

Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb

vom 12. Mai 2014

zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 28.11.2013, COM (2013) 813 final

Das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb ist ein Forschungsinstitut der Max-Planck-Gesellschaft. Seine primäre Aufgabe ist die Grundlagenforschung zu rechtlichen und ökonomischen Fragestellungen im Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts. Fragen des europäischen Immaterialgüter- und Lauterkeitsrechts sind ein Schwerpunkt der Institutstätigkeit. Das Institut berät regelmäßig Regierungen und Parlamente auf nationaler und internationaler Ebene. Nachfolgend nimmt das Institut zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 28.11.2013, COM (2013) 813 final Stellung.

I. Allgemeine Bemerkungen

- 1 Die Initiative der Kommission zur Harmonisierung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen ist im Grundsatz zu **begrüßen**. Die derzeit in der EU bestehenden Unterschiede in den Rechtsordnungen der Mitgliedsländer erschweren die Rechtsverfolgung bei grenzüberschreitenden Tatbeständen.
- 2 Zwar ist bereits durch **Art. 39 TRIPS** ein Mindesttatbestand geschaffen worden, der von allen Unionsländern zu beachten ist. Es ist jedoch unklar, inwieweit die einzelnen Mitgliedstaaten diese Vorgaben tatsächlich umgesetzt haben oder darüber hinausgehen; dabei macht die unterschiedliche systematische Verortung des Geheimnisschutzes in den jeweiligen Rechtsordnungen die Lage sehr intransparent. Soweit Geschäftsgeheimnisse länderübergreifend rechtswidrig genutzt werden, ergibt sich aus Art. 6 (2) in Verbindung mit Art. 4 der ROM II-

Verordnung zwar die anwendbare nationale Rechtsordnung. Einer Verfälschung des Wettbewerbs auf verschiedenen Märkten kann damit jedoch schwerlich begegnet werden, solange der Rechtsschutz in den Mitgliedstaaten divergiert. Wirklich gleiche Wettbewerbsbedingungen können daher nur durch eine Harmonisierung des Geheimnisschutzes hergestellt werden.

- 3 Die Rechtsverschiedenheit belastet auch **Kooperationen** zwischen den Angehörigen verschiedener Mitgliedstaaten, soweit durch die Zusammenarbeit geheimes Know-how entsteht oder ausgetauscht wird. Dadurch kann die Neigung, solche Vereinbarungen einzugehen, negativ beeinflusst werden.
- 4 Zu berücksichtigen ist ferner der Einfluss der derzeit geltenden Rechtslage auf die **Mobilität von Erfindern** und anderen Personen, die Know-how generieren. Die Richtlinie wirkt sich insofern positiv auf deren Mobilität aus, als sich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Falle einer eindeutigen und harmonisierten gesetzlichen Regelung das Risiko einer (gerichtlichen) Auseinandersetzung mit dem früheren Arbeitgeber reduziert. Jedoch sollte die Neuregelung nicht zu einem verstärkten Einsatz von Wettbewerbsvereinbarungen oder umfangreicheren Geheimhaltungsvereinbarungen führen, die negative Auswirkungen auf Mitarbeitermobilität sowie Aus- und Neugründungsaktivitäten von Erfindern und sonstigen Personen haben.
- 5 Im Interesse einer den Binnenmarkt fördernden Regelung sind ferner unterschiedliche Anreize für Basis- und Folgeinnovationen gegeneinander abzuwägen, die von einem gesicherten Schutz geheimer Informationen einerseits und erleichterten Möglichkeiten ihrer Nutzung andererseits ausgehen. Grundsätzlich ist eine Harmonisierung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen aus Sicht innovativer Unternehmen zu begrüßen, da sie das Risiko des Verlusts geheimen Know-hows im Falle länderübergreifender Kooperationen senkt. Gerade die Anreize für Folgeinnovationen hängen jedoch von eindeutigen Regelungen ab, wann eine Nutzung von Know-how rechtswidrig ist und in welchem Umfang die Nutzung von Geschäftsgeheimnissen durch Reverse Engineering frei ist.
- 6 Festzuhalten ist somit, dass von einer Rechtsharmonisierung tendenziell **positive Effekte** zu erwarten sind. Dies setzt allerdings voraus, dass sie inhaltlich ausgewogen und hinreichend vollständig ist, ohne die notwendige Flexibilität der rechtlichen Beurteilung im Einzelfall zu gefährden.
- 7 **Inhaltliche Ausgewogenheit** kann dem Vorschlag im Großen und Ganzen attestiert werden; dies erweist sich vor allem bei den Schrankenbestimmungen des Art. 4 (dazu im Einzelnen noch unten III.) sowie z.T. auch bei den Vorschrif-

ten zur Rechtsdurchsetzung sowie zum Schutz der Vertraulichkeit im Verfahren; insoweit sind allerdings einige Korrekturen angebracht (s. unten, IV.).

- 8 Hinsichtlich der **Vollständigkeit** bestehen gewisse Lücken. So werden insbesondere jene wichtigen Fragen nicht angesprochen, die sich im Zusammenhang mit der nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht ehemaliger Angestellter ergeben. Auf der anderen Seite dürfte es im Rahmen einer solchen Richtlinie schwer sein, eine Regelung zu treffen, die der Komplexität und Vielgestaltigkeit möglicher Konfliktsituationen gerecht wird und dabei die Grundsätze des nationalen Arbeits- und Vertragsrechts respektiert. Es ist Sache des nationalen Rechts, die Vorgaben der Richtlinie entsprechend dem eigenen Regelungsansatz umzusetzen. Vorstellbar sind lediglich Hinweise allgemeiner Natur im Rahmen des Anwendungsbereichs, wie sie der Kompromissvorschlag der griechischen Präsidentschaft vom 4. März 2014 enthält, oder Ergänzungen des Verletzungs- oder Schrankentatbestandes (s. unten, II. und III.).
- 9 Ähnliches gilt für die gleichfalls nicht geregelten Fragen der Inhaberschaft an Geschäftsgeheimnissen innerhalb von Kooperationsverhältnissen einschließlich der Frage, wer in solchen Fällen deren Verletzung ggf. geltend machen kann. Die Regelung dieser Fragen kann von der Richtlinie nicht erwartet werden; sie sind zwischen den Beteiligten vertraglich zu regeln bzw. unterliegen bei Fehlen solcher Vereinbarungen den allgemeinen Bestimmungen des jeweils anwendbaren Rechts.
- 10 **Flexibilität** gewinnt der Vorschlag durch den „offenen“ Charakter der Tatbestände, die – im Anschluss an einen Katalog ausformulierter Kriterien – auf lauterkeitsrechtliche Wertungen verweisen. Statt der in der deutschen Übersetzung verwendeten Terminologie – „seriöse Geschäftspraxis“ – sollte es allerdings „lautere Geschäftspraktiken“ heißen, um den auch in der englischen Fassung („honest commercial practices“) zum Ausdruck kommenden Bezug zu Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ und damit zugleich Art. 39 TRIPS zu gewährleisten. Zwar birgt diese Regelungstechnik gewisse Risiken für den Harmonisierungszweck, zumal der Grundtatbestand lauterkeitsrechtlicher Verhaltensregeln im Verhältnis zwischen Gewerbetreibenden von der Rechtsangleichung im Rahmen der UGP-Richtlinie 2005/29/EG ausgenommen wurde und daher bisher nur im Zusammenhang mit spezifischen Tatbeständen – insbesondere im Markenrecht – Bestandteil des europäischen Acquis geworden ist. Gleichwohl ist die Anknüpfung an Art. 10^{bis} PVÜ, die bereits im bestehenden Unionsrecht zu finden ist, auch in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse sinnvoll; dies gilt nicht zuletzt, weil zu erwarten ist, dass sich bei der gebotenen unionsautonomen Auslegung – der ggf. vom EuGH die

