

Stellungnahme

Referentenentwurf zur Umsetzung der Know-how-Richtlinie

18. Mai 2018

Seite 1

Zusammenfassung

Bitkom begrüßt es, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (im Folgenden „BMJV“) mit dem „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ (im Folgenden „GeschGehG-E“) ein eigenes nationales Stammgesetz für Geschäftsgeheimnisse schaffen will und damit der wirtschaftlichen Bedeutung von Geschäftsgeheimnissen Rechnung trägt. Die Vorgaben der Know-how-Richtlinie werden vom BMJV an geeigneter Stelle konkretisiert, wohingegen sie an anderer Stelle mit der nötigen Flexibilität eins zu eins übernommen werden. Änderungsbedarf besteht nur vereinzelt.

- Positiv hervorzuheben ist, dass der Begriff des Geschäftsgeheimnisses entsprechend der Richtlinie legal definiert wird. Dabei begrüßt es Bitkom auch, dass das Erfordernis der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ nicht weiter konkretisiert wird. Die allgemein gehaltene Formulierung ermöglicht es, flexibel eine Vielzahl von Einzelfällen unter das Gesetz subsumieren zu können.
- Die Definition des rechtsverletzenden Produkts hingegen überzeugt nicht vollends. Im Fall von Marketing darf mit dem rechtsverletzenden Produkt nicht das beworbene Produkt gemeint sein. Betrachtet man die Definition in Zusammenhang mit den Ansprüchen bei Rechtsverletzungen, muss klargestellt werden, dass in diesen Fällen Ansprüche auf Rückruf und Vernichtung des beworbenen Produkts ausgeschlossen sind. Vielmehr kann in diesen Fällen nur eine Dienstleistung das rechtsverletzende Produkt sein.
- Die Inhaberschaft sollte nicht daran geknüpft werden, ob das Geschäftsgeheimnis auch genutzt und offengelegt werden darf. Wie auch in der Richtlinie sollte nur auf die rechtmäßige Erlangung und Kontrolle abgestellt werden. Der Lizenznehmer sollte nicht zwangsläufig in die Inhaberschaft aufgenommen werden. Hier sollten die jeweiligen Lizenzverträge maßgebend sein.
- Gewinnbringend ist, dass das sog. „Reverse Engineering“ grundsätzlich zulässig sein wird, da durch das Analysieren konkurrierender Produkte Innovationen gefördert werden können. Ein vertraglicher Ausschluss muss jedoch weiterhin möglich sein.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Judith Steinbrecher, LL.M.
**Bereichsleiterin Gewerblicher
Rechtsschutz & Urheberrecht**
T +49 30 27576-155
j.steinbrecher@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 2|15

- Auch die Privilegierung von Whistleblowing begrüßen wir. Das GeschGehG muss jedoch ein abgestuftes Schutzkonzept vorsehen, mit dem Unternehmen die Möglichkeit gegeben wird, ein intern verpflichtendes Schutzkonzept zu implementieren und damit frühzeitig einer nicht gerechtfertigten Rufschädigung des Unternehmens begegnen zu können.
- Eine sachlich ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammern der Landgerichte fördert auch den Geheimnisschutz im Gerichtsverfahren. Das vorgesehene Ordnungsgeld von bis zu 1.000 € bzw. die Ordnungshaft von bis zu einer Woche bleibt jedoch weit hinter einem gewünschten effektiven Abschreckungseffekt zurück.

Im Einzelnen

Am 5. Juli 2016 trat die Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung in Kraft. Ziel der Richtlinie ist es, einen europaweit einheitlichen Mindeststandard zu schaffen, um Geschäftsgeheimnisse vor dem rechtswidrigen Erwerb, der rechtswidrigen Nutzung sowie der rechtswidrigen Offenlegung zu schützen. Der Referentenentwurf des BMJV, wie er am 18. April 2018 veröffentlicht wurde, setzt diese Richtlinie weitgehend eins zu eins in einem neuen Stammgesetz um, dem GeschGehG-E.

Wir begrüßen die Entscheidung, den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, der bislang lediglich als Querschnittsmaterie in unterschiedlichen Gesetzen geregelt wurde, nunmehr in einem Gesetz zu bündeln. Auch in ausländischen Rechtsordnungen wird dieser Weg, ein eigenes Gesetz für den Geheimnisschutz, gewählt.¹

In der politischen Debatte müssen aber auch sich abzeichnende europäische Entwicklungen wie die zum Schutz von Whistleblowern berücksichtigt werden. Das GeschGehG-E enthält in § 4 Nr. 2 GeschGehG-E eine Privilegierung von Whistleblowern. Danach ist die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gerechtfertigt, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesse erforderlich ist, insbesondere zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen (weitere Ausführungen zu § 4 Nr. 2 GeschGehG-E siehe unten unter 6.3). Die Kommission hat inzwischen (am 23. April 2018)

¹ So z.B. in den USA ("Uniform Trade Secrets Act" von 1979 und 1985, "Defend Trade Secrets Act of 2016").

