

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

7/8
K&R

- Editorial I: YouTuber sind keine Zeitungsredaktionen
Dr. Simon Assion
- Editorial II: 5G nach der Auktion: Und jetzt? · *Dr. Grace Nacimiento*
- 433 Die Europäische Urheberrechtsrichtlinie (EU) 2019/790
Marthe Schaper und Dr. Urs Verweyen
- 441 Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2018
Dr. Alexander R. Klett und Dr. Christoph Mikyska
- 447 Besteht ein Restore-Anspruch bei #twittersperrt?
Sebastian Laoutoumai und Oliver Löffel
- 451 Änderungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch das GeschGehG – Eine Synopse · *Alev Gündoğdu und Sascha Hurst*
- 456 Zur Kompatibilität beim Updating verbundener Systeme
Dr. Florian Deusch und Prof. Dr. Tobias Eggendorfer
- 464 Zur Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereiches der DSGVO
Dr. Christian Rabe
- 468 Aktuelle Lizenzgebühren in Patentlizenz-, Know-how- und Computerprogrammlicenz-Verträgen: 2017/2018
Dr. Michael Groß
- 473 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 475 EuGH: Kontaktdaten im Fernabsatz müssen nicht zwingend eine Telefonnummer umfassen
mit Kommentar von *Dr. Christian Dienstbühl*
- 487 EuGH: E-Mail-Dienst ohne Vermittlung eines Internetzugangs stellt keinen elektronischen Kommunikationsdienst dar
mit Kommentar von *Pascal Schumacher*

Beilage 1/2019

18. @kit-Kongress – 8. Forum „Kommunikation & Recht“ und @kit-Tagung „Künstliche Intelligenz“

22. Jahrgang Juli / August 2019 Seiten 433 – 532

in diesem Fall an den Prozess- bzw. Verfahrensbevollmächtigten zu erfolgen hat. Um eine solche Vollziehung zu erschweren, kann es sein, dass sich gerade aus diesem Grund kein Verfahrensbevollmächtigter bestellt, sodass direkt an die Partei ins Ausland zugestellt werden muss. Allerdings reicht es für die fristgerechte Vollziehung dann aus, dass innerhalb der Vollziehungsfrist die Auslandszustellung an den Betreiber der Online-Plattform beantragt wird und die tatsächliche Zustellung ohne jede vom Antragsteller zu vertretende Verzögerung bewirkt wird.⁴⁰

IV. Ausblick

Die Bemühungen der Europäischen Kommission im Vorfeld von Wahlen die Bürgerinnen und Bürger vor gezielten Desinformationskampagnen zu schützen sind ein wichtiges Ziel im demokratischen Meinungsbildungsprozess. Dabei ist es auch verständlich, dass die großen Online-Plattformen bei diesen Bemühungen einbezogen werden. Gleichwohl darf dies nicht dazu führen, dass Online-Plattformen zulässige Meinungsäußerungen auf der Basis zu weitreichender Nutzungsbedingungen auf Zuruf sperren oder gar löschen. Freilich können sich Online-Plattformen auf den Grundsatz der Privatautonomie und auf ihr virtuelles Hausrecht berufen. Beides ist allerdings nicht schrankenlos und findet insbesondere dort ihre Grenzen, wo die

berechtigten Interessen der betroffenen Nutzer die Interessen der Online-Plattform überwiegen. Das ist immer dann der Fall, wenn es sich um satirische Beiträge handelt, die in keiner denkbaren Lesart geeignet sind, die Interessen des Betreibers der Online-Plattform oder anderer Nutzer nachhaltig zu beeinträchtigen.

Die von Twitter neu hinzugefügten Richtlinien zur Bekämpfung von Falschinformationen im Kontext von Wahlen dürften in ihrer jetzigen Ausgestaltung zu weit gefasst sein und die Interessen der Nutzer unzumutbar beeinträchtigen, da danach nahezu jeder satirische Beitrag im politischen Kontext geeignet sein kann, Einfluss auf die Wahlentscheidung von anderen Nutzern zu nehmen. Zu einer anderen Auslegung käme man womöglich dann, wenn sich Twitter bei der Formulierung der Verbotstatbestände an der Definition von „Desinformation“ der Europäischen Kommission orientieren würde. Diese beinhaltet Ausnahmetatbestände, die von dem Verbot nicht umfasst sein sollen. Durch diese Ausnahmetatbestände bliebe es den Nutzern auch im Vorfeld von Wahlen möglich, sich auf eine satirische Art und Weise über die bevorstehenden Wahlen auszutauschen.