Richtung gewiesen werden kann – Unterschiede in der Beurteilung auf Dauer überwinden oder zumindest abmildern lassen werden.

- 11 Die offene Formulierung der Verbots- und Schrankentatbestände steht schließlich auch mit der Grundentscheidung der Kommission in Einklang, den Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht als Exklusivrecht zu regeln (Erwägungsgrund 10), sondern ihn eher als **lauterkeitsrechtlichen Tatbestand** aufzufassen. Dabei bleibt allerdings unklar, ob diese systematische Einordnung verbindlichen Charakter hat, oder ob es den Mitgliedsstaaten freigestellt bleibt, Geschäftsgeheimnisse den Immaterialgüterrechten zuzuordnen, wie dies z.B. in Italien der Fall ist.
- 12 Die inhaltliche Bedeutung dieser Frage ist gering, soweit es um den materiellen Inhalt des Schutzes geht, da dieser ohnehin durch die Richtlinie selbst geregelt wird. Sie spielt jedoch eine Rolle, soweit es um die (subsidiäre) Anwendung der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EG (dazu unten Rdnr. 16) und um das nach der Rom II-Verordnung anwendbare Recht geht (dazu unten Rdnr. 17).
- 13 Um das Ziel der Harmonisierung sowie insbesondere die inhaltliche Ausgewogenheit des Vorschlags nicht zu gefährden, sollten die Vorschriften der Richtlinie durch nationale Regelungen weder unter- noch überschritten werden dürfen; die Richtlinie sollte also als **Vollharmonisierung** verstanden werden. Dies schließt eine Anwendung ergänzender Vorschriften zum Geheimnisschutz im nationalen Lauterkeitsrecht ebenso aus wie die Anwendung strafrechtlicher Vorschriften, die von einem anderen Schutzniveau ausgehen. Soweit der Kompromissvorschlag der griechischen Präsidentschaft lediglich eine Mindestharmonisierung vornehmen will, ist dieser Ansatz abzulehnen.

II. Anwendungsbereich der Richtlinie

1. Anwendung sonstiger Rechtsvorschriften

- 14 Die Richtlinie definiert den Anwendungsbereich positiv über die Bestimmungen in Art. 2 und negativ in Erwägungsgrund 28. Nach diesem Erwägungsgrund bleibt unberührt die Anwendung „etwaiger sonstiger relevanter Rechtsvorschriften in anderen Bereichen einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums, des Rechts auf Privatsphäre, des Zugangs zu Dokumenten und des Vertragsrechts“. Im Falle einer Überschneidung mit der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EG geht die vorgeschlagene Richtlinie als *lex specialis* vor. Diese Definitionen und Erwägungen lassen einige Fragen offen.

- 15 Zu begrüßen ist zwar der ausdrückliche Vorbehalt einer Anwendung sonstiger relevanter Rechtsvorschriften in anderen Bereichen einschließlich des Vertragsrechts. Damit wird u.a. klargestellt, dass arbeitsvertragliche Regelungen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen von dieser Richtlinie unberührt bleiben, denn die vorgeschlagene Harmonisierung des zivilrechtlichen Schutzes von Geschäftsgeheimnissen erfasst nicht unmittelbar das Arbeitsrecht. Der Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitgeber am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse und den Interessen der Arbeitnehmer an einer Nutzung redlich erlangten Wissens nach Ausscheiden aus dem Unternehmen muss auf der Ebene des in Art. 3 und 4 geregelten Schutzzinhalts erfolgen.
- 16 Nicht zufriedenstellend geregelt ist hingegen das Verhältnis der vorgeschlagenen Richtlinie zur Durchsetzungsrichtlinie. Erwägungsgrund 28 kann den Eindruck erwecken, dass die Durchsetzungsrichtlinie auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen grundsätzlich anwendbar ist und die Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen nur im Falle einer Überschneidung mit der Durchsetzungsrichtlinie Vorrang hat und diese verdrängt. Eine solche Interpretation ließe sich aber nur schwer mit dem lauterkeitsrechtlichen Ansatz der vorliegenden Richtlinie in Einklang bringen. Er spricht gegen eine Anwendung der für den Schutz von Immaterialgüterrechten geltenden Durchsetzungsrichtlinie. Um entsprechende Vorlagefragen an den Europäischen Gerichtshof zu vermeiden, sollte deshalb entweder in der Richtlinie selbst oder in den Erwägungsgründen deutlich gemacht werden, dass die Durchsetzungsrichtlinie auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht anwendbar ist.
- 17 Mit der lauterkeitsrechtlichen Qualifikation des Schutzes nach der vorgeschlagenen Richtlinie wäre auch die Frage der internationalprivatrechtlichen Anknüpfung des Geheimnisschutzes nach der Rom II-Verordnung beantwortet, die für unlautere Wettbewerbshandlungen andere Anknüpfungsregeln vorsieht als für Verletzungen von immaterialgüterrechtlichen Schutzrechten. Wird der Schutz von Geschäftsgeheimnissen dem Wettbewerbsrecht zugeordnet, sind Art. 6 und Art. 4 der ROM II-Verordnung anwendbar. Würde hingegen der relative Schutz nach Art. 3 der vorgeschlagenen Richtlinie als ein Schutzrecht qualifiziert, wäre Art. 8 Abs. 1 der Rom II-Verordnung einschlägig. Die Richtlinie sollte in dieser Hinsicht Klarheit schaffen und auf Art. 6 der Rom II-Verordnung verweisen.