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 3|15

aber auch einen Entwurf einer sog. Whistleblower-Richtlinie veröffentlicht, die zum Ziel hat, Whistleblower weiter zu schützen. Das GeschGehG-E regelt damit nun vorab einen Bereich, der von der geplanten Whistleblower-Richtlinie neu beeinflusst werden wird. Es sollte daher nicht etwas in Umsetzung einer bestehenden Richtlinie geregelt werden, obwohl bereits absehbar ist, dass eine weitergehende Regelung erforderlich sein wird. Tritt der Referentenentwurf so in Kraft, müssen Unternehmen ihre Prozesse zum Geheimnisschutz an die neue Rechtslage anpassen. Wird die Regelung kurze Zeit später durch die Umsetzung der kommenden Whistleblower-Richtlinie verändert, sind die Unternehmen gehalten, ihre Prozesse erneut zu verändern. Dies führt zu einer unwirtschaftlichen Belastung und im Endeffekt auch dazu, dass die Änderungen nicht mit voller Kraft vorgenommen werden. Daher sollten diese Entwicklungen bereits jetzt berücksichtigt werden.

Mindestens aber macht es die thematische Überschneidung erforderlich, dass das Gesetz nach kurzer Zeit evaluiert wird. Das BMJV sieht laut Referentenentwurf aber keine Notwendigkeit für eine solche Evaluierung.

1. Definition „Geschäftsgeheimnis“, § 1 Abs. 1 Nr. 1

Die Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ ist im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie von entscheidender Bedeutung; so heißt es in **Erwägungsgrund 14** der Richtlinie:

*„Es ist wichtig, eine **homogene Definition** des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ festzulegen, ohne den vor widerrechtlicher Aneignung zu schützenden Bereich einzuzengen. Eine solche Definition sollte daher so beschaffen sein, dass sie Know-how, Geschäftsinformationen und technologische Informationen abdeckt, bei denen sowohl ein legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht als auch die legitime Erwartung, dass diese Vertraulichkeit gewahrt wird. Darüber hinaus sollten solches Know-how oder solche Informationen einen — realen oder potenziellen — Handelswert verkörpern. Solches Know-how oder solche Informationen sollten so verstanden werden, dass sie einen Handelswert verkörpern, zum Beispiel wenn ihr unbefugter Erwerb oder ihre unbefugte Nutzung oder Offenlegung die Interessen der Person, die rechtmäßig die Kontrolle über sie ausübt, aller Voraussicht nach dadurch schädigt, dass das wissenschaftliche oder technische Potenzial, die geschäftlichen oder finanziellen Interessen, die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit dieser Person untergraben werden. Die Definition eines Geschäftsgeheimnisses schließt belanglose Informationen und die Erfahrungen und Qualifikationen, die Beschäftigte im Zuge der Ausübung ihrer üblichen Tätigkeiten erwerben, sowie Informationen aus, die den Personenkreisen, die üblicherweise mit derar-*

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 4|15

tigen Informationen umgehen, generell bekannt sind bzw. für sie leicht zugänglich sind.“

Ein „Geschäftsgeheimnis“ wird nun in § 1 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG-E legaldefiniert als

eine Information, die

a) weder insgesamt noch in ihren Einzelheiten den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und

b) Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist;

Die gewählte Definition setzt die Richtlinie eins zu eins um, es erfolgen lediglich rechtsformale Änderungen.

Das deutsche Recht kennt den Begriff des Geschäftsgeheimnisses auch in anderen Gesetzen, differenziert dabei jedoch noch zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnis. Der Begriff des Betriebsgeheimnisses zielt auf Kenntnisse und Tatsachen im Bereich der Technik ab, während Geschäftsgeheimnisse primär im kaufmännischen Bereich angesiedelt sind. Nach der ständigen Rechtsprechung wird dabei unter einem Geschäfts- und Betriebsgeheimnis jede im Zusammenhang mit einem Betrieb stehende Tatsache verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem Willen des Betriebsinhabers aufgrund eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden soll.² Nach § 17 UWG gehört zu den wesentlichen Merkmalen des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses, dass der Betriebsinhaber einen begründeten Geheimhaltungswillen hat. Dieser Wille soll ein Geheimnis von dem bloßen Unbekannt sein einer Tatsache unterscheiden.³ Dieser Wille zeigt sich zwar bislang schon häufig in entsprechenden Geheimhaltungsvereinbarungen, kann sich jedoch auch lediglich aus den Umständen ergeben. Nach der Rechtsprechung des BGH dürfen an die Manifestation des Geheimhaltungswillens keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. So soll es im Einzelfall genügen, wenn sich dieser Wille aus der Natur der geheim zuhaltenden Tatsache ergibt.⁴ In einer anderen Entscheidung hat der BGH den Geheimhaltungswillen damit begründet, dass bei komplexeren Gegenständen der Wille zur Geheim-

² Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Harte-Bavendamm, UWG, § 17, Rn. 1-1b, m.w.N.