40 OLG Frankfurt a. M., 1. 7. 2014 – 6 U 104/14.

RAin Alev Gündoğdu und Wiss. Mitarbeiter Sascha Hurst, Berlin*

Änderungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch das GeschGehG – Eine Synopse

Bereits 2016 ist die EU-RL 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen („Geschäftsgeheimnisse“) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung („Geheimnisschutzrichtlinie“) in Kraft getreten. Die Frist zur Umsetzung der Richtlinie endete am 9. 6. 2018 und wurde vom deutschen Gesetzgeber verpasst. Schließlich wurde sie mit dem Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) umgesetzt, das seit dem 26. 4. 2019 in Kraft ist. Dadurch wird der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im deutschen Recht erstmals einheitlich geregelt. Im Folgenden werden einige rechtliche Änderungen, die mit dem GeschGehG verbunden sind, aufgezeigt und mit der bisherigen Rechtslage verglichen.

I. Systematik des Geschäftsgeheimnisschutzes

1. Bisherige Rechtslage

Geschäftsgeheimnisse waren bisher im deutschen Recht nicht einheitlich geregelt. Der Schwerpunkt ihres Schutzes lag auf den nebenstrafrechtlichen Vorschriften der §§ 17 bis 19 UWG. Sie sind nicht als einem Rechtssubjekt ausschließlich zugewiesenen Vermögenswerte – und

damit als subjektive Rechte – anerkannt, sondern unterscheiden sich von Immaterialgüterrechten insofern, als dass sie dem Inhaber keine subjektiven Ausschließlichkeits- oder Ausschließungsrechte gewähren.¹ Daher wurden sie rechtlich bisher nicht einheitlich geschützt, sondern nur dort, wo es das Gesetz ausdrücklich vorsah.² Der Zweck des Geschäftsgeheimnisschutzes war dabei nicht ausdrücklich festgelegt, wurde aber darin gesehen, Unternehmen vor Schäden durch Wirtschaftsspionage zu bewahren.³

2. Rechtslage nach dem GeschGehG

Die Umsetzung der Richtlinie ändert nichts an dieser Rechtsnatur von Geschäftsgeheimnissen. Es wird kein subjektives Recht an Geschäftsgeheimnissen geschaffen, das dem Inhaber dieselbe Rechtsposition gewähren würde wie etwa einem Patentinhaber. Denn ohne die faktische Geheimhaltung der Informationen gibt es schon keinen

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

1 Hauck, NJW 2016, 2218, 2218.

2 Z. B. § 140 c Abs. 1 S. 3 PatG, § 203 StGB, § 138 TKG, § 6 S. 2 IFG, § 85 GmbHG, § 172 Nr. 2 GVG, § 52 S. 2 ArbGG, § 99 Abs. 2 VwGO.

3 Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 17 Rn. 2.

Schutzgegenstand, der unter das Gesetz fällt.⁴ Der rechtliche Schutz einer Information hängt also von ihrer Geheimhaltung ab. Damit sichert das GeschGehG lediglich einen bestehenden Zustand rechtlich ab, ordnet aber Geschäftsgeheimnisse ihrem Inhaber nicht als subjektive Rechte mit Wirkung gegenüber jedermann zu.⁵

Dennoch wurde mit dem GeschGehG ein neues Stammgesetz geschaffen, durch das der bislang im deutschen Recht gewährleistete Geschäftsgeheimnisschutz deutlich ausgeweitet und dem Schutz von Immaterialgüterrechten angepasst wird. Die Vorschriften des neuen Gesetzes orientieren sich eng an den immaterialgüterrechtlichen Regelungen und verleihen Geschäftsgeheimnissen einen vergleichbaren Schutz.⁶

Mit der Umsetzung der Geheimnisschutzrichtlinie ändert sich auch der Zweck des Geheimnisschutzes. Anders als früher zielt er nun darauf ab, die Geheimnissphäre von Unternehmen zu schützen, um ein produktives Umfeld für kreative Leistungen und die Investition in Innovation zu schaffen. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen ist dafür wichtig, weil diese häufig eine Vorstufe von absoluten Schutzrechten sind.⁷ Dass nun nicht mehr vordergründig unlauteres Verhalten verhindert, sondern Innovation gefördert werden soll, hat auch inhaltliche Konsequenzen, auf die in Abschnitt VI noch eingegangen wird.

