



Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 17. April 2018

Luc Desaunettes*, Reto M. Hilty**, Roland Knaak***, Annette Kur****

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 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 17. April 2018 (RefE-GeschGehG) Stellung.

I. Allgemeine Bemerkungen

1. Das vorgeschlagene Gesetz hat die Umsetzung der **Richtlinie (EU) 2016/943** (die Richtlinie; RL)¹ zum Ziel. Zu dieser Richtlinie hat sich das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (MPI) bereits positioniert.² Dabei hat das MPI die Initiative der Kommission zur Harmonisierung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen begrüßt, zugleich aber bedauert, dass die Richtlinie

* Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am MPI für Innovation und Wettbewerb, München (federführender Autor, unterstützt von Leonard Hollander, studentische Hilfskraft am MPI für Innovation und Wettbewerb, München).

** Prof. Dr., Geschäftsführender Direktor am MPI für Innovation und Wettbewerb, München.

*** Dr., Affiliated Research Fellow am MPI für Innovation und Wettbewerb, München.

**** Prof. Dr., Affiliated Research Fellow am MPI für Innovation und Wettbewerb, München.

¹ Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments 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.

² KNAAK, KUR, HILTY, *Comments of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 3 June 2014 on the Proposal of the European Commission for a Directive on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) against their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure of 28 November 2013, Com(2013) 813 Final (June 3, 2014)*, IIC 45(8) 2014, pp. 953-967, also available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2464971>.

keine Vollharmonisierung vorsieht. Die Richtlinie wurde auch inhaltlich für ausgewogen befunden. Sie basiert auf einer breiten Definition des Schutzgegenstandes (Art. 2 Abs. 1 RL) und gewährt einen weitreichenden Schutz (Art. 3, 4 RL), dem wiederum durch Ausnahmen (Art. 5 RL) und auf der Durchsetzungsebene durch eine umfängliche gerichtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall (Art. 7, 11 Abs. 1 und 13 Abs. 1 RL) Grenzen gesetzt sind. Letztendlich wies das MPI auf gewisse Regelungslücken hin – wie z.B. den nicht adressierten Fragenkreis um die nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht ehemaliger Angestellter –, deren Schließung daher den nationalen Gesetzgebern obliegt.

2. In materieller Hinsicht **entspricht der Referentenentwurf der Richtlinie**, was angesichts des Harmonisierungszieles und der Aufrechterhaltung der inhaltlichen Ausgewogenheit der Richtlinie zu begrüßen ist. Teilweise sind die bestehenden Abweichungen des Referentenwurfs vom Wortlaut der Richtlinie nachvollziehbar. Allerdings beschränkt sich der Entwurf auf die Umsetzung der Richtlinie, ohne die genannten Lücken zu füllen.
3. Formell ist die **Entscheidung, ein neues Stammgesetz** (das vorgeschlagene GeschGehG) zu erlassen, zu begrüßen. Denn eine Umsetzung innerhalb des UWG hätte dieses aus dem Gleichgewicht gebracht, da die Normen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen mehr als die Hälfte der Rechtsvorschriften dieses Gesetzes eingenommen hätten. Vor allem aber wird die Regelung in einem eigenen Stammgesetz der dogmatischen Stellung des Geschäftsgeheimnisschutzes zwischen unlauterem Wettbewerb und Immaterialgüterrecht gerecht.

II. Definitionen

1. Definition des Geschäftsgeheimnisses

a. Terminologie und Struktur

4. Bezüglich der gewählten **Terminologie** ist der **Wegfall der Unterscheidung zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen** zu begrüßen. Diese historische Unterscheidung war im deutschen Recht ohnehin nicht mehr von Relevanz, erweckte aber den irrigen Eindruck, dass nur gewisse Arten von Informationen geschützt seien. Auch wenn der nun allein verwendete Begriff des „Geschäftsgeheimnisses“ durch diese terminologische Zweiteilung im deutschen Recht vorbelastet ist, entspricht dies der Richtlinie, zumal die ausdrückliche Definition – sowohl in der Richtlinie als auch im Referentenentwurf – verdeutlicht, dass dieser Begriff nicht mehr im früheren, engen Sinn zu verstehen ist.