³ BGH, GRUR 1964, 31.

⁴ BGH, NJW 1995, 2301.

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 5|15

haltung aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung „ohne Weiteres“ anzunehmen sei.⁵ Im innerbetrieblichen Streitfall liegt die Beweislast eher beim Arbeitnehmer.⁶

Der praxisrelevante Unterschied zwischen dem Referentenentwurf und dem bisherigen deutschen Recht im Hinblick auf den Begriff „Geschäftsgeheimnis“ besteht somit darin, dass es die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 b) GeschGehG-E vorausgesetzten „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ bisher in Deutschland nicht gab und der deutsche Begriff insofern weiter gefasst war. Der Geheimnisinhaber musste bislang nicht nachweisen, dass er Maßnahmen zum Schutz vertraulicher Informationen tatsächlich getroffen hat.

Wir begrüßen es, dass das BMJV die angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen nicht legal definiert. Zwar ist der Begriff „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ sehr allgemein gehalten und führt zunächst zu einer gewissen Rechtsunsicherheit. Eine weitere Konkretisierung im Gesetz würde aber zu weniger Flexibilität führen. Wie in der Gesetzesbegründung richtig ausgeführt, kann es sich bei Geheimhaltungsmaßnahmen sowohl um physische Zugangsbeschränkungen und Vorkehrungen handeln, wie auch um vertragliche Sicherungsmechanismen. Auch sonstige technische – etwa virtuelle –, oder rechtliche Schutzvorkehrungen in den Organisationsprozessen kämen in Frage. Die in der Begründung ausgeführten Kriterien für die Angemessenheit sind aus unserer Sicht relevant. Ergänzend müsste die Verhältnismäßigkeit als Kriterium integriert werden. Eine Geheimhaltungsmaßnahme kann nur dann angemessen sein, wenn der Aufwand nicht völlig außer Verhältnis zum anzunehmenden Nachteil bei Verlust dieser Geheimniserhaltung steht. Es ist jedoch schwierig, eine Formulierung zu finden, die jeden dieser denkbaren, auch zukünftigen Einzelfälle erfasst. Auch bestünde die Gefahr, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes mit einer Legaldefinition zu eng gefasst wird und damit das Schutzniveau reduziert werden würde. Es sollte Aufgabe der Rechtsprechung sein, die „Angemessenheit“ der Geheimhaltungsmaßnahmen durch Einzelfälle auszugestalten. Nur so kann flexibel auf die besonderen Umstände des Einzelfalls eingegangen und im konkreten Fall abgewogen werden.

2. Definition „rechtsverletzendes Produkt“, § 1 Abs. 1 Nr. 4

In § 1 Abs. 1 Nr. 4 GeschGehG-E wird ein rechtsverletzendes Produkt als ein Produkt, dessen Konzeption, Merkmale, Funktionsweise, Herstellungsprozess oder Marketing in erheblichem Umfang auf einem rechtswidrig erlangten, genutzten oder offengelegten Geschäftsgeheimnis beruht, definiert. Die so formulierte Begriffsbestimmung entspricht

⁵ BGH, GRUR, 1977, 539, 540.

⁶ Vgl. *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Harte-Bavendamm*, UWG, § 17, Rn. 5.

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 6|15

wortwörtlich der Definition in der Richtlinie, wo sie trotz anhaltender Kritik⁷ beibehalten wurde. Nach dieser Definition lässt auch das Marketing eines Produkts mit Hilfe von rechtswidrig erlangten, genutzten oder offengelegten Geheimnissen das so beworbene Produkt zu einem „rechtsverletzenden Produkt“ werden.

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 As Finanzlage und Kostenstruktur, z.B. dass As break-even-point für P bei n Euro liegt, und dass A 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 könnte A aber auch Anspruch auf den Rückruf und die Vernichtung des Produkts P haben, 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. Unterlassungsansprüche, gerichtet auf die durch die widerrechtliche Geheimnisverwertung ermöglichte Handlung, und Schadensersatzansprüche sind hier ausreichend. Eine entsprechende Auslegung sollte in der Gesetzesbegründung vorgegeben werden.