2. Definition der Geschäftsgeheimnisse

- 18 Die Definition der Geschäftsgeheimnisse in Art. 2 (1), die weitgehend mit der Definition in Art. 39 (2) TRIPS übereinstimmt, ist prinzipiell zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Richtlinie geeignet. Durch das Erfordernis des kom-

merziellen Wertes wird in ausreichendem Maße sichergestellt, dass objektiv wertlose oder belanglose Informationen vom Schutz ausgeschlossen bleiben.

- 19 Gewisse Bedenken bestehen aber gegen das aus Art. 39 (2) TRIPS übernommene Kriterium, wonach Geschäftsgeheimnisse Gegenstand von „den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ sein müssen. Diese Voraussetzung wird in einigen TRIPS-Mitgliedsländern so verstanden, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen in jedem Fall explizite Vertraulichkeitsmaßnahmen oder -vereinbarungen verlangt. Insbesondere dann, wenn wertvolle Geschäftsgeheimnisse einem größeren Personenkreis zugänglich gemacht werden, kann ein solches Erfordernis in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen, wenn nachgewiesen werden muss, dass jede einzelne dieser Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet wurde. Das Ziel der Harmonisierung könnte durch eine unterschiedliche Rechtspraxis in diesem zentralen Punkt gefährdet werden.
- 20 Es sollte deshalb in einem Erwägungsgrund darauf hingewiesen werden, dass unter „den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ sowohl faktische Vorkehrungen wie z.B. die Aufbewahrung in einem Tresor oder Verschlüsselungen als auch explizit getroffene Absprachen verstanden werden können. Letztere müssen nicht zwingend auf Einzelabsprachen beruhen, aber insbesondere, wenn das Geheimnis einem größeren Personenkreis offenbart wurde, strikt und unmissverständlich sein.

3. Definition der „rechtsverletzenden Produkte“

- 21 Bedenken bestehen gegen die Definition der „rechtsverletzenden Produkte“ in Art. 2 (4). Schon der deutsche Begriff „rechtsverletzende Produkte“ ist nicht ganz unproblematisch, weil er suggeriert, dass diese Produkte ein Immaterialgüterrecht verletzen und nicht nur Früchte eines unlauteren Handelns im Wettbewerb sind. Der neutrale englische Begriff „infringing goods“ trifft den Kern besser. In der deutschen Fassung wäre es konsequenter, von „auf der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses beruhenden Produkten“ zu sprechen.
- 22 Insbesondere aber die Erfassung aller Produkte, deren „Konzeption, Qualität, Herstellungsprozess oder Marketing in erheblichem Umfang auf rechtswidrig erworbenen, genutzten oder offengelegten Geschäftsgeheimnissen basieren“, als rechtsverletzend geht zu weit. Konzeption, Qualität, Herstellungsprozess oder Marketing eines Produkts sind Kriterien, die zu einem Produkt in einem ganz unterschiedlichen Verhältnis stehen. Bei Konzeption und Herstellungsprozess kann der kausale Zusammenhang mit der Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses evi-

dent sein. Bei der Qualität eines Produktes kann dieser Zusammenhang schwerer nachzuvollziehen sein. Das Marketing von Produkten hat in aller Regel nichts mit der Nutzung von Geschäftsgeheimnissen zu tun. Der Produktvertrieb ist ein Folgeakt der Herstellung, aber nicht als solcher das Ergebnis der Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses. Sollte mit dem Marketing von Produkten als Basis rechtswidrig erworbener oder genutzter Geschäftsgeheimnisse an Fälle gedacht sein, in denen z.B. Kundendateien unerlaubt für die Produktvermarktung genutzt werden, so würde die Erfassung solcher Produkte als das Geschäftsgeheimnis verletzend weit über das Ziel hinausschießen.

- 23 Es sollte daher in der Definition in Art. 2 (4) das „Marketing“ als Anknüpfungspunkt für Produkte, die auf der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses beruhen, gestrichen werden; die „Qualität“ sollte außerdem durch den breiteren Begriff „Eigenschaften“ ersetzt werden, da auch andere Eigenschaften als die Qualität eines Produkt auf Geschäftsgeheimnissen beruhen können.
- 24 Der Begriff der verletzenden Produkte ist ferner insoweit problematisch, als seine zeitlichen Komponenten vage bleiben. So ist nicht klar, ob die Konsequenzen des Art. 3 (5) auch dann eintreten bzw. zeitlich unbegrenzt weiter gelten, wenn sie zwar auf dem unrechtmäßigen Erwerb eines Geschäftsgeheimnisses basieren, dieses jedoch später (ggf. durch Handlungen Dritter) den Geheimnischarakter verliert. Zwar mag der Hinweis auf legitime Interessen in Art. 4 (2) (e) die insoweit bestehende Lücke in gewissem Umfang füllen; es verbleiben jedoch erhebliche Unsicherheiten.

III. Schutzzinhalt

- 25 Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 3 (1) zu einem zivilrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung. Art. 3 (2) umschreibt den rechtswidrigen Erwerb, Art. 3 (3) die rechtswidrige Nutzung und Offenlegung. An dieser Regelung fällt auf, dass die Begriffe des Erwerbs, der Nutzung und der Offenlegung ohne Definitionen verwendet werden. Was ein Erwerb, eine Nutzung oder eine Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist, muss ggf. durch Auslegung ermittelt werden. Diese Regelungstechnik entspricht jedoch dem bereits oben hervorgehobenen offenen Charakter der Tatbestände.

1. Rechtswidriger Erwerb

- 26 Der rechtswidrige Erwerb wird in Art. 3 (2) definiert als vorsätzliche oder grob fahrlässige Begehung einer der im Einzelnen aufgeführten Verletzungshandlungen.

gen. Dazu zählen u.a. Diebstahl (b), Bestechung (c), Betrug (d), Verletzung einer Vertraulichkeitsvereinbarung oder Anstiftung zu einer solchen Verletzung oder einer anderen Verpflichtung zur Geheimhaltung (e) und jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen als mit einer seriösen Geschäftspraktik nicht vereinbar gilt (f). Diese Regelung des Tatbestandes des rechtswidrigen Erwerbs ist in mehrfacher Hinsicht verbesserungsfähig.