5. Im Hinblick auf die Definition des Geschäftsgeheimnisses sieht § 1 Abs. 1 lit. a) RefE-GeschGehG eine **Verschmelzung der ersten beiden Voraussetzungen** der Richtlinie vor, nämlich jener des Geheimnischarakters (Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL) und jener des kommerziellen Werts der Information (Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL). Diese Vorgehensweise erscheint im Hinblick auf den Wortlaut der Richtlinie zulässig, da er selbst einen Kausalzusammenhang zwischen den beiden Voraussetzungen schafft. Dort wird in der zweiten Voraussetzung ausgeführt: die Informationen „sind von kommerziellen Wert, weil sie geheim sind“ (eigene Hervorhebung). Wenn die zwei Voraussetzungen also materiell nicht unabhängig sind, ist es kohärent, sie auch im Gesetzestext nicht voneinander zu trennen. In rechtsvergleichender Hinsicht entspricht diese Definition auch jener in 18 United States Code §1839(3), wohl aber nicht der Umsetzung der andern EU-Staaten (und auch nicht der des Art. 39 TRIPS).
6. Diese Verschmelzung bekräftigt zugleich die Erkenntnis, dass **der kommerzielle Wert** der Information zumindest **auf der Definitionsebene nur eine begrenzte Rolle spielen wird**. Denn es ist anzunehmen, dass eine Information, die für gewisse Marktteilnehmer nicht zugänglich ist, ihren Inhabern einen Wettbewerbsvorteil verleiht, womit sich aus dem Geheimnischarakter automatisch ein kommerzieller Wert ergibt. Deutlich macht die Verschmelzung überdies, dass dieser potentielle Wettbewerbsvorteil genügt, um der Information einen kommerziellen Wert zuzusprechen. Im Ergebnis werden daher lediglich triviale Informationen der Anforderung des kommerziellen Werts nicht genügen, was auch die Begründung des Referentenentwurfs bestätigt. Die Herabsetzung der Anforderungen an den kommerziellen Wert ist Ausprägung des neuen, breit angelegten Schutzgegenstands des Geschäftsgeheimnisschutzes. Mit dieser Ausweitung des Schutzgegenstands auf der Definitionsebene korrespondiert die dem Richter auferlegte Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der Durchsetzungsebene, wo sowohl nach Art. 13 Abs. 1 lit. a) RL als auch nach § 8 Nr. 1 RefE-GeschGehG der Wert des Geschäftsgeheimnisses Berücksichtigung finden soll.

b. Geheimnischarakter

7. Die Definition des Geheimnischarakters ist bereits in der deutschen Fassung der Richtlinie mit einem **Übersetzungsfehler** behaftet, der seinen Weg bis in den Referentenentwurf geschafft hat. § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) GeschGehG, welcher der deutschen Fassung von Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL entspricht, sieht nämlich vor, dass die Information „weder insgesamt noch in ihren Einzelheiten [...] bekannt oder ohne weiteres zugänglich“ (eigene Hervorhebung) sein darf. Die Information darf demnach kumulativ weder in ihrer Gesamtheit noch in ihren Einzelheiten bekannt sein, um als geheim angesehen werden zu können. Dies steht jedoch nicht in Einklang mit dem

Wortlaut der anderen Sprachfassungen. So sieht die englische Fassung von Art. 2 Abs. 1 lit. a) RL vor, die Information sei „secret in the sense that it is not, as a body *or* in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible (...)” (eigene Hervorhebung). Dort stehen die beiden Möglichkeiten also nicht im Kumulativ-, sondern im Alternativverhältnis. Auch die französische, italienische und spanische Fassung der Richtlinie definieren den Geheimnischarakter mit dieser alternativen Formel. Der Unterschied zwischen den beiden Formulierungen ist nicht nur von theoretischer Bedeutung, sondern kann auch in der Praxis von erheblicher Relevanz sein, wie sich mit Blick auf die Schutzfähigkeit einer Zusammenstellung von im Einzelnen öffentlich zugänglichen Daten (z.B. Verkehrsdaten) zeigt. Nun sind prinzipiell zwar alle Sprachfassungen gleichrangig. Allerdings steht die deutsche Sprachfassung, soweit ersichtlich, in dieser Hinsicht alleine da, zumal der europäische Gesetzgeber die Definition des Art. 39 TRIPS übernehmen wollte, der ebenfalls ein Alternativverhältnis vorsieht. Zwar befindet sich der Regierungsentwurf in dieser Hinsicht im Einklang mit der deutschen Fassung der Richtlinie; sollte diese Formulierungen beibehalten werden, wäre die Definition im deutschen Recht allerdings restriktiver als jene in anderen Ländern.