3. Inhaberschaft und erlaubte Handlungen, § 1 Abs. 1 Nr. 2 und § 2

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG-E kann jede natürliche oder juristische Person Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses sein, wenn diese das Geschäftsgeheimnis rechtmäßig erlangt hat und das Geschäftsgeheimnis nutzen und offenlegen darf. Nach der Begründung des Referentenentwurfs soll so auch ein Lizenznehmer Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses sein können (S. 20). Fraglich ist jedoch, was mit einer Offenlegung im Falle des Lizenznehmers gemeint ist und ob es sich tatsächlich um ein Geschäftsgeheimnis handeln kann, wenn die Voraussetzung der Offenlegung erfüllt ist. Nach Auffassung des Bitkom sollte es gerade keine Voraussetzung für die Inhaberschaft sein, ob der Inhaber das Geschäftsgeheimnis auch frei nutzen und offenlegen darf. Diese beiden letzten Voraussetzungen könnten im Einzelfall aufgrund z.B. vertraglicher Verpflichtungen (etwa durch die Vergabe eines exklusiven Nutzungsrechts durch den Inhaber) nicht gegeben sein, was dem Inhaber aber nicht seiner Ansprüche gem. §§ 5 ff. berauben sollte. Auch in der Richtlinie wird nicht

⁷ z.B. MPI Stellungnahme vom 3.6.2014, Rn. 22; GRUR Stellungnahme vom 19.3.2014, S. 5.

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 7|15

das Recht auf Offenlegung, sondern die „Kontrolle“ für die Inhaberschaft vorausgesetzt. Wir halten diese Terminologie für klarer. Auch sollte es nicht Ziel des Gesetzgebers sein, dem Lizenznehmer eine Inhaberschaft zu ermöglichen. Ob der Lizenznehmer auch Ansprüche nach §§ 5 ff. GeschGehG-E geltend machen kann, sollte ausschließlich vertraglich vereinbart werden.

In § 2 Abs. 2 GeschGehG-E wird wiederum mit Regelbeispielen näher definiert, wie Geschäftsgeheimnisse rechtmäßig erlangt werden dürfen. Unklar bleibt damit, welche weiteren Fälle es zum rechtmäßigen Erlangen des Geschäftsgeheimnisses geben könnte. Die aktuell offene Aufzählung birgt die Gefahr, dass sich der bereits bestehende Praxisstreit über die Inhaberschaft verschärft. Dies sollte dringend vermieden werden.

Vorschlag zu § 2 Abs. 2 GeschGeh-E:

„Ein Geschäftsgeheimnis darf **insbesondere** erlangt werden durch [...]“

4. Reverse Engineering, § 2 Abs. 2 Nr. 2

Anders als bisher im deutschen Recht wird das sog. Reverse Engineering nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GeschGehG-E grundsätzlich zulässig sein, es sei denn vertragliche Abreden stehen dem entgegen.

Im deutschen Recht ergab sich die Zulässigkeit des Reverse Engineering bisher nicht aus dem Gesetz. Im Gegenteil wurde beim Reverse Engineering häufig mit einer Verletzung von § 17 Abs. 1 Nr. 1 a) UWG („Anwendung technischer Mittel“) argumentiert. Das Merkmal „Anwendung technischer Mittel“ umfasst alle im weitesten Sinne der Technik zuzurechnenden Vorrichtungen, die der Erlangung oder Sicherung von Unternehmensgeheimnissen dienen können, wie etwa den Einsatz von Ablichtungsgeräten, Computern, Fotoapparaten und Filmkameras sowie das Abrufen von in Datenverarbeitungsanlagen gespeicherten Daten.⁸ Oftmals wird sich beim Reverse Engineering genau solcher technischer Mittel bedient.⁹

Aus Sicht des Bitkom ist die Einführung der Schrankenregelung für das Reverse Engineering zu begrüßen, da durch das Analysieren konkurrierender Produkte Innovationen gefördert werden können und nunmehr eine Angleichung insb. an die USA erfolgt, wo Reverse Engineering von rechtmäßig erlangten Produkten schon lange als lauterer Verhalten gilt.¹⁰

⁸ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Harte-Bavendamm, UWG § 17 Rn. 22, mwN.

⁹ Vgl. zum Streitstand Kalbfus, GRUR 2016, 1009, 1012.

¹⁰ Vgl. http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trade%20secrets/utsa_final_85.pdf, S. 5.

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 8|15

Wichtig ist aber auch, dass weiterhin die Möglichkeit des vertraglichen Ausschlusses von Reverse Engineering besteht.