II. Definition des Geschäftsgeheimnisses

1. Bisherige Rechtslage

Bisher gab es im deutschen Recht keine einheitlich verwendete Terminologie. Ausgehend von § 17 UWG wurden Unternehmensgeheimnisse als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bezeichnet. Dabei meinten Betriebsgeheimnisse technisches Wissen und Geschäftsgeheimnisse nicht-technische, also insbesondere kaufmännische Kenntnisse. In ständiger Rechtsprechung zu § 203 StGB, § 17 UWG und § 79 BetrVG musste ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis folgende Voraussetzungen erfüllen: Es musste sich erstens um eine nur einem begrenztem Personenkreis zugängliche unternehmensbezogene Tatsache handeln, zweitens an der Nichtverbreitung dieser Tatsache ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse bestehen und drittens das Unternehmen einen Geheimhaltungswillen bezüglich dieser Tatsache haben.⁸ Während der Unternehmensbezug und das Geheimhaltungsinteresse eine praktisch untergeordnete Rolle spielten,⁹ kam es maßgeblich auf den Geheimhaltungswillen an, der sich aber auch allgemein oder hypothetisch schon aus der Natur der Tatsache ergeben konnte.¹⁰

2. Rechtslage nach dem GeschGehG

Das GeschGehG enthält nun in § 2 Nr. 1 eine Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses. Diese verzichtet auf eine Differenzierung zwischen technischen und nicht-technischen Kenntnissen, sodass der Begriff des „Geschäftsgeheimnisses“ weiter ist als nach bisherigem Verständnis. Nach neuer Rechtslage liegt ein Geschäftsgeheimnis unter folgenden Voraussetzungen vor:

(1) Die Information ist weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich.

- (2) Die Information ist deshalb von wirtschaftlichem Wert.
- (3) Die Information ist Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber.
- (4) An der Geheimhaltung besteht ein berechtigtes Interesse.

Damit wird im Wesentlichen die Definition des Art. 39 Abs. 2 des TRIPS-Übereinkommens übernommen. Obwohl dieses in Deutschland bereits seit 1995 in Kraft ist, entwickelte die Rechtsprechung die oben genannte eigene Definition. Mit der Umsetzung der Geschäftsgeheimnisrichtlinie wird die Harmonisierung des Geheimnisschutzes in der EU also fortgeführt. Um der Rechtsprechung des BVerfG¹¹ Rechnung zu tragen, hat im Gesetzgebungsverfahren des GeschGehG zusätzlich das Definitionsmerkmal des berechtigten Interesses Einzug gefunden.¹² Zweifelhafte ist aber dessen Vereinbarkeit mit der Geheimnisschutzrichtlinie, denn die Mitgliedstaaten dürfen den europarechtlich vorgegebenen Mindeststandard nicht einengen.¹³

Eine wesentliche Neuerung ist die Abkehr von dem subjektiven Erfordernis eines Geheimhaltungswillens. Die neue Definition bewegt sich weg von der wertenden Bestimmung eines Geheimhaltungswillens hin zu Definitionsmerkmalen tatsächlicher Natur. Denn das Definitionselement der angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen ist eine konkret bestimmbare Größe. Die bisher an die objektive Erkennbarkeit des Geheimhaltungswillens gestellten Anforderungen werden dadurch deutlich überstiegen.¹⁴

Mit der neuen Definition kann jetzt ohne faktische Geheimhaltung schon kein durch das GeschGehG geschütztes Geschäftsgeheimnis vorliegen. Es kommt somit zu einem Handlungsbedarf von Unternehmen. Bei den erforderlichen Geheimhaltungsmaßnahmen kann es sich um solche inner- und außerbetrieblicher Art handeln (z. B. Zugriffsbeschränkungen, Zugangskontrollen, Schulungen, Einsatz von Verschlüsselungstechnologien),¹⁵ wobei Grad und Intensität der Maßnahmen zum einen von der Bedeutung und dem Wert der Information und zum anderen von den individuellen Verhältnissen des Unternehmens abhängen. Vertraulichkeitsvereinbarungen oder Verschwiegenheitsklauseln sind nur dann angemessene Schutzmaßnahmen, wenn sie wirksam sind.¹⁶ Nach der Gesetzesbegründung müssen Geheimhaltungsmaßnahmen nicht für jede einzelne geheim zu haltende Information getroffen werden, son-

4 Hauck, NJW 2016, 2218, 2221.

5 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/4724, S. 26.

6 Parallelen bestehen zu §§ 97, 98 - 101 UrhG, §§ 42 - 44 DesignG, §§ 140 a, 143 PatG und §§ 14, 18, 19 MarkenG.

7 Vgl. Erwägungsgründe 3, 8 und 9 der Geheimnisschutzrichtlinie.

8 Vgl. BGH, 7. 11. 2002 - I ZR 64/00, NJW-RR 2003, 618 - Präzisionsmessgeräte; BGH, 27. 4. 2006 - I ZR 126/03, GRUR 2006, 1044, 1046 - Kundendatenprogramm; BAG, 26. 2. 1987 - 6 ABR 46/84, NZA 1988, 63 - Verschwiegenheitspflicht; *Richardi*, in: Thüsing, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 79 Rn. 5 f.