8. Im Übrigen hat die Redaktion des Referentenentwurfs die in der Richtlinie (ebenso wie in TRIPS) explizit vorgesehene Voraussetzung des Geheimnischarakters, nämlich dass die fragliche Information weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen der **Anordnung oder Zusammensetzung ihrer Bestandteile** nicht bekannt ist, durch die Wendung „weder insgesamt **noch in ihren Einzelheiten**“ ersetzt. Diese Änderung des Wortlauts ist wohl stilistisch bedingt. Da jedoch ein inhaltlicher Unterschied zwischen „Einzelheiten“ und „Anordnung oder Zusammensetzung (von Bestandteilen)“ besteht, könnte dies zu materiellen Abweichungen bei der Definition des Schutzobjekts führen, die mit der Vorgabe der Mindestharmonisierung durch die Richtlinie nicht kompatibel wären. Es ist somit insoweit eine Rückkehr zum Wortlaut der Richtlinie zu empfehlen.

c. Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen

9. Die Voraussetzung der „**angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen**“ wird von höchster Praxisrelevanz und Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen sein, da diese Voraussetzung sowohl auslegungsbedürftig als auch stark einzelfallabhängig ist. Dieser Unsicherheit kann der deutsche Gesetzgeber jedoch nicht maßgeblich entgegenwirken, ohne sich dem Risiko ausgesetzt zu sehen, dem Gebot der Mindestharmonisierung nicht nachzukommen. Die Konkretisierung dieser Voraussetzung und die Etablierung einheitlicher europäischer Maßstäbe werden somit Sache der Rechtsprechung, vor allem des EuGH sein.

10. Anzumerken ist auch, dass der Referentenentwurf das Kriterium der Richtlinie vermissen lässt, dass die Geheimhaltungsmaßnahmen den „**Umständen entsprechend**“ angemessen sein müssen. Es ließe sich zwar einerseits argumentieren, dass dieses Kriterium in dem Merkmal „angemessenen“ bereits enthalten ist und ihm deshalb keine eigenständige Bedeutung zukommt. Andererseits könnte dieses Kriterium auch als Präzision, ja Erweiterung des Umfangs der Angemessenheitsprüfung verstanden werden: Die den „Umständen entsprechenden“ Maßnahmen könnten dann als Hinweis für den Richter verstanden werden, dass Umstände zu berücksichtigen sind, die nichts mit dem Geheimnis selbst zu tun haben, wie z.B. die Größe des Unternehmens; damit könnte in Bezug auf ein und dasselbe Geschäftsgeheimnis von einem Start-up weniger verlangt werden als von einem Weltkonzern.
11. Letztlich ist die unsystematische Präzisierung, dass diese Maßnahmen durch den „**rechtmäßigen Inhaber**“ (§ 1 Abs. 1 Nr.1 lit. b RefE-GeschGehG) getroffen werden müssen, zu kritisieren. Der Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses ist bereits definiert als die Person, die das Geheimnis „*rechtmäßig* erlangt hat“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 RefE-GeschGehG), was somit zu einer unnötigen Doppelung führt. Das gleiche gilt im Übrigen für § 3 Abs. 1 Nr. 1 RefE-GeschGehG, wo es um „*rechtmäßigen* Besitz des Inhabers“ geht. Für die Kohärenz des Entwurfs sollten diese Doppelungen vermieden werden.

d. Daten und Daten-Sets

12. Von besonderer Relevanz ist die Frage, ob **auch Daten und Datensets** unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses fallen können. Die Richtlinie nennt diese Möglichkeit in den Erwägungsgründen nicht explizit,³ weshalb diese Frage zuweilen verneint wird. Nach richtiger Auffassung ist sie aber zu bejahen. Denn Art. 2 Nr. 1 RL stellt auf das Vorliegen einer „Information“ ab, während es auf die Art und Weise ihrer Fixierung nicht ankommt. Ob die Information also auf Papier niedergeschrieben oder eben digital als Daten abgespeichert ist, spielt demnach keine Rolle. Ausschlaggebend ist einzig, ob die allgemeinen Voraussetzungen erfüllt sind, also der geheime Charakter der Information, der daraus resultierende wirtschaftliche Wert, sowie angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen. Für diesen Ansatz spricht im Übrigen, dass der Geschäftsgeheimnisschutz einen zusätzlichen Anreiz für das Teilen von Daten auf vertraglichem Wege zu bieten vermag. Auf diesem

³ DREXL, HILTY, DESAUNETTES, GREINER, KIM, RICHTER, SURBLYTE, WIEDEMANN, *Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten – Positionspapier des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb vom 16. August 2016 zur aktuellen europäischen Debatte*, available at: https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI-Stellungnahme_Daten_2016_08_16_final.pdf, §18-28.