5. Handlungsverbote, § 3

§ 3 GeschGehG-E enthält Handlungsverbote. Dabei ist besonders § 3 Abs. 1 GeschGehG-E positiv hervorzuheben. Anders als die Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 d) und Art. 4 Abs. 1 c) verzichtet der Referentenentwurf komplett auf die Verwendung des Begriffs „seriöse Geschäftspraktiken“. Anstelle dessen greift das GeschGehG-E auf bekannte Termini aus dem deutschen Zivilrecht zurück. So darf ein Geschäftsgeheimnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG-E nicht durch „jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten entspricht“ erlangt werden.

Die Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB, zu denen es eine Reihe von Rechtsprechung gibt, führen zu Rechtssicherheit. Auch den Begriff der „anständigen Marktgepflogenheiten“ kennt das deutsche Recht bereits. Im UWG wird in § 2 Abs. 1 Nr. 7 die „unternehmerische Sorgfalt“ als „der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält,“ definiert.

Zudem kann zur Auslegung des so formulierten Auffangtatbestandes die Fußnote 10 zu Art. 39 Abs. 2 TRIPS herangezogen werden. Danach sollen unseriöse Geschäftspraktiken wenigstens solche sein, die einen Vertragsbruch, den Bruch einer Vertraulichkeitsvereinbarung oder die Anstiftung zu einem solchen Bruch herbeiführen, sowie der Erwerb geheimer Information durch Dritte, die zum Zeitpunkt des Erwerbs wussten oder grob fahrlässig nicht wussten, dass unseriöse Geschäftspraktiken an dem Erwerb angewendet wurden.¹¹

6. Rechtsfertigungsgründe, § 4

§ 4 GeschGehG-E enthält Rechtsfertigungsgründe. Dabei macht der Referentenentwurf den Rechtsfertigungsgrund des „berechtigten Interesses“ aus Art. 5 d) der Know-how-Richtlinie zum Oberbegriff und die Nr. 1 bis 3 zu Fällen desselben, was zwar mit der formalen Sys-

¹¹ Vgl. Koós, MMR, 2016, 224; TRIPS-Fußnote: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04d_e.htm.

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 9|15

tematik des Art. 5 der Know-how-Richtlinie bricht, mit dem Leitgedanken dieses Artikels aber vereinbar erscheint.

Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist gerechtfertigt, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erforderlich ist, insbesondere

1. zur rechtmäßigen Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 202 vom 7.6.2016, S. 389), einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;

2. zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;

3. im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.

Zu begrüßen ist, dass durch diese Struktur der Schrankenregelung immer eine Interessenabwägung zu erfolgen hat („zum Schutz eines berechtigten Interesses erforderlich“). Was in der so gefassten deutschen Umsetzung bisher jedoch fehlt, ist der ausdrückliche Hinweis auf nach geltendem Recht anerkannten Interessen („durch das Unionsrecht oder das nationale Recht anerkannten legitimen Interesses“, Art. 5 d) Know-how-Richtlinie). Die Einleitung des § 4 GeschGehG-E sollte diese Formulierung zur Klarstellung beinhalten.

Vorschlag zu § 4 Satz 1 GeschGehG-E:

*„Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist gerechtfertigt, wenn dies zum Schutz eines berechtigten, **nach geltendem Recht anerkannten** Interesses erforderlich ist, insbesondere (..).*

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 10|15

6.1 Meinungsäußerungs- und Informationszugangsfreiheit, Pluralität der Medien, § 4 Nr. 1

Die Schrankenregelung in § 4 Nr. 1 GeschGehG-E hat insbesondere für investigativen Journalismus eine große Bedeutung. Es sollte sichergestellt werden, dass die Schranke nur greift, wenn das Interesse an der Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung das berechnete Interesse des Geheimnisinhabers an der Verhinderung der Veröffentlichung wesentlich überwiegt. Die Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit muss immer in einem angemessenem Verhältnis zum berechtigten Interesse des Geschäftsgeheimnisträgers stehen. Nur in besonderen Ausnahmefällen kann die Informations-, Meinungsäußerungs- oder Pressefreiheit tatsächlich überwiegen.

6.2 Whistleblowing, § 4 Nr. 2

Der Referentenentwurf sieht in Umsetzung der Richtlinie in § 4 Nr. 2 GeschGehG-E eine Privilegierung von Whistleblowing vor. Nach bisheriger Rechtslage war ein Whistleblower im Rahmen des § 17 UWG bei Vorliegen der Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB straffrei, sofern der Geheimnisverrat zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr für ein höherrangiges eigenes oder fremdes Rechtsgut erfolgte. Allerdings kam eine Rechtfertigung nur in Betracht, wenn mildere Mittel zum Schutz des höherrangigen Rechtsguts nicht in Betracht kamen. Beispielsweise konnte das Offenlegen einer vertraulichen Information gerechtfertigt sein, wenn sie eine rechtswidrige Handlung betrifft, die anderweitig nicht aufgedeckt werden konnte und ihre Offenlegung einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in der Öffentlichkeit darstellte.¹² Allerdings stand es einer Rechtfertigung gem. § 34 StGB regelmäßig entgegen, wenn der Whistleblower die Presse informierte, anstatt sich an die Strafverfolgungsbehörden zu wenden, oder wenn er die Information aus Gewinnerzielungsinteresse weitergab und daher das Vorliegen subjektiver Rechtfertigungselemente fraglich war. Auch durfte das Strafverfolgungsinteresse nicht pauschal als gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse höherrangig eingestuft werden, vielmehr kam es auf die Schwere der Straftat an.¹³