- 27 Zunächst ist festzustellen, dass die Verknüpfung der Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung mit Verschuldenselementen (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) verfehlt ist. Das schuldhafte Handeln des Verletzers darf grundsätzlich erst bei den Rechtsfolgen eine Rolle spielen. Der Schadensersatzanspruch setzt Verschulden voraus, während der Abwehranspruch verschuldensunabhängig ist. Soweit die in Art. 3 (1) aufgeführten Verletzungshandlungen an die strafrechtlichen Begriffe Diebstahl, Bestechung und Betrug anknüpfen, ist vorsätzliches Handeln impliziert. Das in (f) genannte „sonstige Verhalten“, das unter den jeweiligen Umständen als mit einer seriösen Geschäftspraktik nicht vereinbar gilt, ist eine Umschreibung der Unlauterkeit. Unlauteres Handeln kann es aber auch ohne Verschulden geben. Die Worte „vorsätzlich oder grob fahrlässig“ sollten daher in Art. 3 (2) gestrichen werden (s. dazu auch den Kompromissvorschlag der griechischen Präsidentschaft).
- 28 Nicht unproblematisch ist auch die Anknüpfung an strafrechtliche Tatbestände in Art. 3 (2) (b)-(d). Diese Tatbestände sind nicht harmonisiert und können daher in den einzelnen Unionsländern unterschiedlichen Inhalt haben. Dies gilt insbesondere für den Tatbestand der Bestechung, der im privatwirtschaftlichen Umfeld keine deutlichen Konturen aufweist. Wenn die Gerichte in den einzelnen Mitgliedstaaten der Beurteilung ihr eigenes Strafrecht zugrunde legen, wäre der Harmonisierungszweck gefährdet. Um sicherzustellen, dass statt eines solchen Rückgriffs auf nicht harmonisiertes Recht eine autonome Auslegung stattfindet, müssten die Tatbestände inhaltlich umschrieben werden, etwa indem auf das Entwenden von Unterlagen oder die Verschaffung der Information durch Täuschung, physischen oder psychischen Zwang sowie sonstige unlautere Mittel abgestellt wird (s. insoweit auch „Option B“ des Kompromissvorschlags der griechischen Präsidentschaft für Art. 3).
- 29 Der in Art. 3 (2) (e) erfasste rechtswidrige Erwerb durch Verletzung einer Vertraulichkeitsvereinbarung oder einer anderen Geheimhaltungsverpflichtung oder durch die Anstiftung zu einer solchen Verletzung ist ein Tatbestand des Erwerbs durch eine Person, die über eine andere Person in den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt ist. Solche Fälle des Erwerbs von Geschäftsgeheimnissen durch Dritte werden ausdrücklich in Fn. 10 zu Art. 39 Abs. 2 TRIPS

bei der Umschreibung der Handlungen genannt, „die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel zuwiderlaufen“. In der vorgeschlagenen Richtlinie sind Verletzungsfälle durch solche Drittpersonen oder Zweiterwerber von Geschäftsgeheimnissen in Bezug auf die Nutzung und Offenlegung in Art. 3 (4) geregelt. In Übereinstimmung mit Fn. 10 zu Art. 39 Abs. 2 TRIPS wird verlangt, dass diese Personen zum Zeitpunkt der Nutzung oder Offenlegung wussten oder unter den gegebenen Umständen hätten wissen müssen, dass der Ersterwerber das Geschäftsgeheimnis rechtswidrig genutzt oder offengelegt hat.

- 30 Vor dem Hintergrund der Fn. 10 des TRIPS-Abkommens erscheint die Fallgruppe des rechtswidrigen Erwerbs in Art. 3 (2) (e) unsystematisch platziert. Sie passt besser zur Regelung des Artikel 3 (4), die durch diesen Erwerbstatbestand durch eine Drittperson ergänzt werden sollte, die zum Zeitpunkt des Erwerbs wusste oder unter den gegebenen Umständen hätte wissen müssen, dass sie über eine andere Person in den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt ist, die dieses rechtswidrig erworben, genutzt oder offengelegt hat. Die Fallgruppe in Art. 3 (2) (e) könnte dann entfallen.

2. Rechtswidrige Nutzung und Offenlegung

- 31 Für die in Art. 3 (3) geregelten Tatbestände der rechtswidrigen Nutzung und rechtswidrigen Offenlegung gilt ebenfalls, dass sie nicht an die Voraussetzung eines vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handelns des Verletzers geknüpft werden sollten. Die Rechtswidrigkeit der Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses durch eine Person im Sinne des Art. 3 (3) (a), die das Geschäftsgeheimnis auf unlautere Weise erworben hat, darf nicht vom vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handeln dieser Person abhängig gemacht werden. Dies gilt auch für die Rechtswidrigkeit der Nutzung oder Offenlegung durch eine Person im Sinne des Art. 3 (3) (b) oder des Art. 3 (3) (c), die rechtmäßig an ein Geschäftsgeheimnis gelangt ist, es aber unter Verletzung einer Vertraulichkeitsvereinbarung oder einer anderen Geheimhaltungsverpflichtung oder unter Verstoß gegen eine vertragliche Nutzungsbeschränkung nutzt oder offenlegt. Auf Verschulden kommt es erst bei den in Art. 3 (4) erfassten Personen an, die über eine andere Person in den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt sind.
- 32 In Art. 3 (3) (c) könnte eine Klausel eingefügt werden, die in allgemeiner Form auf das rechtmäßige Interesse ehemaliger Angestellter Bezug nimmt, nicht in unangemessener Weise in der Nutzung ihres Erfahrungswissens eingeschränkt zu werden. Eine solche Klausel könnte etwa lauten „... es sei denn, die Verpflichtung beschränkt die Nutzung persönlicher Kenntnisse und Erfahrungen, die während eines Arbeitsverhältnisses oder sonstiger vertraglicher Beziehungen redlich

erworben wurden, in [grob] unangemessener Weise. Tarifvertragliche Regelungen oder [zwingende] Regelungen des nationalen Arbeitsrechts bleiben davon unberührt“.