9 *Maafien*, GRUR 2019, 352, 352.

10 BGH, 27. 4. 2006 - I ZR 126/03, GRUR 2006, 1044, 1046 - Kundendatenprogramm; BGH, 10. 5. 1995 - 1 StR 764/94, NSZ 1995, 551, 552 - Angebote als Geschäftsgeheimnis.

11 BVerfG, 14. 3. 2006 - 1 BvR 2087/03, BVerfGE 115, 205, 230 - Betriebs- und Geschäftsgeheimnis.

12 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/8300, S. 14.

13 So auch *Ohly*, GRUR 2019, 441, 444.

14 *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1177.

15 Vgl. *Hiéramente/Golzio*, CCZ 2018, 262, 266 f.

16 *Freckmann/Schmoll*, BB 2017, 1780, 1782.

dem es können grundsätzlich Maßnahmen für bestimmte Kategorien von Informationen ergriffen werden oder allgemeine Richtlinien oder Anweisungen vorgegeben werden.¹⁷ Weil die Maßnahmen im konkreten Fall angemessen sein müssen, kommen Wertungsfragen auf, für die Kriterien in der Rechtsprechung entwickelt werden müssen.¹⁸

Wenn der Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses Ansprüche nach dem GeschGehG geltend macht, trägt er die Beweislast dafür, dass ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. Er muss deshalb auch beweisen, dass er angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen hat. Deshalb wird empfohlen, dass Unternehmen ihre getroffenen Geheimhaltungsmaßnahmen dokumentieren.¹⁹ In aller Regel haben Unternehmen solche Maßnahmen bereits unter der bisherigen Rechtslage getroffen. Mit dem GeschGehG ändert sich aber deren dogmatische Funktion: Waren sie bisher dem Beweisrecht zuzuordnen, stellen sie nun eine Schutzvoraussetzung dar.²⁰

III. Haftungssystem und Anspruchsgrundlagen

1. Bisherige Rechtslage

Neben den Strafnormen der §§ 17-19 UWG wurde der Schutz von Geschäftsgeheimnissen zivilrechtlich bisher nur über die §§ 823, 826 BGB sowie ggf. i. V. m. § 1004 BGB analog gewährleistet.²¹

Zentral war der Geschäftsgeheimnisschutz über die Strafnormen der §§ 17-19 UWG, die als Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB bei Verstößen Schadensersatzansprüche auslösen können. Eine solche strafrechtsakzessorische Regelungstechnik ist aber in mehrerer Hinsicht defizitär: Die kleinteiligen Tatbestände legen Täterkreis und Tatmittel präzise fest und sind als Strafnormen einer Analogie zu dem Zweck, gleichwertige Handlungen zu sanktionieren und den Geschäftsgeheimnisschutz an neue Medien und Technologien anzupassen, nicht zugänglich. Außerdem setzen sie das Vorliegen subjektiver Elemente voraus. Fehlen diese, so entfällt sogar der verschuldensunabhängige Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gem. § 1004 Abs. 1 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB.²²

Von Bedeutung ist deshalb ein zivilrechtsautonomer Geschäftsgeheimnisschutz. Ein wichtiges Instrument hierfür sind vertragliche Geheimhaltungsvereinbarungen und vorvertragliche Verschwiegenheitspflichten nach § 311 Abs. 2 BGB, die Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB auslösen können. Daneben gibt es einige Vorschriften die bestimmte Personen wie Organe, Gesellschafter oder Handelsvertreter zur Geheimhaltung verpflichten.²³

Deliktischen Schutz können Geschäftsgeheimnisse gem. § 823 Abs. 1 BGB als Teil des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs erfahren. Auch dies gilt aber nicht uneingeschränkt, weil es nach ständiger Rechtsprechung eines unmittelbaren und betriebsbezogenen Eingriffs bedarf, der nicht vom Betrieb ohne weiteres ablösbare Rechte betrifft. Ob dies auf Geschäftsgeheimnisse zutrifft, ist zweifelhaft.²⁴ Schließlich kann auch ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB bei einer Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen greifen, aber hierfür muss ein Schädigungsvorsatz nachgewiesen werden. Insgesamt wurden die Rechtsfolgen dieses bisherigen Systems als unvollständig eingeschätzt.²⁵