Bitkom steht dem Schutz von Whistleblowern positiv gegenüber. Jedoch geht der Referentenentwurf über den von der Rechtsprechung statuierten Grundsatz des innerbetrieblichen Abhilfeversuchs hinaus. Nach diesem ist es einem Arbeitnehmer grundsätzlich zuzumuten, den angezeigten Missstand zunächst innerbetrieblich anzuzeigen und zu klären. Als Ausfluss der Treue- und Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers nach § 241 Abs. 2 BGB müssen Informationen zunächst dem Vorgesetzten gegeben werden und nur wenn das nicht möglich oder unzumutbar ist, kann der Arbeitnehmer als ultima ratio damit an die

¹² OLG München, GRUR-RR 04, 145, 146f.

¹³ Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG § 17 Rn. 30, m.w.N.

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 11|15

Öffentlichkeit gehen.¹⁴ Nach dem Referentenentwurf sind Hinweisgeber hingegen nicht verpflichtet ein solches Abhilfegesuch zu unternehmen. Zudem ist gemäß dem Referentenentwurf der Adressatenkreis nicht beschränkt. Der Whistleblower kann entscheiden, ob er sich an bestimmte Behörden wendet oder direkt an die Öffentlichkeit bzw. Medien. Der Referentenentwurf spricht lediglich von der „Aufdeckung“ eines Fehlverhaltens. Eine nähere Spezifikation, wie etwa in § 17 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz, wonach sich Whistleblower an die zuständige Behörde zu wenden haben, sieht die Richtlinie nicht vor.

Die entworfene Regelung bleibt auch hinter dem von der EU Kommission am 23. April 2018 veröffentlichten Entwurf einer Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern zurück. Danach sollen gerade interne und externe Meldekanäle und Verfahren durchlaufen werden, bevor ein Whistleblower an die Öffentlichkeit gehen darf. Die Mitteilung an die Medien soll auch hier – wie bisher beim innerbetrieblichen Abhilfeversuch - die ultima ratio sein. Die Möglichkeit für Unternehmen, solche Stufenprozesse zu etablieren, wäre auch in dem Referentenentwurf bereits zu begrüßen. Dies entspricht dem Interesse des Unternehmens daran, sich zunächst intern mit den Vorwürfen auseinanderzusetzen. Denn auch das Unternehmen selbst hat ein Interesse daran, Fehlverhalten schnellstmöglich zu erkennen und Fehler abzustellen. Hatte ein Unternehmen bis zu dem Zeitpunkt selbst gar keine Kenntnis, muss ihm aber die Möglichkeit eingeräumt werden, sich damit intern auseinanderzusetzen und selbst entsprechend zu reagieren, bevor etwas an die Öffentlichkeit gegeben wird. Nur so kann einer womöglich nicht gerechtfertigten Rufschädigung eines Unternehmens begegnet und ein möglicher Schaden effektiv abgewendet werden. Die Implementierung eines solchen Stufenprozesses muss sich auch auf den Schutzbereich in §§ 2 bis 4 GeschGehG-E auswirken, damit ein Anreiz für solche unternehmensinternen Investitionen geschaffen wird.

Zudem sollen die Regelungen der geplanten „Whistleblower-Richtlinie“ den Regelungen, die in Umsetzung der „Know-how-Richtlinie“ getroffen werden, d.h. dem GeschGehG-E, vorgehen, vgl. Art. 15 Nr. 7 des Richtlinienentwurfs der Kommission.¹⁵ Auch deshalb wäre es zu begrüßen, bereits im GeschGehG-E die geplanten Vorgaben zum Schutz von Whistleblowern zu berücksichtigen.

Vorschlag zu § 4 Nr. 2 GeschGehG-E:

„zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person

¹⁴ Vgl. auch Eufinger, ZRP, 2016, 229.

¹⁵ https://ec.europa.eu/info/files/proposal-directive-european-parliament-and-council-protection-persons-reporting-breaches-union-law_en

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 12|15

*in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen **und soweit der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses weder eine Möglichkeit anbietet, die rechtswidrige Handlung selbst aufzuklären und abzustellen noch diese Möglichkeit erfolglos ausgeschöpft wurde.***

7. Ansprüche bei Rechtsverletzungen

Gem. § 8 GeschGehG-E sind Ansprüche nach §§ 5 bis 7 GeschGehG-E ausgeschlossen,

wenn die Erfüllung im Einzelfall unverhältnismäßig wäre unter Berücksichtigung insbesondere

(...)

