

**Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung**

Sehr geehrter Herr Rosenow,  
sehr geehrte Frau Motejl,

wie Sie wissen, ist die Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V. (Deutsche Vereinigung) eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Vereinigung der auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts tätigen Wissenschaftler und Praktiker. Sie bezweckt nach ihrer Satzung die wissenschaftliche Fortbildung des gewerblichen Rechtsschutzes und die Unterstützung der gesetzgebenden Organe sowie der zuständigen Ministerien und Institutionen in Fragen des geistigen Eigentums und des Lauterkeitsrechts.

Am 18. April 2018 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen Referentenentwurf zur Umsetzung der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie<sup>1</sup> (nachfolgend auch: „Richtlinie“) vorgelegt. Zu diesem Referentenentwurf nimmt die GRUR unter Einbeziehung unserer Diskussion am 25. April 2018 im Ministerium wie folgt Stellung:

**A. ALLGEMEINE ANMERKUNGEN**

1. Die Umsetzung der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie soll in Form eines eigenständigen Stammgesetzes (Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – GeschGehG)<sup>2</sup> erfolgen.
2. Die GRUR begrüßt die geplante Umsetzung in einem eigenen Stammgesetz. Eine differenzierte Umsetzung der Richtlinienvorgaben würde sich insbesondere nicht in den Regelungszusammenhang des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) einfügen, in dem die bisherigen Vorschriften zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen schwerpunktmäßig verortet sind. Die Umsetzung der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie erfordert zudem Regelungen in Bereichen wie etwa den Geheimnisschutz innerhalb von Gerichtsverfahren, die dem UWG bislang fremd sind. Zudem passen die für das UWG typischen Regelungen einer weiten Aktivlegitimation (§ 8 Abs. 3 UWG) und einer kurzen Verjährungsfrist (§ 11 UWG) nicht zum Wesen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen.
3. Der Referentenentwurf lehnt sich in seinem Aufbau an die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie an und gliedert sich im Wesentlichen wie folgt:

---

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2016/943 vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. (EU) Nr. L 157 vom 15. Juni 2016, S. 1.

<sup>2</sup> §§ ohne Angabe des Gesetzes oder mit der Bezeichnung „RefE“ sind solche des GeschGehG (Referentenentwurf).

- Begriffsbestimmungen (§ 1)
  - Erlaubte Handlungen, Handlungsverbote und Rechtfertigungsgründe für Verstöße gegen Handlungsverbote (§§ 2 bis 4)
  - Rechtsfolgenbestimmungen (§§ 5 bis 13)
  - Verfahrensrechtliche Vorschriften (§§ 14 bis 21)
  - Strafrechtliche Sanktionen (§ 22)
4. Im Sinne einer transparenten Umsetzung der Geschäftsgeheimnis-RL ist auch die enge systematische Anlehnung zu begrüßen. Der Ausschuss teilt das Ziel einer möglichst klaren und sprachlich leicht nachvollziehbaren Umsetzung, das sich wie ein roter Faden durch den – sehr gelungenen - Referentenentwurf hindurchzieht. Er sieht jedoch in Einzelfällen das Risiko, dass durch Abweichungen von den Formulierungen der Richtlinie hilfreiche Differenzierungen verloren gehen oder gar der Eindruck inhaltlicher Änderungen zwingender Vorschriften hervorgerufen werden könnte. Er schlägt deshalb eine stärkere Anbindung an den Wortlaut der Richtlinie vor. Hierbei ist auch der Wortlaut etwa der englischen und französischen Fassung zu berücksichtigen, in deren Licht der deutsche Richtlinienwortlaut nicht immer ganz treffend erscheint.

Zu den einzelnen Regelungsbereichen nehmen wir wie folgt Stellung:

## **B. EINZELNE REGELUNGSBEREICHE**

### **I. Begriffsbestimmungen (§ 1 RefE)**

Die Begriffsbestimmungen des Referentenentwurfs weichen in Einzelheiten von denjenigen der Richtlinie ab. Vorzugswürdig wäre es aus Sicht der GRUR allerdings, die Begriffsbestimmungen möglichst wörtlich zu übernehmen. Hierfür spricht insbesondere, dass Missverständnisse bei der Auslegung der nationalen Vorschrift vermieden werden. Denn auch wenn in vielen Fällen offensichtlich nur eine Anpassung an die Gepflogenheiten der nationalen Rechtssprache intendiert war, könnten abweichende Formulierungen zu Unrecht als sachliche Diskrepanzen gegenüber der Richtlinie verstanden werden. Im Einzelnen:

#### **1. Begriff des Geschäftsgeheimnisses (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 RefE)**

- a) Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses sollte wörtlich aus der Richtlinie übernommen werden. Aus Erwägungsgrund 14 der Richtlinie ist ersichtlich, dass eine homogene Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ ein besonderes Anliegen des EU-Gesetzgebers bildete. Deshalb sollte jede Wortlautabweichung vermieden werden, um nicht den Eindruck sachlicher Diskrepanzen zu erwecken. Die in der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie enthaltene Definition übernimmt zudem ihrerseits nahezu wörtlich den Begriff der nicht offenbaren Information aus Art. 39

Abs. 2 TRIPS, der sich seit 1994 als international gültiger Standard etabliert hat und im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr geläufig ist.