Weg lässt sich zwar ohnehin der direkte Vertragspartner in die Geheimhaltung einbinden, doch fehlt dem Vertragsrecht die Drittwirkung des § 3 Abs. 3 RefE-GeschGehG. Solche Verträge über – digital verkörperte – Informationen sind für die datengetriebene Wirtschaft von immenser Bedeutung, weswegen eine diesbezügliche Klarstellung in der Gesetzesbegründung wünschenswert wäre. In der Begründung des Referentenentwurfs werden zwar „Unternehmensdaten“ als Beispiel für Geschäftsgeheimnisse genannt (S. 19); dieser Begriff stellt allerdings keinen *Terminus technicus* dar und ist somit nicht geeignet, für Rechtssicherheit zu sorgen. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass der EuGH möglicherweise über die Auslegung der Richtlinie hinsichtlich dieser Fragestellung zu entscheiden haben wird. Da die RL allerdings nur eine Mindestharmonisierung darstellt, würde eine restriktive Entscheidung des EuGH den deutschen Gesetzgeber nicht daran hindern, an einer insoweit großzügigeren Regelung festzuhalten.

2. Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses

13. Bei der **Definition des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses** weicht der Referentenentwurf von der Richtlinie ab. Für die Richtlinie (Art. 2 Nr. 2) reicht es, wenn die Person „die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis besitzt“, während sie in § 1 Abs. 1 Nr. 2 RefE-GeschGehG als die Person definiert wird, die das Geschäftsgeheimnis „rechtmäßig erlangt hat und das Geschäftsgeheimnis nutzen und offenlegen darf“. Diese Definition ist restriktiver als die der Richtlinie, da sie z.B. einen Lizenznehmer ausschließen könnte. Dieser hat zwar das Geheimnis rechtmäßig erlangt, kann aber in seiner Nutzungs- und Offenlegungsbefugnis beschränkt sein. Eine solche Begrenzung ist für die Sicherstellung, dass der Lizenzgeber den Schutz gegenüber dem Lizenznehmer nicht verliert, nicht erforderlich. Auch wenn der Lizenznehmer als „Inhaber“ gilt, weil er einen rechtmäßigen Zugang zu dem Geheimnis erlangt hat, kann er immer noch eine Verletzung im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 2 RefE-GeschGehG begehen und hierfür belangt werden. Hieran zeigt sich, dass die Frage der „Inhaberschaft“ letztlich keine wesentliche Rolle für die Anwendung der Bestimmungen des Geschäftsgeheimnisschutzes spielt. Es wird schließlich kein Immaterialgüterrecht geschaffen, welches einer klaren Zuweisung bedarf, sondern es wird ein Handlungsunrecht sanktioniert, das seine Grundlage in unlauterem Marktverhalten findet. Das Bestreben des Referentenentwurfs, die vielleicht unscharfe Formulierung der Richtlinie zu präzisieren, ist somit nicht notwendig und sorgt am Ende nur für mehr Unsicherheit. Daher ist eine Rückkehr zum Wortlaut der Richtlinie zu raten.

III. Schutzzinhalt

1. Generalklausel

14. **Der Verzicht** des Referentenentwurfs auf **eine Generalklausel bezogen auf die erlaubten Handlungen** ist zu befürworten. Bei der Definition der Verletzungshandlungen weist die Richtlinie eine hohe Flexibilität auf, was das MPI in seiner Stellungnahme begrüßt hatte. Erreicht wird jene vor allem durch zwei parallellaufende Generalklauseln in Art. 3 Abs. 1 lit. d und Art. 4 Abs. 2 lit. b RL, die auf ein Verhalten abstellen, das unter den gegebenen Umständen als mit einer seriösen Geschäftspraxis vereinbar bzw. – auf der Ebene des rechtswidrigen Erwerbs – nicht vereinbar gilt. Solche offenen Tatbestände ermöglichen es zwar dem Richter, die Lauterkeit der Handlungen im Lichte des Geschäftsgeheimnisschutzes flexibel zu beurteilen. Dennoch ist die gewählte janusköpfige Struktur aber problematisch. Sie ergibt mit Blick auf die Möglichkeit der flexiblen Anwendung des Rechts keinen Vorteil gegenüber einer einzelnen Generalklausel (entweder auf Ebene des rechtmäßigen oder jener des rechtswidrigen Erwerbs), sondern kann dazu führen, dass die zwei Generalklauseln nicht komplementär ausgelegt werden. Dies wiederum könnte entweder zur Schaffung einer Grauzone führen, die von keiner der beiden Generalklauseln gedeckt ist, oder aber zur Überlappung ihrer Anwendungsbereiche. Der Verzicht des Referentenentwurfs auf eine Generalklausel auf der Ebene der erlaubten Handlungen ist somit vernünftig.
15. Allerdings weicht die im Referentenwurf **gewählte Formulierung dieser Generalklausel** von der in der Richtlinie ab. Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. b) RL soll „jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen als mit einer *seriösen Geschäftspraxis* nicht vereinbar gilt“ (eigene Hervorhebungen) erfasst werden, was in § 3 Abs. 1 Nr. 2 RefE-GeschGehG als „jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen *nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheit entspricht*“, (eigene Hervorhebung) umgesetzt worden ist. Diese Abweichung hat zwei Folgen: einerseits korrigiert sie die Formulierung der deutschen Fassung der Richtlinie; andererseits begründet sie im deutschen Recht eine Parallele zwischen den Maßstäben für die Beurteilung der Lauterkeit von Marktverhalten in B2C- und B2B-Konstellationen.
- Die deutsche Fassung der Richtlinie wurde vom MPI mit dem Hinweis darauf kritisiert, dass die dort genannte „seriöse Geschäftspraxis“ eigentlich „lautere Geschäftspraktik“ heißen sollte, um den auch in der englischen Fassung („honest commercial practices“) zum Ausdruck kommenden Bezug zu