3. Import und Export

- 33 Art. 3 (5) regelt den Verbotstatbestand für „rechtsverletzende Produkte“ (zur Unschärfe dieses Begriffs II.3.) und führt dabei neben dem bewussten und vorsätzlichen Herstellen, Anbieten oder Vermarkten solcher Produkte auch deren Import und Export auf. Durch Art. 6 (2) in Verbindung mit Art. 4 (1) der ROM II-Verordnung, die den lauterkeitsrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen dem Recht des Mitgliedstaates zuweisen, in dem der Schaden eintritt, werden der Import und Export als Verletzungshandlungen unabhängig von der Rechtslage im Import- oder Exportland erfasst. Danach dürfte allein das Recht des Mitgliedstaates maßgebend sein, von dem aus der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses seinen Geschäftsbetrieb führt. Liegt nach diesem Recht eine Verletzung vor, so beruhen die gestützt auf dieses Geheimnis hergestellten Produkte auf einer Rechtsverletzung. Jeder grenzüberschreitende Vertrieb solcher Produkte innerhalb der EU ist eine rechtswidrige Nutzung.
- 34 Das Verbot des Imports und Exports bezieht sich seinem Wortlaut nach auch auf den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten. Damit ordnet die Vorschrift Beschränkungen des freien Warenverkehrs im Sinne von Art. 34 AEUV an. Diese Rechtsfolge wäre zwar primärrechtlich zulässig, da sie den Erfordernissen der Lauterkeit des Handelsverkehrs im Sinne der Cassis de Dijon-Rechtsprechung entspricht. Jedoch sollte der europäische Gesetzgeber keine Beschränkungen einführen, die spezifisch auf den Grenzübertritt von Waren innerhalb des Binnenmarktes abstellen. Für den Schutz bei einem Warenvertrieb zwischen den Mitgliedstaaten reicht es aus, wenn Art. 3 (5) das Anbieten und Vermarkten rechtsverletzender Ware verbietet. Das Verbot des Imports und Exports sollte dementsprechend auf den Warenverkehr mit Drittstaaten beschränkt werden. Problematisch ist überdies, dass dieses Verbot auch für die Einfuhr oder Ausfuhr durch Verbraucher zu gelten scheint. Da der bloße Gebrauch von Produkten, die auf einer Rechtsverletzung beruhen, aber keine rechtswidrige Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses ist, sollte die gesetzliche Regelung zusätzlich klarstellen, dass Art. 3 (5) auf den Import und Export durch Verbraucher keine Anwendung findet.

4. Reverse Engineering

- 35 Der Katalog in Art. 4 (1) zur Rechtmäßigkeit des Erwerbs von Geschäftsgeheimnissen führt unter (b) das Reverse Engineering auf. Diese Klarstellung ist zu begrüßen, zumal die Rechtslage in den Mitgliedsländern in diesem Punkt bisher divergiert. Nach der Systematik der Richtlinie bedeutet diese Freigabe des Erwerbs durch Reverse Engineering, dass auch jede nachfolgende Nutzung rechtmäßig ist. Eine Differenzierung zwischen Erwerb und Nutzung ist nicht möglich. Auch diese Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen; sie wirft jedoch Fragen auf.
- 36 Zum einen bleibt die Regelung im Ergebnis weitgehend wirkungslos, soweit es um das Reverse Engineering von Software geht. Für urheberrechtlich geschützte Software besteht diese Möglichkeit ohnehin aufgrund von Art. 6 der Software-Richtlinie 2009/24/EG; sie ist jedoch durch das Ziel begrenzt, die notwendigen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität mit einem unabhängig geschaffenen Programm zu erhalten; sie gestattet also gerade keine Nutzung der Software selbst. Nach Erwägungsgrund 28 lässt die Richtlinie diese Regelung unberührt.
- 37 Zum anderen ist die uneingeschränkte Freigabe der Nutzung von Geschäftsgeheimnissen durch Reverse Engineering nicht unproblematisch, soweit sie sich in Wirtschaftsbereichen auswirkt, in denen – anders als bei Software – kein immaterialgüterrechtlicher Schutz besteht, obwohl erhebliche Investitionen in die Produktentwicklung getätigt werden. Beispielhaft zu nennen ist insoweit die Kosmetikindustrie, die erhebliche Investitionen in ihre Parfümprodukte tätigt; das dabei generierte Know-how kann jedoch relativ leicht durch Reverse Engineering entschlüsselt werden. Die unbegrenzte Nutzung solchen Know-hows erscheint nicht unbedenklich, soweit es sich als substanzielle Bedrohung der betroffenen Unternehmen erweisen oder zu einem Marktversagen führen könnte, indem solche Produkte nicht mehr hergestellt würden. Insoweit ist zu überlegen, ob es nicht anstelle der derzeit bestehenden (nicht unproblematischen) Verbote, solche Produkte offen als Nachahmungen oder Replika zu bewerben, anderer Maßnahmen zum Schutz der betroffenen Interessen bedarf.

5. Rechtfertigungsgründe

- 38 Der in Art. 4 (2) vorgeschlagene Katalog der Rechtfertigungsgründe für einen Erwerb, eine Nutzung oder eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen ermöglicht den im Einzelfall notwendigen Ausgleich zwischen den Interessen des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses an dessen Schutz und den Interessen Dritter am Zugang, an dessen Nutzung oder Offenlegung. Insbesondere der

Rechtfertigungsgrund „zum Schutz eines legitimen Interesses“ unter (e) erfüllt diese Funktion des Interessenausgleichs. Soweit keine Ergänzung des Verletzungstatbestandes in Art. 3 (3) (c) vorgenommen wird, können jedenfalls in diesem Rahmen die Interessen ausgeschiedener Arbeitnehmer zum Tragen kommen, die ihr im Unternehmen redlich erworbenes Wissen nutzen wollen. Ggf. kann dies – durch eine entsprechende Ergänzung des Tatbestandes oder in der Präambel – ausdrücklich klargestellt werden.

- 39 Klarzustellen ist ferner in Art. 4 (2) (d), dass es sich bei der „nichtvertraglichen Verpflichtung“ um eine gesetzliche Verpflichtung handelt (s. dazu auch den Kompromissvorschlag der griechischen Präsidentschaft). Dabei ist allerdings bedenklich, dass der Formulierung der Vorschrift zufolge jegliche gesetzliche Auskunftspflicht die Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses zu rechtfertigen scheint, ohne dass eine Abwägung zwischen den Interessen, denen die Offenlegung dient, und der Schwere der Beeinträchtigung vorgenommen wird, die sich aus der Offenlegung (oder sonstigen Nutzung) ergibt. Zwar mag sich eine solche Abwägungspflicht aus den jeweiligen gesetzlichen Vorschriften ergeben (s. dazu EuGH Rs.C-390/13 – EMA/InterMune); sie sollte jedoch auch in die Richtlinie aufgenommen werden.

