg, sollte konsequenterweise auch ein **Vorlage- und Besichtigungsanspruch** entsprechend Art. 6 und 7 der genannten Richtlinie vorgesehen werden, der sich etwa in § 140c PatG und § 101a UrhG findet und gerade bei der Verletzung von Patenten und von Software-Urheberrechten eine große praktische Bedeutung besitzt.

Denn die Situation der unrechtmäßigen Nutzung (technischen) Know-hows ist mit solchen Fällen ohne weiteres vergleichbar. Auch hier wird der originäre Geheimnisinhaber zur Geltendmachung seiner Ansprüche häufig darauf angewiesen sein, entsprechende Informationen vom (mutmaßlichen) Verletzer zu erhalten (Situation der Informationsasymmetrie). In Abschnitt 2 sollte daher ein entsprechender Anspruch ergänzt werden, auf den sich dann auch **§ 8** erstreckt (Anspruchsausschluss bei Unverhältnismäßigkeit; s. dazu aber noch unten). Zudem ist in Orientierung an § 140c Abs. 1 S. 1 PatG zu fordern, dass eine Geheimnisverletzung „hinreichend wahrscheinlich“ ist.

2. Vom Anspruch nach **§ 6** werden nach **Nr. 1** auch elektronische Dateien erfasst. Insoweit passt das Erfordernis „im Besitz und Eigentum“ jedoch dann nicht, wenn sich derartige Dateien etwa auf Servern von Fremdanbietern befinden. Hier

kommt es vielmehr auf den möglichen Zugang durch den Rechtsverletzer an, was jedenfalls in der Begründung des RefE klargestellt werden könnte.

3. Der in **§ 7** geregelte Auskunftsanspruch ist zu stark an die produktbasierten Auskunftsansprüche aus den anderen immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetzen angelehnt, ohne die Besonderheiten des Geheimnis-/Know-how-Schutzes ausreichend zu berücksichtigen. Denn für den verletzten Geheimnis-Inhaber sind über die genannten Angaben hinaus auch weitere Informationen notwendig, etwa über Details der Verbreitung des Geschäftsgeheimnisses. Nur dann kann er möglicherweise mit „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ für vergleichbare aber (noch) nicht offenbarte Informationen reagieren, die er wegen § 1 Nr. 1 b) auch nachzuweisen verpflichtet ist. Demgegenüber ist eine Verpflichtung zur Auskunft über Kaufpreise (§ 7 Abs. 1 Nr. 2) nicht erforderlich.

4. **§ 8** widerspricht der Regelung in Art. 13 RL 2004/48/EG dahingehend, als ein kategorischer Anspruchsausschluss formuliert wird („sind ausgeschlossen“). Damit ist es der Rechtsprechung verwehrt, jeweils einzelfallbezogen die beantragte Auskunftserteilung nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen anzupassen und insbesondere einzuschränken (vgl. auch Erwägungsgründe 21 S. 3, 28 RL 2004/48/EG). So könnte durch die Anordnung bestimmter Schutzmaßnahmen (Wirtschaftsprüfervorbehalt, Schwärzung bestimmter Angaben, Aufbrauchsfrist etc.) eine Alles-oder-Nichts-Lösung vermieden werden. Zu formulieren wäre etwa: „Die Ansprüche ... sind *ganz oder teilweise* ausgeschlossen“.

In diesem Zusammenhang könnte die Aufzählung in **§ 8** ferner um die Situation ergänzt werden, dass sich auch der Auskunftsschuldner auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen berufen kann. Dies gilt insbesondere für die unter **§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2** genannten Informationen.

## **V. Zu Abschnitt 3 (§§ 14 bis 21 GeschGehG-RefE)**

1. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen in gerichtlichen Verfahren wird nur insoweit geregelt, als Verfahren betroffen sind, in denen es um die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen geht. Wünschenswert ist indes eine darüber hinausgehende Regelung. Denn für den Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses macht es keinen Unterschied, ob sein Geheimnis im Rahmen einer „Geschäftsgeheimnisstreitsache“ vom Offenkundigwerden bedroht ist, oder beispielsweise im Rahmen eines Patentverletzungsverfahrens (das zudem parallel zu einer Geschäftsgeheimnisstreitsache denkbar ist). Denn auch dann kann sich der Inhaber etwa vor die Wahl gestellt sehen, zur Substantiierung seiner Klage oder bei der Verteidigung gegen den Vorwurf einer Schutzrechtsverletzung ein Geheimnis offenbaren zu müssen oder den Rechtsstreit zu verlieren.

2. **§ 15 Abs. 2** verbietet es den Verfahrensbeteiligten, als geheimhaltungsbedürftig eingestufte Informationen außerhalb des Verfahrens zu nutzen und offenzulegen. Hier ist klarzustellen, dass dies nicht für diejenigen Beteiligten gilt, die rechtmäßige Inhaber solcher Informationen iSv § 1 Abs. 1 Nr. 2 sind.

3. **§ 15 Abs. 2** ist ferner insoweit missverständlich formuliert, als eine dort genannte Person an die Vertraulichkeit dann nicht gebunden ist, wenn diese von den betreffenden Informationen „außerhalb des Verfahrens Kenntnis erlangt“ hat. Privilegiert werden sollte insoweit jedoch nur eine Person, die die Kenntnis „rechtmäßig“ erlangt hat und nicht etwa vom (mutmaßlichen) Verletzer (vgl. die Situation in § 3 Abs. 3).

4. In **§ 17 S. 2 Fall 2** wird die Geheimhaltung nach einem gerichtlichen Verfahren für entbehrlich gehalten, sobald die betreffenden Informationen „bekannt oder ohne weiteres zugänglich werden“. Ab einem solchen Zeitpunkt erfüllen die Informationen aber bereits nicht mehr die in § 1 Nr. 1 a) genannten Anforderungen und sind daher keine Geschäftsgeheimnisse iSd Gesetzes.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'P. Z. Lohr'.