Art. 10bis Abs. 2 PVÜ und damit zugleich Art. 39 TRIPS zu gewährleisten.⁴ Anstatt lediglich diesen vorgeschlagenen Begriffswechsel vorzunehmen, findet sich nun im Referentenwurf eine weitergehende Konkretisierung des Begriffs. Diese entspricht einer Anlehnung an den in B2C-Konstellationen geltenden Maßstab der „unternehmerischen Sorgfalt“, die gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG definiert ist 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“ (eigene Hervorhebung). Der Maßstab des „*Treu und Glauben[s] unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten*“ soll mithin gleichermaßen zur Bemessung der Lauterkeit eines Marktverhaltens im B2B- und B2C-Bereich gelten. In B2C-Konstellation sind hierbei allerdings zusätzlich die Besonderheiten im Machtgefüge zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu berücksichtigen. Während dieser Ansatz zur Systematisierung des Lauterkeitsrechts zwar prinzipiell zu begrüßen ist, findet er auf EU-Ebene keine Entsprechung: Die Definition der unternehmerischen Sorgfalt ist in der Tat aus Art. 2 lit. h) der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) entnommen, deren Formulierung der EU-Gesetzgeber in der Geschäftsgeheimnisschutzrichtlinie (sei es absichtlich oder nicht) nicht gewählt hat.

Ob sich die Unterschiede in den Formulierungen der Richtlinien auch inhaltlich auswirken, wird der EuGH zu entscheiden haben. Der deutsche Gesetzgeber sollte jedoch dieser Rechtsprechung nicht durch eine von der Richtlinie abweichende Formulierung des Lauterkeitsmaßstabs vorzugreifen versuchen, zumal dies bei abweichender Entscheidungspraxis des EuGH zu Problemen führen würde.

2. Rechtsverletzende Produkte

16. Das MPI hatte bereits Bedenken gegen die in der Richtlinie vorgesehene Ausdehnung der Definition von rechtsverletzenden Produkten auf solche, deren „*Marketing* in erheblichem Umfang auf rechtswidrig erworbenen, genutzten oder offengelegten Geschäftsgeheimnissen basiert“ (eigene Hervorhebung) geäußert. Ein kausaler Zusammenhang zwischen den Charakteristika eines Produkts und seines **Marketings** ist schwer nachvollziehbar. Der Produktvertrieb kann zwar auf der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses basieren (wie z.B. auf einer Kundenliste, die rechtswidrig erworben wurde) – dies hat jedoch nicht (zwangsläufig) zur

⁴ S.a. Referentenentwurf S. 23 und für eine ausführliche Erklärung: HENNING-BODEWIG, GRUR Int. 2014, 997.

Folge, dass das vermarktete Produkt selbst von der Verletzung profitiert. Das MPI hatte deshalb davor gewarnt, dass die Erfassung solcher Produkte als rechtsverletzend weit über das Ziel hinausschießen würde. Trotz dieser Warnung ist die Formulierung der Richtlinie nicht geändert worden, sodass der deutsche Gesetzgeber den Tatbestand rechtswidriger Produkte nicht eigenmächtig begrenzen kann, ohne dem Erfordernis der Mindestharmonisierung zuwiderzuhandeln. Die Formulierung in § 1 Abs. 1 Nr. 4 GeschGehG, die auch das Marketing als Kriterium enthält, leidet deshalb an demselben Mangel wie die Richtlinie, ohne dass der Referentenentwurf dafür kritisiert werden kann. Folglich liegt es nun an der Rechtsprechung, diese zu weit geratene Formulierung einzugrenzen und eine Rechtsverletzung aufgrund der Vermarktung auf Grundlage von rechtswidrig erlangten Geschäftsgeheimnissen lediglich bei Marketingprodukten anzunehmen.