- b) Korrekturbedürftig erscheinen insbesondere folgende Abweichungen des Referentenentwurfs vom Wortlaut der Richtlinie:
- In § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. a RefE heißt es, eine Information dürfe „*weder insgesamt noch in ihren Einzelheiten*“ bekannt oder ohne weiteres zugänglich sein. Dies erweckt den Eindruck, dass im Falle von Informationsgesamtheiten auch die zugrundeliegenden Einzelheiten jeweils geheim sein müssten. Nach allgemeiner Ansicht ist dies jedoch nicht der Fall. So kann eine Kundenliste aufgrund der Zusammenstellung und Anzahl der Datensätze auch dann Schutz als Geschäftsgeheimnis genießen, wenn einzelne Datensätze aus öffentlich zugänglichen Quellen recherchierbar sind (vgl. nur OLG Köln GRUR-RR 2010, 480 – *Datei mit Adressen von Serienschreibern*). Dem trägt die Formulierung der Richtlinie, wonach eine Information Fachkreisen „*weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile*“ bekannt sein darf, präziser und treffender Rechnung. Möglicherweise empfiehlt es sich, entweder den Richtlinienentwurf in das deutsche Recht zu übernehmen oder – womöglich sprachlich noch etwas besser – positiv zu formulieren, dass "Geschäftsgeheimnis eine Information (ist), die entweder in ihrer Gesamtheit oder in ihrer genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile ... nicht allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind.
  - Nach Art. 2 Nr. 1 lit. c der Richtlinie ist es eine Schutzvoraussetzung, dass die jeweiligen Informationen Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen sind. Der Referentenentwurf enthält die Formulierung „*den Umständen entsprechend*“ nicht. Dadurch entfällt eine Begrenzungsfunktion dieses Einschubes, die zum Ausdruck bringt, dass hinsichtlich des Maßstabes, an dem Geheimhaltungsmaßnahmen zu messen sind, keine starren Kriterien anzulegen sind. Auch hier sollte die Formulierung der Richtlinie unverändert übernommen werden.
- c) Wünschenswert wäre eine engere Anlehnung der Begriffsbestimmungen an die Richtlinie darüber hinaus in folgender Hinsicht:
- Die Definition des Geschäftsgeheimnisses sollte entsprechend der Richtlinie und Art. 39 Abs. 2 TRIPS in drei Teilaspekte (Geheimnisqualität, kommerzieller/geschäftlicher Wert infolge Geheimnisqualität, angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen) gegliedert werden. Die im Referentenentwurf vorgesehene abweichende Gliederung, bei der die ersten beiden Teilaspekte zusammengezogen sind, mag aus dem Wunsch nach sprachlicher Vereinfachung entstanden sein. Sie könnte aber Zweifel hinsichtlich der Kongruenz mit den Vorgaben der Richtlinie aufkommen lassen. Eine Abweichung würde auch die Rechtsanwendung erschweren, da sich die zu erwartende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs schwieriger auf die deutsche Umsetzung des Rechtsbegriffs übertragen lässt.

- Anders als die Richtlinie formuliert der Referentenentwurf, eine Information dürfe nicht „bekannt“ anstelle von „allgemein bekannt“ sein. Dies gibt den Grad der Bekanntheit weniger präzise wider. Wir plädieren auch insoweit dafür, den Wortlaut der Richtlinie zu übernehmen.

## **2. Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses, § 1 Abs. 1 Nr. 2 RefE**

Den „Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses“ definiert § 1 Abs. 1 Nr. 2 RefE als „jede natürliche oder juristische Person, die ein Geschäftsgeheimnis rechtmäßig erlangt hat und das Geschäftsgeheimnis nutzen und offenlegen darf“.

Diese Definition ist insofern missverständlich, als sie Lizenznehmer auszuschließen scheint, da diese regelmäßig in der Nutzung des Geschäftsgeheimnisses beschränkt sind und ihnen eine Offenlegung untersagt ist. Dieses Ergebnis wäre allerdings weder richtlinienkonform noch von dem Referentenentwurf selbst beabsichtigt. In der Begründung des Referentenentwurfs heißt es – zu Recht – ausdrücklich, dass auch der Lizenznehmer von der Definition erfasst und damit als Inhaber des Geschäftsgeheimnisses geschützt sein soll. Zielführender wäre vor diesem Hintergrund wiederum eine enger an die Richtlinie angelehnte Formulierung, wonach Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses jede natürliche oder juristische Person ist, „...*die die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis besitzt.*“ Zweifelhaft ist zudem, ob das Abstellen des Referentenentwurfs auf eine rechtmäßige *Erlangung* einen Mehrwert gegenüber der Befugnis zur Nutzung und Offenlegung (bzw. der rechtmäßigen Kontrolle) bringt. Dieses Kriterium ist in der Richtlinie nicht angelegt und sollte daher gestrichen werden.

## **II. Erlaubte Handlungen (§ 2 RefE)**

§ 2 RefE setzt Art. 3 der Richtlinie um und regelt rechtmäßige Formen der Erlangung, Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen. Die Vorschrift weicht wiederum in mehrfacher Hinsicht unnötig von der korrespondierenden Richtlinienbestimmung ab. Diese Abweichungen sollten vermieden werden. Insbesondere erscheinen folgende Korrekturen geboten:

### **1. Fehlende Umsetzung Art. 3 Abs. 1 lit. d der Richtlinie**

Eine Umsetzung der generalklauselartigen Bestimmung des Art. 3 Abs. 1 lit. d der Richtlinie, wonach jede nicht ausdrücklich genannte Vorgehensweise bei der Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses rechtmäßig ist, die mit einer seriösen Geschäftspraxis vereinbar ist, wurde nicht umgesetzt. Wir plädieren dafür, diese Regelung trotz ihrer inhaltlichen Unschärfe zu übernehmen.