IV. Durchsetzung

1. Allgemeine Bestimmungen

- 40 Während Art. 5 eine allgemeine Verpflichtung zur gesetzlichen Ausgestaltung der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe für den zivilrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen enthält, verpflichtet Art. 6 zu einer verhältnismäßigen und vor missbräuchlicher Inanspruchnahme schützenden Anwendung dieser Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe durch die Gerichte im Einzelfall. Die von der Regelung in der Durchsetzungsrichtlinie abweichende besondere Betonung der Verhältnismäßigkeit als Anwendungskriterium der Justizbehörden ist zu begrüßen; das gleiche gilt grundsätzlich für die Hinzufügung des Schutzes vor missbräuchlichen Klagen.
- 41 Die Durchsetzungsrichtlinie sagt nichts dazu, ob und in welchem Umfang derjenige Ansprüche auf Schadensausgleich oder Genugtuung geltend machen kann, der zu Unrecht wegen Schutzrechtsverletzung in Anspruch genommen wird. Dadurch ergibt sich ein strukturelles Ungleichgewicht: Anders als Schutzrechtsinhaber, die sich auf einen Kernbestand einheitlicher Regelungen berufen können, ist für Personen, die in anderen Unionsländern oder womöglich unionsweit mit ungerechtfertigten Ansprüchen konfrontiert werden, ein einheitlicher

Grundtatbestand möglicher Ausgleichsforderungen nicht vorhanden. Die Schließung dieser Lücke in der vorgeschlagenen Richtlinie ist umso mehr zu begrüßen, als die ungerechtfertigte Inanspruchnahme wegen angeblicher Verletzung von Geschäftsgeheimnissen wegen der Art und Schwere des Vorwurfs zu erheblichen Nachteilen führen kann. Bereits im Vorfeld entsprechender Verfahren kann die Reputation des angeblichen Verletzers nachhaltig geschädigt und können bestehende Geschäftskontakte in Mitleidenschaft gezogen werden. Deshalb sollte jedenfalls dann ein angemessener Schadensausgleich stattfinden, wenn dem Anspruchsteller eine grobe Verletzung von Sorgfaltspflichten oder gar ein bewusst schädigendes Verhalten vorzuwerfen ist. In der Präambel (Erwägungsgrund 12) sollte zudem grundsätzlich klargestellt werden, dass die Sanktionen für die Geltendmachung ungerechtfertigter Ansprüche den gleichen Anforderungen an Effizienz und abschreckende Wirkung genügen müssen, die auch für Rechtsverletzungen gelten.

2. Missbrauchstatbestand

- 42 Während der dem Art. 6 (2) zugrunde liegende Gedanke daher zu begrüßen ist, erscheint die Formulierung nicht geglückt. Zunächst ist unklar, wie es zu einer Entscheidung der zuständigen Justizbehörden kommen soll, dass eine Klage offenkundig ungerechtfertigt ist und der Kläger das Verfahren in unredlicher Absicht eingeleitet hat. Üblicherweise wird ein Gericht bei einer Klage wegen rechtswidrigen Erwerbs, rechtswidriger Nutzung oder rechtswidriger Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses, die es für offensichtlich unbegründet hält, keine Entscheidung treffen, dass die Klage offenkundig ungerechtfertigt ist, sondern die Klage abweisen. Es ist daher klarzustellen, dass es um die Möglichkeit einer Klage oder Widerklage des Adressaten ungerechtfertigter Ansprüche wegen Geheimnisverletzung geht.
- 43 Ferner ist insbesondere unklar, welche Sanktionen – abgesehen von der dem nationalen Recht vorbehaltenen Möglichkeit zur Verurteilung von Schadenersatz sowie der ausdrücklich erwähnten Anordnung der Urteilsveröffentlichung – die Justizbehörden verhängen können, wenn sie eine Klage wegen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen für offensichtlich ungerechtfertigt und in unredlicher Absicht erhoben halten. Für die Zwecke einer wirksamen und abschreckenden Missbrauchsregelung ist es wenig sinnvoll, die Gewährung von Schadenersatz von der Harmonisierung auszuschließen. Der Änderungsvorschlag der griechischen Präsidentschaft ist insoweit zu begrüßen. Außerdem erscheint es zu eng, die Sanktionierung ungerechtfertigter Inanspruchnahmen auf die Erhebung unbegründeter Klagen zu beschränken. Bereits im Vorfeld von Verfahren können dem Gegner Nachteile entstehen, die ggf. Ausgleichsansprüche auslösen sollten.

- 44 Die Gefahr offenkundig ungerechtfertigter und missbräuchlich erhobener Klagen kann neben den Schäden, die dem zu Unrecht in Anspruch genommenen Beklagten durch Schädigung seiner Reputation, Verluste von Geschäftskontakten oder Behinderung des Marktzugangs entstehen, vor allem in der unter Umständen hohen Kostenlast liegen, die mit solchen Verfahren möglicherweise verbunden sind. Hier wäre eine Regelung hilfreich, die den Betroffenen vollen Ersatz der ihnen entstandenen Kosten zuspricht. Sie könnte selbst in denjenigen Mitgliedstaaten, die den obsiegenden Beklagten gesetzliche Kostenerstattungsansprüche einräumen, eine erhebliche Stärkung der Stellung dieser Beklagten bedeuten. Wenn mit einem in unredlicher Absicht eingeleiteten Verfahren für die Beklagten Kostenbelastungen verbunden sind, die über die gesetzlichen oder kraft richterlicher Anordnung bestehenden Kostenerstattungsansprüche weit hinausgehen, weil die Kosten der beauftragten anwaltlichen Vertreter nur auf vertraglicher Honorarbasis abgerechnet werden, so könnte ein Anspruch auf Erstattung auch dieser Kosten einen wesentlichen Beitrag zur Waffengleichheit der Parteien im Verfahren leisten und das oft bestehende strukturelle Ungleichgewicht zwischen Klägern und Beklagten in solchen Verfahren abmildern.