17. Klarheit schaffen könnte der Referentenentwurf mit Blick auf die praxisrelevante Frage, ob auch **Dienstleistungen** als rechtsverletzende Produkte verstanden werden können. Gemäß Art. 2 lit. c) UGP-RL ist unter Produkt „jede Ware und Dienstleistung“ verstehen. Damit ist kein Grund ersichtlich, warum im Bereich des Geheimnisschutzes nicht auch Dienstleistungen erfasst werden sollen. Die Richtlinie bleibt eine Antwort auf diese Frage nicht nur schuldig, sondern verwendet in den verschiedenen Sprachfassungen auch keine in sich stimmige Terminologie: Die englische und die französische Fassung legen – in Anlehnung an die Definitionen der UGP-RL – eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Waren nahe, während die deutsche Fassung, wie bereits dargelegt, beides erfassen könnte.

	Richtlinie (Art. 2 Nr. 4)	Kom. Vorschlag COM/2013/0813 final	UGP- RL (Art. 2. lit. c)
DE	rechtsverletzende Produkte	rechtsverletzende Produkte	„Produkt“ jede Ware oder Dienstleistung
FR	biens en infractions	produits en infraction	«produit»: tout bien ou service
ENG	infringing goods	infringing goods	‘product’ means any goods or service

Im Lichte der damit bestehenden Rechtsunsicherheit wäre der deutsche Gesetzgeber gut beraten, ausdrücklich zu regeln, dass rechtsverletzende Produkte sowohl Waren als auch Dienstleistungen sein können, denn entweder entspricht dies der Auslegung der Richtlinie, wie sie der EuGH später vornehmen wird oder aber das deutsche Recht erweitert den Geschäftsgeheimnisschutz insoweit, was im Lichte der Mindestharmonisierung zulässig wäre.

3. Bösgläubiger Dritter

18. Nach § 3 Abs. 3 RefE-GeschGehG darf derjenige das Geheimnis nicht nutzen oder offenlegen, der weiß oder wissen musste, „dass das Geschäftsgeheimnis entgegen Absatz 2 genutzt oder offengelegt worden ist.“. Diese Formulierung ist deutlich kürzer und damit grundsätzlich leichter verständlich als die Fassung von Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie. Dies führt jedoch insoweit zu einer **inhaltlichen Abweichung**, als die einschränkende Voraussetzung entfällt, dass der Besitz der Information unmittelbar oder mittelbar über eine andere Person erlangt worden sein muss, die das Geheimnis rechtswidrig im Sinne des Absatzes 3 genutzt oder offengelegt hat. Nach der Formulierung des Referentenentwurfs würde das Wissen darum, dass ein Dritter die Information rechtswidrig erlangt oder genutzt hat, die Nutzung des Geheimnisses auch dann verbieten, wenn der Nutzer selbst das Geheimnis auf legalem Wege (z.B. durch reverse engineering) erlangt hat. Auch insoweit ist daher eine Rückkehr zum Wortlaut der Richtlinie zu empfehlen.

4. Rechtfertigungsgründe

19. Wie bereits erwähnt, ist die Richtlinie insbesondere angesichts ihrer inhaltlichen Ausgewogenheit vom MPI begrüßt worden, die sie unter anderem durch die in Art. 5 vorgesehenen „**Ausnahmen**“ herstellt. Diese werden nun in § 4 RefE-GeschGehG allerdings als „**Rechtfertigungsgründe**“ bezeichnet. Dogmatisch sind Rechtfertigung und Ausnahme zu unterscheiden: Ausnahmen werden bereits von dem gesetzlichen Verbot nicht erfasst, während Fälle, die einen Rechtfertigungsgrund darstellen, prinzipiell als Verstoß einzuordnen sind und erst auf einer zweiten Stufe als zulässig erklärt werden. Dieser dogmatische Unterschied zwischen dem Referentenentwurf und der Richtlinie ist nicht ganz unbedenklich. Gemäß Art. 1 Abs. 1 UnterAbs. 2 RL können die Mitgliedsstaaten „einen weitergehenden als den durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Schutz (...) vorsehen, sofern gewährleistet ist, dass (...) Artikel 5 (...) eingehalten w[ird]“. Ob durch die Umwandlung der vorgesehenen Ausnahmen zu Rechtfertigungsgründen die Vorgaben von Art. 5 RL eingehalten sind, ist am Maßstab des *effet utile*, d.h. den praktischen Auswirkungen, zu beurteilen. Wie sowohl die Begründung des Referentenentwurfs (S. 24) als auch die Wendung „wenn dies... *erforderlich* ist“ in § 4 GeschGehG verdeutlichen, verlangt eine Rechtfertigungsprüfung eine richterliche Abwägung der Interessen des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses mit den in Rede stehenden Rechtfertigungsgründen, welche in der Richtlinie nicht explizit vorgesehen ist.