2. der getroffenen Geheimhaltungsmaßnahmen;

Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen sind jedoch bereits eine notwendige Voraussetzung für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG-E. Eine erneute Prüfung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitseinwands nach § 8 erscheint überflüssig und systematisch verfehlt. Wenn der Rechtsverletzer Beschäftigter oder Beauftragter eines Unternehmens ist, sollen laut § 11 GeschGehG-E die Ansprüche nach §§ 5 bis 7 auch gegenüber dem Inhaber des Unternehmens gelten. Beispielsweise im Falle einer Aktiengesellschaft oder GmbH reicht dies jedoch nicht aus. Die Ansprüche nach §§ 5 bis 7 sollen sich in den genannten Fällen auch gegen das Unternehmen selbst oder die beauftragende Person richten können.

Vorschlag zu § 11 Satz 1 GeschGehG-E:

*„ (...) **oder das Unternehmen selbst.**“*

8. Verfahrensrechtlicher Geheimnisschutz

Für einen effektiven Schutz von Geschäftsgeheimnissen muss der Schutz auch auf verfahrensrechtlicher Ebene gewährleistet sein. So setzen die §§ 14 bis 21 GeschGehG-E Art. 9 der Richtlinie um und regeln den Schutz von Geschäftsgeheimnissen während des Gerichtsverfahrens. Dieser Schutz war im deutschen Recht bislang nur lückenhaft geregelt, vgl. etwa § 172 Nr. 2 GVG, § 384 ZPO. Die Schwierigkeit liegt darin, dass während eines Prozesses einerseits sichergestellt sein muss, dass das Geheimnis nicht der Öffentlichkeit

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 13|15

oder (potenziellen) Wettbewerbern offenbart wird und somit ein Verletzungsverfahren zur Ausforschung missbraucht wird. Andererseits sind die zivilprozessrechtlichen Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit zu wahren.

In § 172 Nr. 2 GVG ist die Möglichkeit vorgesehen, die Öffentlichkeit auszuschließen, sofern ein wichtiges Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnis zur Sprache kommt, durch dessen öffentliche Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen verletzt würden (Ermessensentscheidung durch das Gericht). Dadurch kann aber nur die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, nicht die andere Vertragspartei. Zudem betrifft es nur die mündliche Verhandlung und nicht den gesamten Rechtsstreit. Ein Ausschluss kann nur dann erfolgen, wenn ein wichtiges Geheimnis thematisiert wird, wodurch der Anwendungsbereich weiter verengt wird.¹⁶

In Patentstreitigkeiten wird das o.g. Dilemma in Deutschland durch das sog. „Düsseldorfer Verfahren“ gelöst, das in der Studie zur Vorbereitung der Richtlinie positiv als effektiver Schutzmechanismus hervorgehoben wurde. Beim Düsseldorfer Beweisverfahren handelt es sich um ein verfahrensrechtliches Hybrid aus einem selbstständigen Beweis- und einem einstweiligen Verfügungsverfahren. Es trägt dem Problem Rechnung, dass die Auskunftspflicht gerade der Feststellung der Verletzung dient, der angebliche Verletzer hierzu aber sensible Informationen offenlegen müsste. Drei Sicherungsmechanismen sollen verhindern, dass eine Verletzungsklage zu Ausforschungszwecken missbraucht wird: Erstens wird die Durchsetzung des Informationsanspruchs in ein selbstständiges Beweisverfahren vorverlagert, dessen Entscheidung im Vorfeld des Hauptprozesses im Rechtsmittelweg überprüft werden kann. Zweitens wird das Geheimnis vorerst nur einem Sachverständigen zugänglich gemacht, der ein Gutachten erstellt, das dem Gericht und ausgewählten Prozessvertretern, nicht aber der gegnerischen Partei, vorgelegt wird. Auf Basis dieses Gutachtens beurteilt das Gericht, ob eine hohe Verletzungswahrscheinlichkeit vorliegt. Nur wenn dieser strenge Maßstab erfüllt ist, kann die Information für den Gegner freigegeben werden. Drittens macht sich die Gegenpartei schadensersatzpflichtig, wenn sie die Freigabe durchsetzt, sich anschließend aber herausstellt, dass keine Verletzung vorlag.¹⁷

Die Etablierung eines sog. in-camera Verfahrens findet in der Richtlinie keine Erwähnung, wurde aber während des Gesetzgebungsverfahrens diskutiert. Bei einem solchen Geheimverfahren werden die zu schützenden Informationen nur dem Gericht vollständig vorgelegt, nicht aber der Gegenseite.¹⁸ Im deutschen Recht ist ein in-camera Verfahren im Zivilprozess bislang ebenfalls nicht vorgesehen. Denn der Prozessgegner hat bei einem solchen

¹⁶ Vgl. *McGuire*; GRUR 2015, 424, 428.