2. Rechtslage nach dem GeschGehG

Der defizitäre Geschäftsgeheimnisschutz in der bisherigen Rechtslage rührte vor allem davon her, dass die Rechtsnatur von Geschäftsgeheimnissen unklar war. Da sie keine absoluten Rechte darstellten, kam eine deliktische Haftung gem. § 823 Abs. 1 BGB nach umstrittener Auffassung²⁶ nicht in Betracht und Schadensersatzansprüche mussten durch Umwege über Schutzgesetze oder Geheimhaltungsvereinbarungen begründet werden. Zwar handelt es sich bei Geschäftsgeheimnissen auch nach Einführung des GeschGehG nicht um absolute Rechte i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB, wie etwa immaterialgüterrechtliche Schutzrechte. Der Gesetzgeber hat sich aber nun zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen für einen schutzrechtsähnlichen Ansatz entschieden.²⁷

Im zweiten Abschnitt des GeschGehG ist in den §§ 6-14 ein differenziertes Anspruchssystem vorgesehen. Die Strafvorschriften der §§ 17-19 UWG wurden zwar erhalten und angepasst in § 23 GeschGehG aufgenommen, aber die zivilrechtlichen Ansprüche sind nun von den strafrechtlichen Sanktionen losgelöst. Das nun an die zivilrechtlichen Ansprüche des gewerblichen Rechtsschutzes angepasste Anspruchssystem ist auch in seinen Rechtsfolgen erweitert. Die möglichen Ansprüche des Geschäftsgeheimnissinhabers sind gerichtet auf:

- Beseitigung und Unterlassung der Beeinträchtigung (§ 6)
- Vernichtung und Herausgabe der im Besitz oder Eigentum des Rechtsverletzers stehenden Verkörperungen des Geschäftsgeheimnisses (§ 7 Nr. 1)
- Rückruf, dauerhafte Entfernung aus den Vertriebswegen, Vernichtung und Rücknahme der rechtsverletzenden Produkte vom Markt (§ 7 Nr. 2-5)
- Auskunft vom Rechtsverletzer über die Besitzer der rechtsverletzenden Produkte, deren Menge und Preise sowie über die Verkörperungen des Geschäftsgeheimnisses und dessen Offenbarer (§ 8 Abs. 1)
- *Schadensersatz bei Verletzung der Auskunftspflicht (§ 8 Abs. 2)
- *Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens wegen der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (§ 10)
- Haftung des Inhabers des Unternehmens, in dem der Rechtsverletzer beschäftigt oder für das er beauftragt ist (§ 12)
- Herausgabe des Erlangten nach Eintritt der Verjährung (§ 13)

*) verschuldensabhängig

Die Vorschrift des § 9 GeschGehG stellt die Geltendmachung der Ansprüche nach den §§ 6-8 Abs. 1 GeschGehG unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit im

17 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/4724, S. 24.

18 Näher hierzu *Maafßen*, GRUR 2019, 352.

19 *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1177.

20 Vgl. *McGuire*, GRUR 2016, 1001, 1006.

21 *Kraßer*, GRUR 1977, 177, 178, Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/4724, S. 1.

22 *McGuire*, GRUR 2016, 1001, 1005; vgl. auch *Ohly*, GRUR 2014, 1, 5.

23 Z. B. § 85 GmbHG, § 404 AktG, § 90 HGB.

24 *Ohly*, GRUR 2014, 1, 8.

25 *McGuire*, GRUR 2016, 1001, 1002; vgl. auch *Enders*, GRUR 2012, 25, 28.

26 Vgl. *Ann*, GRUR 2007, 39, 43.

27 Vgl. hierzu Fn. 6.

Einzelfall. Das führt zu einer flexibleren Regelungstechnik, als sie bislang aus dem „Alles-oder-nichts-Prinzip“ nach den Strafnormen folgte. Vielmehr wird dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses zunächst generell eine Rechtsposition zugeordnet, die dann durch die Ausnahmen des § 5 GeschGehG beschränkt wird.²⁸

Dogmatisch lässt sich die Veränderung durch die Abkehr von den strafrechtlichen Vorschriften wie folgt zusammenfassen: Bisher wurde dem potenziellen Verletzer des Geschäftsgeheimnisses vorrangig etwas verboten und jetzt wird dem Geheimnisträger etwas – schutzrechtsähnliches – zugeordnet.²⁹