Auch ohne explizite Anordnung ist eine solche Abwägung in der Tat unabdingbar, da nicht jede Berufung auf das Recht der Meinungsäußerung – angesichts der Reichweite dieses Recht – ausreichen kann, um sich dem Schutzbereich des GeschGehG zu entziehen; das gleiche gilt für die anderen

Rechtfertigungsgründe bzw. Ausnahmen. Ferner ist ungeachtet der dogmatischen Einordnung als „Ausnahme“ oder „Rechtfertigungsgrund“ nach allgemeinen Grundsätzen davon auszugehen, dass diejenige Partei, die sich auf das Vorliegen eines solchen Tatbestandes beruft, dessen Voraussetzungen in einem ersten Schritt darlegen und Beweise anbieten muss. Unterschiede können sich jedoch insoweit ergeben, als es um die Feststellungslast nach erfolgter Beweisaufnahme sowie um die Frage geht, ob eine enge oder weite Auslegung des Tatbestandes vorzunehmen ist. Im Hinblick auf die zuletzt genannte Frage geht der EuGH davon aus, dass Schrankenbestimmungen eng auszulegen sind. Zwar gibt es für diese These keine sachliche Rechtfertigung; ihre Auswirkungen auf die Praxis können jedoch nicht ignoriert werden. Ob der EuGH seine Rechtsprechung auf Tatbestände ausdehnen würde, die als „Ausnahme“ gekennzeichnet sind, ist derzeit noch ungeklärt. Um den insoweit bestehenden Interpretationsspielraum nicht unnötig einzuschränken und dadurch womöglich den ‘effet utile’ der Umsetzung zu gefährden, sollte auch insoweit der Regelungstechnik der Richtlinie der Vorzug gegeben werden.

5. Lücke: Nachvertragliche Geheimhaltungsverpflichtung

20. Den Erlass eines Stammgesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen hätte der Gesetzgeber zum Anlass nehmen können, auch die Frage **des Geschäftsgeheimnisschutzes im Arbeitsverhältnis** – vor allem hinsichtlich nachvertraglicher Geheimhaltungsverpflichtungen ehemaliger Mitarbeiter – zu regeln. Die Richtlinie adressiert diesen Themenkreis trotz seiner enormen Praxisrelevanz nicht, was seitens des MPI bereits in der seinerzeitigen Stellungnahme kritisiert worden war. In Deutschland ist diese Frage derzeit nicht gesetzlich geregelt, sodass ihre Beantwortung bislang weitestgehend der Rechtsprechung überlassen war. Dass sich der Referentenentwurf der Schließung dieser Lücke nicht annimmt, ist bedauerlich. Damit bleibt zum einen die Rechtsunsicherheit bestehen, die sich aus teilweise uneinheitlichen Entscheidungen des BGH und des BAG ergibt; zum anderen bleibt es beim allgemeinen Defizit an Rechtsklarheit.

IV. Durchsetzung

1. Verhältnismäßigkeitsprüfung

21. Die **Ausgewogenheit** der Richtlinie beruht vor allem auf der umfangreichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, die vom Richter vor einer Anordnung der gewährten Ansprüche verlangt wird (Art. 7 und 13 Abs. 1 RL). Dies soll verhindern, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen dysfunktionale Effekte mit sich bringt, indem z.B. ein zu starker Schutz für triviale Informationen gewährt oder der als Abwehrinstrument gegen unlauteres

Marktverhalten konzipierte Geschäftsgeheimnisschutz als Mittel zur Verdrängung von Wettbewerbern von Markt missbraucht wird. Diese richterliche Befugnis, auf Grundlage einer Verhältnismäßigkeitsprüfung die Auswirkungen der Rechtsfolgen zu berücksichtigen, flexibilisiert den gesamten Rechtsrahmen.