3. Verjährung

- 45 Die Regelung zur Befristung in Art. 7 ist im Unionsrecht unüblich. Mit Ausnahme der Sortenschutz-Verordnung Nr. 2100/94 existieren bislang weder im Immaterialgüterrecht noch im Lauterkeitsrecht unionsrechtliche Vorschriften zur Verjährung von Ansprüchen. Die vorgeschlagene Regelung des Art. 7 mit einer Verjährungsfrist von ein bis maximal zwei Jahren ab Kenntnis vom letzten Umstand, der Grund für die Klage war, erscheint im Übrigen unbefriedigend.
- 46 Klagen wegen rechtswidrigen Erwerbs, rechtswidriger Nutzung oder rechtswidriger Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses können völlig unterschiedliche Fallgestaltungen zugrunde liegen. Während es bei einem rechtswidrigen Erwerb oder einer rechtswidrigen Offenlegung in aller Regel um eine Einzelhandlung geht, wird eine rechtswidrige Nutzung meist als eine Wiederholung von gleichartigen Handlungen stattfinden. Insbesondere dann, wenn auf der Nutzungsebene die Herstellung oder der Vertrieb von Produkten, in denen sich das Geschäftsgeheimnis verkörpert, Streitgegenstand ist, steht keine Einzelhandlung im Mittelpunkt des Verfahrens, sondern eine Folge von immer wiederkehrenden Handlungen. Für sie kann bei entsprechender Kenntnis des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses entweder mit jeder Handlung eine neue Verjährung laufen oder aber die Verjährung insgesamt mit dem letzten Teilakt beginnen. Die einheitliche Anknüpfung in Art. 7 an die Kenntnis vom letzten Umstand, der Grund für die Klage war, lässt den Beginn der Verjährungsfrist in solchen Fällen eines Ver-

triebs verletzender Produkte, der während eines längeren Zeitraums stattfindet, offen. Die gesetzliche Regelung in Art. 7 sollte klarstellen, dass die Verjährung des Schadensersatzanspruchs bei fortgesetzten Handlungen mit jeder dieser Handlungen beginnt, während die Verjährung des Unterlassungsanspruchs mit dem Abschluss der letzten Handlung beginnt. Die Verjährungsfrist sollte außerdem einheitlich auf drei Jahre festgelegt werden.

4. Wahrung der Vertraulichkeit

- 47 Die Vorschriften in Art. 8 zur Wahrung der Vertraulichkeit in einem gerichtlichen Verfahren sind eine spezifische verfahrensrechtliche Regelung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Ohne besondere Maßnahmen zur Wahrung des Geheimnischarakters wäre die prozessuale Durchsetzbarkeit von Ansprüchen wegen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen in Frage gestellt. Bereits mit der Einreichung der Klage könnte der Geheimnischarakter entfallen und damit den Ansprüchen jedenfalls teilweise die Grundlage entzogen werden. Daran wird deutlich, dass Bestimmungen zur Wahrung der Vertraulichkeit ein zentrales Element einer gesetzlichen Regelung zur Durchsetzung von Ansprüchen wegen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen sein müssen. Dabei muss vor allem darauf geachtet werden, dass der zivilprozessuale Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht außer Kraft gesetzt wird. Dieser Grundsatz hat in den Mitgliedstaaten verfassungsrechtlichen Rang. In der Unionsgerichtsbarkeit lässt er sich aus dem in Art. 47 Abs. 2 der Grundrechte-Charta verankerten Recht auf ein faires Verfahren herleiten. Die vorgeschlagenen Regelungen in Art. 8 tragen diesem Grundsatz in der gebotenen Weise Rechnung.

5. Vorläufige Maßnahmen

- 48 Art. 9 (1) zählt die vorläufigen und vorbeugenden Maßnahmen auf, zu deren Anordnung gegen den angeblichen Verletzer die Gerichte der Mitgliedstaaten befugt sein müssen. Genannt werden die vorübergehende Einstellung oder das vorübergehende Verbot der Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses (a), das Verbot des Herstellens, Anbietens, Vermarktens oder der Nutzung von Produkten, die auf der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses beruhen, sowie ihrer Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung für diese Zwecke (b), und die Beschlagnahme oder Herausgabe der Produkte, die mutmaßlich auf der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses beruhen (c). Anders als die Durchsetzungsrichtlinie sieht die vorgeschlagene Vorschrift nicht die Möglichkeit vor, dass die Gerichte bei Verstößen gegen diese vorläufigen Verbote nach Maßgabe ihrer nationalen Rechtsvorschriften die Verhängung von Zwangsgeldern anordnen können. Diese Lücke sollte geschlossen werden. Ohne die Androhung von

Zwangmaßnahmen lässt sich nicht sicherstellen, dass vorläufige gerichtliche Verbote befolgt werden.

6. Fortsetzung der Verletzung gegen Sicherheitsleistung

- 49 Art. 9 (2) verpflichtet die Mitgliedstaaten bei den Vorschriften zu den vorläufigen Maßnahmen zu einer Regelung, wonach die Gerichte die Fortsetzung des Erwerbs oder der Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses von der Hinterlegung einer Sicherheit abhängig machen können. Es handelt sich dabei offenbar um eine Alternative zu einer vorläufigen Maßnahme. Der Erwerber oder Nutzer des Geschäftsgeheimnisses soll die Möglichkeit erhalten, die angeblichen Verletzungshandlungen gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen.
- 50 Diese Regelung stimmt zwar mit der Bestimmung des Art 9 (1) (a) der Durchsetzungsrichtlinie überein, in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse ist sie aber problematisch. Zunächst ist unklar, welche Fälle mit einer Fortsetzung des angeblich rechtswidrigen Erwerbs eines Geschäftsgeheimnisses gemeint sein sollen. Dieser Erwerb ist in der Regel eine Einzelhandlung einer bestimmten Person. Hat er einmal stattgefunden, kann er nicht fortgesetzt werden. Die Fortsetzung eines solchen Erwerbs ist allenfalls durch weitere Personen möglich, denen das rechtswidrig erworbene Geschäftsgeheimnis offenbart werden soll. Würde sie durch gerichtliche Anordnung zugelassen, wäre der Geheimnischarakter des angeblich verletzten Geschäftsgeheimnisses in Frage gestellt. Ebenfalls gefährdet sein könnte der Geheimnischarakter bei einer Fortsetzung einer angeblich rechtswidrigen Nutzung oder Verwertung nach gerichtlicher Anordnung einer Sicherheitsleistung. Die Interessen der Erwerber und Nutzer von Geschäftsgeheimnissen lassen sich in vorläufigen Maßnahmeverfahren in ausreichender Weise durch die Anwendungsvoraussetzungen für die Maßnahme gemäß Art. 10 (1) und (2) wahren sowie durch die Möglichkeit für das Gericht, gemäß Art. 10 (4) eine Sicherheitsleistung des Antragstellers anzuordnen.