## 2. Systematische Abweichungen von der Richtlinie

Wir empfehlen, die Reihenfolge der Absätze im Vergleich zu Art. 3 der Richtlinie nicht zu verändern. Im gegenwärtigen Entwurf entspricht

- § 2 Abs. 1 RefE systematisch Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie und
- § 2 Abs. 2 RefE systematisch Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie.

Dies führt dazu, dass der Grundsatz der Erschließungsfreiheit von Geschäftsgeheimnissen (vgl. insbesondere Art. 3 Abs. 1 lit. a der Richtlinie / § 2 Abs. 2 Nr. 2 RefE) weniger deutlich zum Ausdruck kommt. Die Voranstellung der Möglichkeit eines Erwerbs durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes könnte den unzutreffenden Eindruck erwecken, dass eine rechtmäßige Erlangung in der Regel einer ausdrücklichen rechtlichen Gestattung bedürfe. Das Wort „insbesondere“ in § 2 Abs. 2 RefE ist zudem missverständlich, weil es suggeriert, dass die in § 2 Abs. 2 RefE genannten Möglichkeiten einer zulässigen Erschließung Unterfälle des § 2 Abs. 1 RefE seien (was nicht der Fall ist). Die Beibehaltung der von der Richtlinie vorgegebenen Anordnung der Absätze würde zugleich dieses Problem lösen.

## 3. Gesetzlich vorgeschriebene oder erlaubte Handlungen

Die in § 2 Abs. 1 RefE enthaltene Formulierung „*durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes*“ ist zudem weniger deutlich formuliert als die korrespondierende Richtlinienbestimmung des Art. 3 Abs. 2, die den Erwerb bzw. die Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses als rechtmäßig qualifiziert, wenn der Erwerb gesetzlich „*vorgeschrieben oder erlaubt*“ ist. Soweit mit der abweichenden Formulierung des Referentenentwurfs beabsichtigt war, auch Fälle eines gesetzlichen Erwerbs von Geschäftsgeheimnissen (etwa Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfall, § 1922 Abs. 1 BGB) zu erfassen, erscheint dies nicht erforderlich: In Fällen, in denen das Gesetz selbst einen Rechtserwerb anordnet, fehlt es an einer Handlung, die gemäß § 2 RefE als erlaubt zu qualifizieren wäre.

## 4. Unabhängigkeit vs. Eigenständigkeit von Parallelerschließungen

Es wäre wohl besser, in § 2 Abs. 2 Nr. 1 RefE nicht von einer „*eigenständigen*“, sondern von einer „*unabhängigen*“ (so Art. 3 Abs. 1 lit. a der Richtlinie) Entdeckung oder Schöpfung zu sprechen. Die Richtlinienbestimmung, von der ohne erkennbaren Grund abgewichen wurde, bringt präziser zum Ausdruck, dass es darauf ankommt, dass der Zweiterwerber sein Wissen nicht von einem Ersterwerber ableitet. Ob der Zweiterwerber dabei eigenständig gehandelt hat, ist demgegenüber nicht von Bedeutung. Daran mag es z.B. fehlen, wenn er einem Dritten einen Entwicklungsauftrag erteilt hat.

## 5. Umsetzung Art. 1. Abs. 3 lit. b Richtlinie

Es wäre ferner zu prüfen, die Regelung in Art. 1 Abs. 3 lit. b der Richtlinie etwa in einem neuen § 2 Abs. 3 des RefE umzusetzen. Es handelt sich bei dieser Bestimmung um eine bindende Vorgabe zur Auslegung der Richtlinie, die regelnden Charakter hat und sich systematisch in § 2 RefE einfügen würde.

## III. Handlungsverbote (§ 3 RefE)

§ 3 RefE setzt die in Art. 4 der Richtlinie enthaltene Bestimmung über rechtswidrige Formen des Erwerbs, der Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen um. Auch hier finden sich Abweichungen im Detail, die letztlich keine Verbesserungen mit sich bringen und die besser vermieden werden sollten:

### 1. Abweichende Formulierung Generalklausel gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 RefE ggü. Richtlinie

Art. 4 Abs. 2 lit. b der Richtlinie enthält eine generalklauselartige Bestimmung, wonach der Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses rechtswidrig ist, wenn er durch ein Verhalten erfolgt, „...*das unter den jeweiligen Umständen ... mit einer seriösen Geschäftspraxis nicht vereinbar*“ ist. Dies wird in § 3 Abs. 1 Nr. 2 RefE umschrieben als „...*Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheit entspricht*.“ Es ist zweifelhaft, ob es tatsächlich notwendig ist, die Richtlinienbestimmung durch eine abweichende Formulierung der Generalklausel zu umschreiben, da dies zu einer abweichenden Interpretation führen kann. Insbesondere verleitet die eng an den Begriff der unternehmerischen Sorgfalt gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG angelehnte Formulierung dazu, die Vorschrift parallel zu diesem Begriff zu interpretieren und zu § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG bzw. Art. 2 lit. h UGP-Richtlinie<sup>3</sup> ergangene Rechtsprechung zur Auslegung heranzuziehen. Dies wäre zu vermeiden, weil die Vorschrift eigenständig und im Einklang mit der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie auszulegen ist. Zur Geschäftsgeheimnis-Richtlinie ergehende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann auch nicht unmittelbar übernommen, sondern muss unter Berücksichtigung der abweichenden Terminologie gelesen werden. Hinzu kommt, dass die Formulierung des Referentenentwurfs die nationale Bestimmung nicht nur von der Formulierung der Richtlinie (engl. „*contrary to honest commercial practices*“), sondern auch von Art. 39 Abs. 2 TRIPS (engl. „*contrary to honest commercial practices*“) und Art. 10<sup>bis</sup> PVÜ (engl. „*contrary to honest practices in industrial or commercial matters*“) abkoppelt.