IV. Schadensberechnung

1. Bisherige Rechtslage

Für die Berechnung des Schadensersatzes übertrug die Rechtsprechung auch bislang die Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht und gewährte die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung, d. h. wahlweise den konkreten Schaden einschließlich entgangenen Gewinns, eine angemessene Lizenzgebühr oder Herausgabe des Verletzergewinns.³⁰ Nicht völlig geklärt war bisher, ob sich aus dem Grundsatz der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB auch ein Auskunftsanspruch ergibt.³¹

2. Rechtslage nach dem GeschGehG

Die Methode der dreifachen Schadensberechnung ist nun, in Umsetzung des Art. 14 Abs. 2 der Geheimnisschutzrichtlinie, ausdrücklich in § 10 Abs. 2 GeschGehG festgelegt.³² In § 8 Abs. 1 GeschGehG ist jetzt auch ein konkreter Auskunftsanspruch des Geheimnissinhabers geregelt. Dieser ist zwar nicht von der Richtlinie vorgesehen, aber der Gesetzgeber hat sich für ihn entschieden, um den Geschäftsgeheimnisschutz effektiver auszugestalten und ihn weiter dem immaterialgüterrechtlichen Schutz³³ anzunähern.³⁴

V. Whistleblowing

1. Bisherige Rechtslage

Nach bisherigem Recht stellte sich zum einen die Frage, ob ein Whistleblower, der Arbeitnehmer eines Unternehmens ist und der Missstände gegenüber internen oder externen Stellen offenlegt, gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstößt und deshalb gekündigt werden kann. Zum anderen geht es um eine mögliche Strafbarkeit dieses Verhaltens. Beim Whistleblowing stehen sich die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB und das Recht auf Anzeigenerstattung aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG sowie die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG gegenüber, was eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall erfordert. Nach herrschender Meinung gilt hierbei ein Vorrang zumutbarer innerbetrieblicher Abhilfe.³⁵ Außerdem nahm die herrschende Meinung bisher an, dass ausschließlich die Staatsanwaltschaft Adressat eines externen Whistleblowings sein kann.³⁶

2. Rechtslage nach dem GeschGehG

In § 5 GeschGehG werden Ausnahmen für einen Verstoß gegen ein Handlungsverbot genannt. Nach § 5 Nr. 2 GeschGehG ist die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses nicht verboten, wenn dies zur

Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines Fehlverhaltens geschieht und zum Schutz des öffentlichen Interesses geeignet ist. Folgt hieraus eine Zulässigkeit des Whistleblowings, so entfällt auch eine Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG (dazu unten in Abschnitt VIII). Als gesetzgeberische Wertung kann § 5 GeschGehG auch in anderen Bereichen zu berücksichtigen sein und daher rechtfertigend etwa für vertragliche Pflichtverletzungen, deliktische Handlungen oder für einen Verstoß gegen § 203 StGB wirken.³⁷

Auffällig ist die weite Formulierung des Begriffes der „Aufdeckung“. Unklar ist, ob dieser als Erweiterung des Adressatenkreises verstanden werden kann und nun auch Presse und die sonstige Öffentlichkeit umfasst. Hierfür spricht, dass sich § 5 Nr. 2 GeschGehG nicht auf die Aufdeckung illegalen Verhaltens beschränkt,³⁸ sondern nach seinem Wortlaut und der Gesetzesbegründung³⁹ auch sonstiges unethisches Verhalten umfasst.

VI. Reverse Engineering

1. Bisherige Rechtslage

Reverse Engineering meint die Entschlüsselung von Geschäftsgeheimnissen aus Produkten selbst, wobei der Produktionsprozess vom fertigen Produkt rückwärts zur Ausgangslage verfolgt wird. Nach dem bisherigen Geschäftsgeheimnisschutz, der sich vor allem aus den lauterkeitsrechtlichen Normen des UWG ergab, wurde diese Vorgehensweise dann als unlauter angesehen, wenn der mit ihr verbundene Analyseaufwand erheblich war. Dagegen ging die Rechtsprechung von einer Offenkundigkeit der Information aus und lehnte demnach das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses ab, wenn jeder Fachmann ohne größeren Zeit-, Arbeits- und Kostenaufwand zur Ableitung in der Lage wäre.⁴⁰

2. Rechtslage nach dem GeschGehG

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG ist die Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses erlaubt, wenn sie durch das Beobachten, Untersuchen, Rückbauen oder Testen eines Produkts geschieht, das öffentlich verfügbar gemacht wurde oder sich im rechtmäßigen Besitz befindet. Damit werden die Möglichkeiten des *Reverse Engineering* deutlich erweitert. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass keine Exklusivitätsrechte an als Geschäftsgeheimnis geschützten Informationen bestehen.⁴¹ Wie oben bereits dargelegt, unterscheiden sie sich darin gerade von Immaterialgüterrechten.⁴² Somit wird das Fehlen eines Patentschutzes nicht mehr durch den lauterkeitsrechtlichen Geschäftsgeheimnisschutz ausgeglichen.