¹⁷ GRUR 2015, 424; zum Verfahren im Allgemeinen vgl. auch http://www.grur.org/uploads/tx_meeting/Vortrag_Dr_Deichfuss.pdf.

¹⁸ siehe ausführlich dazu *McGuire* http://www.grur.org/uploads/tx_meeting/Vortrag_Prof_Mc_Guire_mit_Handouts_01.pdf.

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 14|15

Verfahren nicht die Möglichkeit, Kenntnis von allen entscheidungserheblichen Tatsachen zu nehmen und kann die Angaben der gegnerischen Partei nicht selbst nachprüfen. Dies ist zivilprozessual im Hinblick auf den Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatz aus § 128 ZPO und dem Anspruch auf rechtliches Gehör und ein faires Verfahren problematisch.

Der Referentenentwurf sieht nun insbesondere Folgendes vor:

Zunächst ist die in § 14 Abs. 1 GeschGehG-E normierte sachlich ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammern der Landgerichte ohne Rücksicht auf den Streitgegenstand, positiv hervorzuheben.

Gem. § 15 GeschGehG-E kann das Gericht auf Antrag einer Partei streitgegenständliche Informationen ganz oder teilweise als geheimhaltungsbedürftig einstufen, wenn diese ein Geschäftsgeheimnis sein können. Gem. § 18 GeschGehG-E kann das Gericht dabei auf Antrag einer Partei den Kreis der Personen, die Zugang zu den Informationen haben werden, auf eine bestimmte Anzahl von Personen beschränken.

Nach § 16 GeschGehG-E zieht eine Zuwiderhandlung gegen § 15 Abs. 2 GeschGehG-E ein Ordnungsgeld bis zu 1.000 € oder Ordnungshaft bis zu einer Woche nach sich.

Mit dieser Sanktion soll Art. 16 der Know-how-Richtlinie umgesetzt werden. Danach muss die Sanktion aber auch wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Weder der Höchstbetrag des Ordnungsgeldes noch die Höchstdauer der Ordnungshaft werden dem gerecht. Allein aus Gründen der Generalprävention sollte die Grenze deutlich höher angesetzt werden, um den gewünschten Abschreckungseffekt zu erzielen. Um eine verhältnismäßige Sanktion zu gewährleisten, sollte sich die Sanktion im Einzelfall an der wirtschaftlichen Bedeutung der geheimhaltungsbedürftigen Information orientieren. Diese kann aber so groß sein, dass die – bisher – maximal möglichen 1.000 € nicht abschreckend ins Gewicht fallen. Auch die ZPO selbst sieht in § 890 ZPO bei Verstoß gegen eine Unterlassungs- oder Duldungspflicht ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 250.000 € vor. Die Ordnungshaft darf bis zu 6 Monaten betragen.

Sollte sich eine geheimhaltungsbedürftige Information im Nachhinein nicht als Geschäftsgeheimnis erweisen, fällt der von § 9 und § 22 GeschGehG-E vorgesehene zivilrechtliche und strafrechtliche Schutz weg. Es bleibt allein § 16 GeschGehG-E. Um einen effektiven verfahrensrechtlichen Schutz zu gewährleisten, ist es daher erforderlich, die Höchstgrenze der Sanktion deutlich anzuheben.

Stellungnahme Umsetzung Know-how-Richtlinie

Seite 15|15

Auch sollten alle Verfahrensbeteiligten eine entsprechende Fachkunde für den Umgang mit geheimhaltungsbedürftigen Informationen besitzen. Diese sollte durch Rechtsverordnung geregelt werden. Insbesondere die Rechtspfleger/innen sollten wissen, wie verschlüsselt wird (Umgang mit Tools), was Social Engineering und wie Datensicherheit zu gewährleisten ist.

— Was die Implementierung von Geheimnisschutzverfahren und sicherer Aktenspeicherung in Gerichten anbelangt, ist die Übergangsfrist von 3 Monaten (vgl. Artikel 5) zu knapp bemessen. Hier sind eher 2 Jahre notwendig, um die Sicherheit im Gerichtsverfahren ordentlich einzurichten und erproben zu können. Darüber hinaus ist jedoch ein schnellstmöglicher Rechtsschutz, d.h. kurze Übergangsfristen, zu begrüßen.

—

Bitkom vertritt mehr als 2.500 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.700 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, mehr als 400 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.