---

<sup>3</sup> Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken, ABl. (EU) Nr. L 149 vom 11. Juni 2005, S. 22, ber. ABl. (EU) Nr. 253 vom 25. September 2009, S. 18.

**2. Tatbestände bzgl. Verletzung von vertraglichen/gesetzlichen Verpflichtungen konkretisierungswürdig (§ 3 Abs. 2 Nr. 2, 3 RefE)**

§ 3 Abs. 2 Nr. 2 und 3 RefE untersagen Handlungen, durch die Geschäftsgeheimnisse entgegen bestehenden Verpflichtungen offengelegt bzw. genutzt werden. Erfasst sein sollen sowohl Fälle von Zuwiderhandlungen gegen (1) vertragliche als auch gegen (2) gesetzliche Verpflichtungen. Die korrespondierenden Richtlinienbestimmungen (Art. 4 Abs. 3 lit. b, c) bringen dies durch die Formulierungen „*Vertraulichkeitsvereinbarung oder sonstige Verpflichtung*“ bzw. „*vertragliche oder sonstige Verpflichtung*“ zum Ausdruck. Der Referentenentwurf sollte diese Formulierungen (statt der dort bislang gebrauchten Formulierung „...*gegen eine Verpflichtung verstößt*...“) übernehmen und damit die Zielrichtung der Vorschriften deutlicher zum Ausdruck bringen.

**3. Mittelbare Geheimnisverletzungen/rechtsverletzende Produkte (§ 3 Abs. 3 RefE) sollten eigenständig geregelt werden**

§ 3 Abs. 3 RefE zieht die Regelungen des Art. 4 Abs. 4 und 5 der Richtlinie (mittelbare Geheimnisverletzung und rechtsverletzende Produkte) zusammen. Wünschenswert wäre es auch hier, die Trennung der Richtlinie beizubehalten, da dies die Umsetzung transparenter machte und die Anwendung europäischer Rechtsprechung, die zur Richtlinie ergangen ist, auf das deutsche Recht erleichtern würde. Beide Fälle sind auch systematisch nicht vergleichbar: Während § 3 Abs. 3 S. 1 RefE (mittelbare Geheimnisverletzung) ausweislich der Entwurfsbegründung Fälle betrifft, in denen die handelnde Person selbst keinen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 RefE begangen hat, ist dies bei Handlungen in Bezug auf rechtsverletzende Produkte (§ 3 Abs. 3 S. 2 RefE) häufig, aber nicht notwendig so: Beispielsweise kann die Herstellung eines rechtsverletzenden Produktes zugleich gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 RefE verstoßen.

**4. Mittelbare Geheimnisverletzungen (§ 3 Abs. 3 S. 1 RefE): Klarstellung des Zeitpunkts, zu dem die subjektiven Elemente vorliegen müssen**

§ 3 Abs. 3 S. 1 RefE sollte zudem ebenso wie Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie ausdrücklich klarstellen, dass die subjektiven Elemente (also Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von einem rechtswidrigen Vorverhalten) im Zeitpunkt der Erlangung, Nutzung oder Offenlegung des Geheimnisses vorliegen müssen. Auf diese Weise würde deutlicher, dass ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsgeheimnissen nicht in Betracht kommt.

**5. Richtlinienvorgabe zu rechtsverletzenden Produkten in § 3 Abs. 3 S. 2 RefE unvollständig umgesetzt**

§ 3 Abs. 3 S. 2 RefE geht insofern über Art. 4 Abs. 5 RL hinaus, als die Bestimmung ganz allgemein die Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung rechtsverletzender Produkte und nicht nur die Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung *zu bestimmten Zwecken* (Herstellung, Anbieten etc.) als unzulässig qualifiziert. Die Abweichung ist offenbar unbeabsichtigt und wäre auch systemfremd, da sie sogar über systematisch parallele immaterialgüterrechtliche Bestimmungen hinausginge (vgl.

§§ 14 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG, 9 Nr. 1 PatG). Das Verbot sollte daher – entsprechend der Richtlinie – begrenzt werden, indem nach "Inverkehrbringen" ein "oder" eingefügt und nach „Lagerung von rechtsverletzenden Produkten“ der Einschub „für diese Zwecke“ ergänzt wird.

#### **IV. Rechtfertigungsgründe (§ 4 RefE)**

§ 4 RefE nennt Rechtfertigungsgründe für eine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen und setzt damit die Ausnahmebestimmungen gemäß Art. 5 der Richtlinie um. Diese bilden gemäß Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 zwingende Schranken des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen. Zu Recht orientiert sich daher die Vorschrift sehr eng an der entsprechenden Richtlinienbestimmung. Die Generalklausel gemäß Art. 5 lit. d der Richtlinie wird zutreffend durch den Einleitungssatz des § 4 RefE abgebildet.