28 *McGuire*, GRUR 2016, 1001, 1006.

29 Vgl. *McGuire*, GRUR 2016, 1001, 1007.

30 BGH, 18. 2. 1977 – I ZR 112/75, GRUR 1977, 539, 541 – Prozessrechner.

31 Vgl. *Ohly*, GRUR 2014, 1, 8 m. w. N.

32 Hierzu *Böhm/Nestler*, GRUR-Prax 2018, 181, 182 f.

33 Vgl. § 19 MarkenG, § 101 UrhG.

34 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/4724, S. 31.

35 BAG, 3. 7. 2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427, 430 – whistle blower.

36 *Brammsen*, in: MüKo-UWG, 2. Aufl. 2014, § 17 Rn. 61.

37 *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1179; von *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135, 137 f.

38 Ausführlich hierzu *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1179.

39 BT-Drs. 19/4724, S. 29.

40 BGH, 27. 4. 2006 – I ZR 126/03, GRUR 2006, 1044, 1046 – Kundendatenprogramm; BayObLG, 28. 8. 1990 – RReg. 4St 250/89, GRUR 1991, 694,

695 – Geldspielautomat.

41 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/4724, S. 25.

42 Abschnitt I. 2.

VII. Prozessrecht

1. Bisherige Rechtslage

Im Gerichtsverfahren besteht die besondere Gefahr, dass eine geheime Information der Öffentlichkeit bekannt wird und dadurch ihre Eigenschaft als Geschäftsgeheimnis verliert, etwa weil eine Offenlegung zur Begründung der Klage oder zur Verteidigung gegen sie nötig ist. Der bisher nur sehr eingeschränkte Geschäftsgeheimnisschutz in gerichtlichen Verfahren konnte Prozesse zu einem riskanten Unterfangen machen.

Ein Geheimnisschutz im Prozess steht oft im Konflikt mit den zivilprozessualen Grundsätzen der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit sowie mit dem Recht auf rechtliches Gehör.⁴³ Allenfalls konnte auf die Möglichkeit des Öffentlichkeitsausschlusses gem. §§ 172 Nr. 2, 174 Abs. 3 GVG und § 52 S. 2 ArbGG zurückgegriffen werden, womit sich aber eine Kenntnisnahme durch die andere Partei nicht verhindern lässt. Hinzu kommt, dass mangels Antragsrechts des Geheimnisträgers das Gericht nach eigenem Ermessen entscheidet und der Zugang zu Dokumenten unberührt bleibt.⁴⁴

Lediglich für einzelne Problemfälle hat die Rechtsprechung Lösungen entwickelt. So wird im sogenannten Düsseldorf Verfahren zum Nachweis einer Patentverletzung zu Beginn ein Sachverständigengutachten erstellt, das zunächst nur durch verschwiegenheitsverpflichtete Prozessvertreter eingesehen werden kann und vom Gericht freigegeben werden muss.⁴⁵ In einem in-camera-Verfahren, wie es in § 99 Abs. 2 VwGO vorgesehen ist, entfällt der Zugang einer Partei zu geheimen Dokumenten dagegen völlig. Dem Grunde nach hat der BGH ein solches Verfahren für den Zivilprozess aber abgelehnt.⁴⁶ Somit gab es bisher keinen einheitlichen und effektiven Geschäftsgeheimnisschutz im Zivilprozess.⁴⁷

2. Rechtslage nach dem GeschGehG

In Abschnitt 3 des GeschGehG befinden sich neue Regelungen zum Geschäftsgeheimnisschutz in Gerichtsverfahren. Dabei wird zunächst in § 15 die ausschließliche Zuständigkeit des LG des allgemeinen Gerichtsstandes geregelt. Zentral ist die Vorschrift des § 16. Hiernach können in Geschäftsgeheimnisstreitsachen, also solche, in denen Ansprüche aus dem GeschGehG geltend gemacht werden, streitgegenständliche Informationen nach gerichtlichem Ermessen als geheimhaltungsbedürftig eingestuft werden, wenn eine Partei dies beantragt. Rechtsfolge ist, dass alle an der Streitsache Beteiligten diese Informationen dann, auch nach Abschluss des Verfahrens, vertraulich behandeln müssen. Ansonsten können Ordnungsmittel festgelegt werden. Außerdem werden Akteneinsichtsrechte Dritter eingeschränkt.