7. Beurteilung der Verhältnismäßigkeit

- 51 Art. 10 (1) verpflichtet die Mitgliedstaaten in Anlehnung an Art. 9 (3) der Durchsetzungsrichtlinie zu einer Regelung, wonach die Gerichte die Glaubhaftmachung der Schutzvoraussetzungen (Geschäftsgeheimnis, Inhaberschaft) und der Verletzung (rechtswidriger Erwerb, Nutzung oder Offenlegung) verlangen können. Art. 10 (2) verpflichtet zu einer Regelung, wonach die Gerichte bei der Entscheidung über den Antrag auf vorläufige Maßnahmen und bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen eine Reihe bestimmter Kriterien zu berücksichtigen haben. Für diese Vorschrift gibt es in der Durchsetzungsrichtlinie

kein Vorbild; sie ist in ihrer jetzigen Form auch wenig geglückt. Sinnvoller erschiene es, klarzustellen, dass es auf die Berücksichtigung der spezifischen Umstände des Einzelfalles ankommt und die Aufzählung der Kriterien lediglich beispielhaften Charakter hat (s. dazu den Kompromissvorschlag der griechischen Präsidentschaft).

- 52 Vorläufige Maßnahmen setzen stets voraus, dass für den Rechtsschutz eine **Dringlichkeit** besteht und dem Antragsteller ein Warten bis zu einer Entscheidung im ordentlichen Verfahren nicht zuzumuten ist. Im Kriterienkatalog des Art. 10 (2) ist die Eilbedürftigkeit der Maßnahme jedoch nicht aufgeführt. Im Interesse einer möglichst harmonischen Rechtspraxis in den Mitgliedstaaten sollte sie in diesen Katalog aufgenommen werden.

8. Maßnahmen aufgrund einer Sachentscheidung

- 53 Art. 11 (1) verpflichtet die Mitgliedstaaten, bei festgestellter Verletzung (rechtswidriger Erwerb, rechtswidrige Nutzung oder rechtswidrige Offenlegung) folgende Sanktionen vorzusehen, die von den zuständigen Gerichten angeordnet werden können: Verbot der Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen (lit. a), Verbot des Herstellens, Anbietens, Vermarktens oder der Nutzung rechtsverletzender Produkte (lit. b) und geeignete Abhilfemaßnahmen hinsichtlich der rechtsverletzenden Produkte (lit. c).
- 54 Das ausdrückliche Verbot des Herstellens, Anbietens, Vermarktens oder der Nutzung rechtsverletzender Produkte in lit. b erscheint überflüssig. Nach Art. 3 (5) handelt es sich dabei um eine Nutzung des Geschäftsgeheimnisses, die bereits von Art. 11 (1) (a) erfasst wird.

9. Alternativer finanzieller Ausgleich

- 55 Der in Art. 12 (3) vorgesehene alternative finanzielle Ausgleich des Geschädigten ist ebenfalls eine Regelung, für die der optionale Art. 12 der Durchsetzungsrichtlinie als Vorbild gedient haben dürfte. Die Anordnung des Ausgleichs wird an die in lit. a bis lit. c genannten drei Voraussetzungen geknüpft. Erwägungsgrund 18 ist zu entnehmen, dass diese Möglichkeit eines alternativen finanziellen Ausgleichs gutgläubigen Zweiterwerbern eines Geschäftsgeheimnisses zugutekommen soll. Die Voraussetzung des lit. c „eine finanzielle Entschädigung der geschädigten Partei scheint nach vernünftigem Ermessen eine zufriedenstellende Lösung zu sein“ ist jedoch kaum justiziabel. Die gesetzliche Vorgabe sollte sich an Art. 12 der Durchsetzungsrichtlinie orientieren, der die Zahlung einer Abfindung vorsieht, wenn sie „als angemessene Entschädigung erscheint“.

10. Ansprüche auf Auskunft und Beweissicherung

- 56 Der Richtlinienvorschlag enthält keine Vorschriften zu Ansprüchen auf Auskunft und zur Beweissicherung. Da die Durchsetzungsrichtlinie wegen des lauterkeitsrechtlichen Charakters des Geheimnisschutzes auf die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen keine Anwendung findet, bliebe es insoweit beim nicht harmonisierten Recht der Mitgliedstaaten, was wegen der Rechtsunterschiede in diesem Bereich grundsätzlich unerwünscht ist. Zwar könnte eine einheitliche Regelung nach dem Vorbild der Durchsetzungsrichtlinie Bedenken erwecken, da Auskunfts- sowie Beweissicherungs- und –vorlagepflichten im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen leicht zu Ausforschungszwecken missbraucht werden können. Diese Gefahr kann jedoch gerade auch dann bestehen, wenn die Regelung in das nationale Recht verschoben wird. Bei einer Regelung durch die Richtlinie würde sich hingegen die Möglichkeit bieten, ebenso wie beim Schutz der Vertraulichkeit im Verfahren entsprechende Vorkehrungen sowie ggf. auch Einschränkungen der Ansprüche vorzusehen.
- 57 Die vorgeschlagene Richtlinie sollte deshalb auch bei diesen für den Geheimnisschutz besonders wichtigen Ansprüchen auf Auskunft und Beweissicherung zu einer Harmonisierung führen. Dabei wird darauf zu achten sein, dass die Regelungen der Durchsetzungsrichtlinie nur in einer auf die Besonderheiten des Geheimnisschutzes angepassten Form übernommen werden können. Auskunftsansprüche werden sich inhaltlich nicht allein auf die Vertriebswege, Mengen und Preise von Produkten beziehen können, die auf der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses beruhen. In Fällen eines rechtswidrigen Erwerbs oder einer rechtswidrigen Offenlegung geht es vielfach darum, die Namen der Personen in Erfahrung zu bringen, die in den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt sind. Nur so können weitere Verletzungen verhindert und kann das vollständige Ausmaß rechtswidriger Nutzungshandlungen festgestellt werden. Im Übrigen müsste sichergestellt werden, dass auch die Ansprüche auf Auskunft und Beweissicherung nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls gewährt und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden. Dabei könnte auf den für Unterlassungsverfügungen und Abhilfemaßnahmen geltenden Kriterienkatalog zurückgegriffen werden.