#### **V. Rechtsfolgenbestimmungen (§§ 5 ff. RefE)**

Die §§ 5 ff. RefE regeln die Rechtsfolgen einer Verletzung und setzen dabei die Vorgaben der Richtlinie unter Berücksichtigung nationaler Regelungstechniken um. Wie schon bei Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie<sup>4</sup> werden dabei die in der Richtlinie vorgesehenen gerichtlichen Befugnisse durch ein System materiellrechtlicher Ansprüche gewährleistet. Über die Zulässigkeit dieses systematischen Ansatzes besteht – soweit ersichtlich – allgemeiner Konsens. Es wäre im übrigen insbesondere zu prüfen, den Zumutbarkeitskatalog als Schrankenregelung im Zusammenhang mit dem Unterlassungsanspruch mit einer Prüfungspflicht von Amtswegen aufzunehmen und in den §§ 6 und 7 des Entwurfs auf diese Schranken zu verweisen. Möglicherweise wäre schon in § 5 des RefE zu formulieren, dass dem Inhaber des Geschäfts ein Unterlassungsanspruch zusteht, "sofern dies unter Berücksichtigung von ... (*der Liste des Art. 13 II der RiLi*) verhältnismäßig ist", wobei hierauf wiederum in §§ 6, 7 RefE zu verweisen wäre.

##### **1. Auskunftsansprüche (§ 7 RefE)**

- a) Zu begrüßen, wenngleich nicht unmittelbar durch die Richtlinie vorgegeben sind die in § 7 RefE geregelten Auskunftsansprüche. Die Regelung ist mit dem grundsätzlichen Mindestschutzcharakter der Richtlinie zu vereinbaren und im Interesse einer effektiven Rechtsdurchsetzung sachgerecht und notwendig.
- b) Inhaltlich sollten sich die Auskunftsansprüche allerdings nicht auf Herkunft und Vertriebsweg von rechtsverletzenden Produkten beschränken, sondern den Verletzer auch und gerade zur Offenlegung der Herkunft und weiterer Empfänger eines rechtswidrig erlangten/weitergegebenen Geschäftsgeheimnisses *als solchem* verpflichten. Der Anspruch sollte sich also mindestens auf folgende Aspekte erstrecken:

---

<sup>4</sup> Richtlinie 2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. (EU) Nr. L 195 vom 2. Juni 2004, S. 16.



- bei rechtswidriger Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses: Zeitpunkt der Handlung und Person des Empfängers;
  - bei rechtswidriger Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses: Zeitpunkt der Erlangung und Person des Offenlegenden („Quelle“).
- c) Derartige Ansprüche sind in der Rechtsprechung anerkannt.<sup>5</sup> Eine entsprechende Ergänzung des § 7 RefE würde daher die Rechte des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses nicht erweitern, sondern lediglich die bestehende Rechtslage positiv normieren. Dies erscheint auch deshalb geboten, weil anderenfalls der unzutreffende Eindruck entstehen könnte, der Gesetzgeber habe die bestehende Rechtsprechung bewusst nicht übernehmen wollen.
- d) Die Überschrift ist missverständlich, soweit dort von "Schadensersatz" die Rede ist. Der Schadensersatzanspruch ist in § 9 RefE geregelt. Stattdessen könnte es bei § 7 RefE treffender beispielsweise "Haftung bei Falschauskunft" heißen. Alternativ könnte die Überschrift entsprechend § 46 DesignG, § 19 MarkenG, § 101 UrhG, § 37b SortSchG gänzlich auf "Auskunft" oder "Auskunftsanspruch" beschränkt werden (vgl. auch die jeweiligen Absätze 5 dieser Vorschriften).

## **2. Beweissicherung mit zivilrechtlichen Mitteln: Ansprüche auf Vorlage von Urkunden und Besichtigung von Sachen**

- a) Anders als die Durchsetzungsrichtlinie (vgl. dort Art. 6, 7) sieht die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie nicht ausdrücklich vor, dass die Mitgliedstaaten zivilrechtliche Maßnahmen der Beweissicherung vorsehen müssen. Das Problem der Beweissicherung ist allerdings im Falle einer Verletzung von Geschäftsgeheimnissen mindestens ebenso bedeutsam wie im Falle der Verletzung von Immaterialgüterrechten. Die gesetzliche Regelung entsprechender Besichtigungsansprüche wäre mit dem Mindestschutzcharakter der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie auch ohne weiteres zu vereinbaren. Es empfiehlt sich daher, entsprechend den §§ 140c PatG, 24c GebrMG, 19a MarkenG, 101a UrhG, 46a DesignG, 37c SortSchG ausdrücklich Ansprüche des Geheimnisinhabers auf Vorlage von Urkunden und Besichtigung von Sachen zu ergänzen.
- b) Besichtigungsansprüche des Geheimnisinhabers bestehen zwar auch ohne spezialgesetzliche Regelung auf Grundlage der §§ 809, 810 BGB. Diese sind zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs wegen einer Geschäftsgeheimnis-Verletzung anwendbar.<sup>6</sup> Allerdings bleiben sie in ihrer Reichweite – etwa im Hinblick auf die Vorlage von Urkunden, vgl. § 810 BGB – hinter den genannten immaterialgüterrechtlichen Entsprechungen ohne sachliche Rechtfertigung zurück.