Gemäß § 19 GeschGehG sind weitere gerichtliche Beschränkungen möglich, insbesondere kann der Zugang zu Dokumenten oder zur mündlichen Verhandlung auf bestimmte Personen beschränkt werden. Insofern bedarf es aber gem. § 19 Abs. 1 S. 2 GeschGehG einer Abwägung des Geheimhaltungsinteresses mit dem Recht auf rechtliches Gehör, effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren. Außerdem muss gem. § 19 Abs. 1 S. 3 GeschGehG mindestens einer natürlichen Person jeder Partei Zugang gewährt werden, sodass das Gesetz gerade kein zivil-

prozessuales in-camera-Verfahren schafft.⁴⁸ Vorgeschlagen wird aber eine Auslegung dahingehend, dass diese Person nur eine fachfremde sein darf, die mangels Sachkunde die Information nicht verwerten kann.⁴⁹

Solche Schutzinstrumente im Gerichtsverfahren, wie sie § 16 und § 19 GeschGehG vorsehen, waren dem deutschen Recht bislang fremd.⁵⁰ Dennoch wird ihre Beschränkung auf Geschäftsgeheimnissachen kritisch betrachtet, weil der Geheimnisinhaber dadurch nur partiell geschützt wird und es in anderen Gerichtsverfahren bei dem unzureichenden Schutz des GVG bleibt.⁵¹

VIII. Strafrecht

1. Bisherige Rechtslage

Die Strafbarkeit im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen war bisher vor allem im Nebenstrafrecht der §§ 17 - 19 UWG geregelt, die die Tatbestände des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, der Verwertung von Vorlagen sowie des Verleitens und Erbietens zum Verrat vorsahen. Hierbei handelte es sich um Sonderdelikte, die also eine bestimmte Täterqualifikation erfordern, mit überschießender Innentendenz, d. h. besonderen subjektiven Anforderungen. Hinzu kommen die Vorschriften des Kernstrafrechts, insbesondere die Verletzung von Privatgeheimnissen gem. § 203 StGB und die Verwertung fremder Geheimnisse gem. § 204 StGB.

2. Rechtslage nach dem GeschGehG

Mit der Einführung des GeschGehG werden die §§ 17 - 19 UWG aufgehoben und durch § 23 GeschGehG ersetzt. Dabei wird die erforderliche Täterqualifikation nur teilweise,⁵² die überschießende Innentendenz (Wettbewerbsabsicht, Eigen- oder Fremdnutz oder Schadenszufügungsabsicht) umfassend aufrechterhalten. Die Regelbeispiele des § 17 Abs. 4 UWG a. F. werden in § 23 Abs. 4 GeschGehG zur Qualifikation angehoben. Tathandlung ist jeweils das rechtswidrige Erlangen, Nutzen oder Offenlegen von Geschäftsgeheimnissen, wodurch einerseits die Terminologie des Strafrechts an die neuen Vorschriften angepasst wird und sich andererseits die Strafbarkeit eines Verhaltens nun nach dessen zivilrechtlichen Zulässigkeit richtet. Letzteres stellt insbesondere ein nach § 5 Nr. 2 GeschGehG zulässiges Whistleblowing straflos.

43 *McGuire*, GRUR 2015, 424, 428.

44 Vgl. *Hauck*, NJW 2016, 2218, 2222.

45 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl. 2015, § 140 c Rn. 22.

46 BGH, 18. 10. 1995 – I ZR 126/93, GRUR 1996, 217, 218 – anonymisierte Mitgliederliste, vgl. dazu *McGuire*, GRUR 2015, 424, 431.

47 *Semrau-Brandt*, GRUR-Prax 2019, 127, 127 f.; *Hauck*, NJW 2016, 2218, 2222 m. w. N.

48 *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 142 Rn. 7 a.

49 *Hauck*, NJW 2016, 2218, 2223.

50 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/4724, S. 35 ff.

51 *Ohly*, GRUR 2019, 441, 450; *Semrau-Brandt*, GRUR-Prax 2019, 127, 128 f.; *Hauck*, GRUR-Prax, 2019, 223, 225.

52 Eine Tat nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 GeschGehG muss als beschäftigte Person des Unternehmens begangen werden.

Hinweise der Redaktion:

Siehe zu dem Thema auch *Kalbfus*, „Rechtsdurchsetzung bei Geheimnisverletzungen – Welchen prozessualen Schutz gewährt das Geschäftsgeheimnisgesetz dem Kläger?“, WRP 2019, 692 ff. sowie *Alexander*, „Grundstrukturen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen durch das neue GeschGehG“, WRP 2019, 673 ff.