<sup>5</sup> Vgl. BGH GRUR 2012, 1048 Rn. 27 – *MOVICOL-Zulassungsantrag*; OLG Stuttgart GRUR-RS 2016, 7613 – *Selbständiger Auskunftsanspruch bei Geheimnisverrat*.

<sup>6</sup> OLG Hamm GRUR-RR 2013, 306 – *Vorbereitender Besichtigungsanspruch*, vgl. ferner BGH GRUR 1046, 1047 – *Faxkarte* zum wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz.

- c) Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Regelung der Rechtsfolgenbestimmungen in dem neu zu schaffenden Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen Ansprüche auf Vorlage von Urkunden und Besichtigung von Dokumenten aussparen sollte. Im Interesse der Rechtsklarheit erscheint es vielmehr geboten, die Rechtsfolgen der Geheimnisverletzung gebündelt und vollständig zu regeln.

### **3. Anspruchsausschluss bei Unverhältnismäßigkeit (§ 8 RefE)**

§ 8 RefE sieht den Ausschluss verschuldensunabhängiger Ansprüche gemäß §§ 5 bis 7 Abs. 1 RefE vor, sofern diese im Einzelfall unverhältnismäßig wären. Damit reagiert der Referentenentwurf insbesondere auf das in Art. 13 der Richtlinie vorgesehene Korrektiv der Verhältnismäßigkeit (vgl. auch Art. 7 Abs. 1 lit. a und 11 Abs. 2 der Richtlinie). Die genannten Richtlinienbestimmungen sind gemäß Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 zwingend. Ferner regelt Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie, dass die Gerichte bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen den besonderen Umständen des Falles Rechnung tragen müssen. Im Unterschied zu den Bestimmungen der Richtlinie folgt aus der Formulierung des Referentenentwurfs, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzung eines Anspruchsausschlusses infolge Unverhältnismäßigkeit bei dem Rechtsverletzer liegen. Mangels einschlägiger Präzedenzbeispiele ist unklar, ob dies den Vorgaben der Richtlinie hinreichend Rechnung trägt.

### **4. Berichtigung der Überschrift von § 9 RefE**

Die Überschrift sollte in "Schadensersatz" oder "Schadensersatzanspruch" geändert werden. Das entspricht der einheitlichen Handhabung bei den anderen Schutzrechten (§ 42 DesignG, § 14 MarkenG, § 97 UrhG, § 37 SortSchG) und auch den nichtamtlichen, aber allgemein gebräuchlichen Überschriften im PatG (§ 139) und GebrMG (§ 24). Die derzeitige Überschrift "Haftung des Rechtsverletzers" lässt einerseits nicht erkennen, dass es dort um Schadensersatz gehen soll, und ist andererseits erheblich zu weit, weil der allgemeine Begriff "Haftung" auch Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung etc. umfasst. Eine starke Stimme im Ausschuss befürwortet, die Schadenersatzregelungen hinsichtlich der neueren Rechtsprechung des EuGH (insbesondere EuGH GRUR 2016, 931 Rn. 50, 55 – Nikolajewa) nochmals zu überprüfen.

## **VI. Verfahrensvorschriften (§§ 14 ff. RefE)**

### **1. Fehlender „fliegender“ Gerichtsstand (§ 14 Abs. 2 RefE)**

- a) Bei den Verfahrensvorschriften fällt auf, dass § 14 Abs. 2 RefE einen Gerichtsstand der Verletzungshandlung („fliegender“ Gerichtsstand) nicht vorsieht, wenn der Beklagte im Inland einen allgemeinen Gerichtsstand hat. Diese Einschränkung sowohl gegenüber § 14 Abs. 2 S. 1 UWG als auch gegenüber dem im Bereich der Immaterialgüterrechte maßgeblichen § 32 ZPO ist systematisch nicht nachvollziehbar.

- b) Bekanntlich trägt der Gerichtsstand der Verletzungshandlung und die damit verbundene Wahlmöglichkeit des Klägers erheblich zur Herausbildung gerichtlicher Spezialisierungen bei. Dies ist insbesondere von Bedeutung, soweit die Länder von der Konzentrationsermächtigung des § 14 Abs. 3 RefE regelmäßig keinen Gebrauch machen (die Erfahrungen zu § 13 Abs. 2 UWG zeigen, dass von dieser Möglichkeit jedenfalls im Wettbewerbsrecht nur äußerst zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde). Im Falle einer Verletzung von Geschäftsgeheimnissen erscheint die Herausbildung einer hinreichenden gerichtlichen Spezialisierung dringend notwendig, da es sich typischerweise um rechtlich und tatsächlich hochkomplexe Auseinandersetzungen handelt, die nicht selten anspruchsvolle technische Bezüge aufweisen.
- c) Eine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen kann zudem mit einer Verletzung von Immaterialgüterrechten zusammenfallen, etwa mit einer Patentverletzung oder mit einer Verletzung von Urheberrechten (insbesondere Software-Quellcode, Datenbankschutz). In derartigen Fällen erscheint es sinnvoll und geboten, einen Gleichlauf der Gerichtsstände herzustellen, so dass die Rechtsverletzung unter allen Gesichtspunkten auch am Ort des deliktischen Gerichtsstandes verfolgt werden kann. § 14 Abs. 2 S. 2 RefE sollte deshalb dahingehend geändert werden, dass alternativ zum allgemeinen Gerichtsstand jeweils ein Gerichtsstand am Ort der Verletzungshandlung eröffnet ist.

## **2. Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Prozess (§ 15 bis 19 RefE)**

Ein besonders wichtiger und von der Richtlinie vorgegebener verfahrensrechtlicher Aspekt ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Prozess. Der RefE setzt dies in den §§ 15-19 in Form eines „Vorschaltverfahrens“ um, das im Wesentlichen interessengerecht und praktikabel erscheint. Der Anwendungsbereich dieses Verfahrens beschränkt sich auf Geschäftsgeheimnisstreitsachen, also gemäß § 14 Abs. 1 RefE auf Klagen, durch die Ansprüche nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz geltend gemacht werden. Sollte sich der Schutzmechanismus in der Praxis bewähren, kann darüber nachgedacht werden, den entsprechenden Vorschriften Modellcharakter zuzuerkennen und ihren Anwendungsbereich später auf weitere Arten von Rechtsstreitigkeiten auszudehnen. Wir regen allerdings an, noch folgende Defizite zu beheben:

### **2.1 Wirksamere Sanktionen für Verstöße gegen gerichtliche Anordnungen**

- a) Die in § 16 RefE vorgesehenen Sanktionen für Verstöße gegen eine Geheimhaltungsanordnung des Gerichts erscheinen unzureichend. Die Sanktion in Form eines Ordnungsgeldes von bis zu EUR 1.000,- (oder Ordnungshaft bis zu einer Woche) trägt den in einer Geschäftsgeheimnisstreitsache regelmäßig gegenständlichen Vermögenswerten nicht Rechnung und stellt daher keine hinreichende Maßnahme dar, um Missachtungen gerichtlicher Anordnungen entgegenzustellen.
- b) Erwägenswert wäre eine Orientierung an § 890 Abs. 1 S. 2 ZPO, wonach ein einzelnes Ordnungsgeld den Betrag von EUR 250.000,-, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen darf. Zusätzlich ist allerdings zu beachten, dass bei Missachtung einer gerichtlichen Ge-

heimhaltungsanordnung bereits ein Erstverstoß ein (potentielles) Geschäftsgeheimnis in seinem Bestand vernichten und daher schwerwiegenden Schaden verursachen kann. Empfehlenswert wäre deshalb mindestens zusätzlich eine Regelung entsprechend § 17 Abs. 4 S. 2 OWiG, wonach das gesetzliche Höchstmaß überschritten werden kann, wenn es nicht ausreichend zur Erreichung seines Zwecks erscheint.

- c) Wünschenswert wären ggf. auch hinreichende strafrechtliche Sanktionen für den Fall, dass tatsächlich ein Geschäftsgeheimnis verraten wird. Bislang ist dies durch die §§ 203, 204 StGB (betreffen nur Berufsgeheimnisträger) und § 353d StGB (betrifft nur nichtöffentliche Gerichtsverhandlungen und amtliche Dokumente und erfasst keine missbräuchliche Nutzung) nicht hinreichend sichergestellt. Auch das GeschGehG selbst enthält in § 22 keine ausreichenden strafrechtlichen Sanktionen.<sup>7</sup> Die bestehenden Lücken könnten geschlossen werden durch eine – ohnehin wünschenswerte – Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 22 RefE (siehe unten, VII.2).

## 2.2 Grenzen gerichtlicher Beschränkungen (§ 18 Abs. 1 S. 3 RefE) missverständlich formuliert

- a) Anknüpfend an die Richtlinie normiert § 18 Abs. 1 S. 3 RefE eine Schranke für den Geheimnisschutz im Prozess. Danach ist jeweils mindestens einer natürlichen Person jeder Partei und einem ihrer Prozessvertreter oder sonstigen Vertretern Zugang zu streitgegenständlichen Geschäftsgeheimnissen zu gewähren.
- b) Problematisch erscheint insoweit die Formulierung „...und einem ihrer Prozessvertreter...“, weil dadurch der Eindruck entstehen könnte, der Zugang könne oder solle auf einen einzigen Rechtsanwalt beschränkt werden. Die Richtlinie enthält insoweit keine Beschränkung. Dort ist in Art. 9 Abs. 2 unter Absatz 3 die Rede davon, dass „*mindestens eine natürliche Person jeder Partei und ihre jeweiligen Rechtsanwälte oder sonstigen Vertreter*“ Zugang zu dem Geschäftsgeheimnis haben müssen. Es gibt auch keinen Grund, den Zugang von prozessbevollmächtigten Rechtsanwälten im Vergleich zur Richtlinie strenger zu begrenzen, da die in Geschäftsgeheimnistreitsachen tätigen Rechtsanwälte regelmäßig kein Eigeninteresse an einer Weitergabe des Geschäftsgeheimnisses haben. Sie sind zudem Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO). Ergänzend hierzu sanktionieren die §§ 203, 204 StGB ein missbräuchliches Verhalten durch prozessbevollmächtigte Rechtsanwälte ausreichend. Die Formulierung des § 18 Abs. 1 S. 3 RefE sollte daher an die Richtlinie angepasst werden.
- c) Zudem problematisch erscheint die ausgesprochen restriktive Umsetzung in § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE, die ein in camera-Verfahren per se ausschließt und die Beschränkung der mündlichen Verhandlung auf eine Anzahl von Personen (clean room) **zusätzlich** von weiteren Vorausset-

---

<sup>7</sup> Da ein Geschäftsgeheimnis, das einer Partei einer Geschäftsgeheimnistreitsache im Zuge des Rechtsstreits bekannt geworden ist, nicht rechtswidrig erlangt wurde, greift § 22 Abs. 1 Nr. 2 und 3 RefE nicht ein. Einschlägig wäre allenfalls § 22 Abs. 1 Nr. 3 und/oder Abs. 3 RefE. Beide Vorschriften haben jedoch einen begrenzten persönlichen bzw. sachlichen Anwendungsbereich: § 22 Abs. 1 Nr. 3 RefE ist auf Beschäftigte eines Unternehmens begrenzt, § 22 Abs. 3 RefE auf Vorlagen oder Vorschriften technischer Art.

zungen abhängig macht, statt als Regelfall zuzulassen. Hat der Kläger bereits erfolgreich beantragt, dass die Information als Geheimnis qualifiziert wird, sollte die Beschränkung auf eine natürliche Person nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Vor dem Hintergrund der deutlich großzügigeren Umsetzung in anderen Mitgliedstaaten, bspw. in Frankreich, könnte dies neue Fehlanreize für Forum Shopping bieten.

## VII. Strafvorschriften

### 1. Aufnahme strafrechtlicher Sanktionen grundsätzlich sachgerecht

§ 22 RefE enthält Strafvorschriften für besonders eklatante Formen der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen. Der nationale Gesetzgeber ist zur Schaffung derartiger, über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinausgehender Sanktionen ohne weiteres befugt. Eine solche Ergänzung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen erscheint insbesondere wegen des Präventiveffektes, der von den Regelungen ausgeht, sinnvoll. Dementsprechend sind in zahlreichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union strafrechtliche Sanktionen für eine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen zumindest ergänzend vorgesehen. Es besteht auch allgemeiner Konsens, dass etlichen Formen der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen (z.B. Betriebsspionage) ein Unwertgehalt zukommt, der strafrechtliche Sanktionen rechtfertigt.

### 2. Inhaltlicher Anpassungsbedarf

Inhaltlich hält § 22 RefE allerdings noch an einigen Relikten der bisherigen §§ 17 ff. UWG fest, die im Zuge der Neuordnung überdacht werden sollten.

- a) Zu nennen sind insbesondere die subjektiven Tatbestandsmerkmale (Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, Eigennutz, Handeln zugunsten eines Dritten, Schadenszufügungsabsicht), die so weit gefasst sind, dass sie ohnehin keine echte Begrenzungsfunktion mehr entfalten und die Straftatbestände letztlich nur unnötig verkomplizieren.
- b) In § 22 Abs. 3 RefE findet sich nach wie vor die aus § 18 UWG a.F. bekannte Beschränkung auf Vorlagen und Vorschriften technischer Art. Auch wenn im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage nun klargestellt wird, dass diese Gegenstände jeweils geheim sein müssen, handelt es sich um rechtspolitisch nicht erklärbare Anachronismen, die auf eine enge Ausrichtung der Gesetzesfassung an den Interessen der Stickerei- und Spitzenindustrie im Jahre 1909 zurückgehen. Die Einschränkung sollte daher gestrichen und § 22 Abs. 3 RefE so gefasst werden, dass sich die Vorschrift auf sämtliche im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Geschäftsgeheimnisse bezieht.
- c) Im übrigen enthält § 22 Abs. 6 RefE einen Verweis auf § 5 Nr. 7 StGB und sieht im Ergebnis vor, dass eine **Handlung im Ausland nach deutschem Recht strafbar** sein kann, wenn sie die Voraussetzungen des § 3 GeschGehG erfüllt. Der Ausschuss ist insoweit noch zu keiner ab-

schließenden Auffassung gelangt. Eine starke Stimme im Ausschuss meint insoweit, dass das deutsche Recht nicht eine Handlung unter Strafe stellen kann, die etwa nach der Öffnungsklausel in Art. 3 Abs. 2 RiLi im Ausland rechtskonform ist. Insoweit stellt sich aber die Frage, ob die Öffnungsklausel in Art. 3 Abs. 2 RiLi erlaubt, substantiell unterhalb des Standards der Richtlinie zu bleiben, sodass sich die Diskussion jedenfalls für den Bereich des Geltungsbereichs der Richtlinie, also der EU, entschärfen würde. Es verbleibt allerdings die Frage, inwieweit in Deutschland nach harmonisiertem EU-Recht eine Geheimnisverletzung bei einer Auslandsverwertung außerhalb der EU strafbegründend/strafschärfend berücksichtigt werden kann, obwohl das ausländische Recht etwa hinter den Standards des harmonisierten Rechts zurückbleibt.

### **VIII. Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb**

Es ist geplant, die bisherigen §§ 17-19 UWG aufzuheben, da § 22 RefE an deren Stelle tritt (vgl. Art. 4 RefE). Es wäre zudem zu prüfen, ob nicht auch § 4 Abs. 3 lit. c UWG aufgehoben werden sollte. Die Vorschrift erscheint sachlich neben dem Geschäftsgeheimnisgesetz entbehrlich und birgt außerdem die Gefahr, dass zwingende Begrenzungsvorgaben der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie bei ihrer Interpretation nicht hinreichend berücksichtigt werden.