22. Die Formulierung in § 8 RefE-GeschGehG, der von einem „**Anspruchsausschluss bei Unverhältnismäßigkeit**“ spricht, vermag die Befugnisse des Richters auf den ersten Blick zu beschneiden, soweit ihm die Möglichkeit verwehrt bliebe, die Ansprüche – insbesondere quantitativ – anzupassen, er mithin lediglich dann die Rechtsfolgen zu versagen hätte, wenn die Durchsetzung eines Anspruchs zur Unverhältnismäßigkeit führen würde. Allerdings wird die Gewährung eines Anspruchs in der deutschen (Gerichts-) Praxis gestützt auf einen Austausch zwischen den Parteien und dem Richter; der Richter sollte somit nicht nur passiv den Anspruch bei Unverhältnismäßigkeit ausschließen, sondern eine pro-aktive Rolle in dessen Festlegung ausüben können. Es könnte somit in der Praxis genügen, dem Richter die Möglichkeit eines Anspruchsausschlusses einzuräumen, um den gewünschten Flexibilisierungseffekt zu erreichen. Diese Flexibilität würde jedoch besser zum Ausdruck kommen, wenn das Wort „wenn“ im ersten Satz von § 8 RefE-GeschGehG durch ein „soweit“ ersetzt würde. Jedenfalls scheint die im Referentenentwurf gewählte Formulierung keinen Mehrwert im Verhältnis zur Richtlinie aufzuweisen. Eine Rückkehr zum Wortlaut der RL erscheint somit vernünftig.

2. Auskunftsanspruch

23. Mit dem in § 7 GeschGehG vorgesehenen **Auskunftsanspruch** des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses gegen den Verletzer schafft der Referentenentwurf ein Novum. Im Rahmen der Mindestharmonisierung ist der nationale Gesetzgeber in der Tat befugt, einen weitergehenden Schutz vorzusehen. Ein solcher Anspruch kann für den Geheimnisinhaber notwendig sein, um sowohl den Schadensumfang bestimmen zu können, als auch eine potentielle Weiterverbreitung des Geschäftsgeheimnisses gegenüber Dritten zu begrenzen. Ein solcher Anspruch ist im deutschen Recht im Bereich von Geschäftsgeheimnissen bisher nicht gesetzlich vorgesehen, weshalb er von der Rechtsprechung nur auf Grundlage des allgemeinen Zivil- und Lauterkeitsrechts gewährt wurde (zu den verschiedenen Anspruchsgrundlagen siehe: Ohly/Sosnitza, UWG, § 17, Rn. 55). Die ausdrückliche Gewährung dieses Auskunftsanspruchs weitet den Schutz von Geschäftsgeheimnissen aus und mag als Indiz dafür gewertet werden, dass dieser an den Schutz eines Immaterialgüterrechts angenähert wird.
24. Die Gewährung dieses Anspruchs wirft gleichzeitig die Frage auf, ob **§ 7 RefE-GeschGehG als abschließende Grundlage** für einen

Auskunftsanspruch anzusehen ist. Die Frage stellt sich umso mehr angesichts der bloßen Bezugnahme auf die Herkunft und den Vertriebsweg des *rechtsverletzenden Produkts*, nicht aber auf die Herkunft des Geschäftsgeheimnisses selbst. Es scheint somit zum Beispiel nicht möglich, über § 7 RefE-GeschGehG von einem bösgläubigen Dritten, der das Geschäftsgeheimnis von einer Person unter einer Geheimhaltungspflicht erlangt hat, den Namen des „Verräters“ zu verlangen. Ein solcher Anspruch könnte sich aber in gewissen Fällen als nötig erweisen, um eine lückenlose Geheimnissicherung zu gewährleisten. Freilich darf die Anordnung eines solchen Anspruchs nur unter strikter Einhaltung der zuvor erwähnten Verhältnismäßigkeitskontrolle erfolgen; denn im Einzelfall mag er gar nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig sein. Somit spielt der Richter auch in dieser Hinsicht eine ganz entscheidende Rolle.

3. Haftung des Inhabers eines Unternehmens

25. Zur Sicherung der Effektivität des Schutzes sieht § 11 RefE-GeschGehG die persönliche **Haftung des Inhabers** des rechtsverletzenden Unternehmens vor. Eine solche Haftung ist prinzipiell zu befürworten, wobei die Voraussetzungen dieser Haftung allerdings noch präzisiert werden könnten. Gemäß § 11 RefE-GeschGehG haftet der Inhaber des Unternehmens, sobald „der Rechtsverletzer Beschäftigter oder Beauftragter [des] Unternehmens“ ist. Eine entscheidende Begrenzung dieser Haftung findet sich aber in der Entwurfsbegründung (S.30): Die Verletzungshandlung muss in einem unmittelbaren Zusammenhang mit den von den Beschäftigten wahrgenommenen unternehmerischen Aufgaben stehen. Auch wenn diese Begrenzung also aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der Norm folgt, sollte sie aus Gründen der Klarheit direkt im Normtext des § 11 RefE-GeschGehG erfolgen.

4. Missbrauchsverbot

26. Das MPI hatte die Einführung eines **Missbrauchstatbestands** in Art. 7 Abs. 2 RL allgemein begrüßt. Die Umsetzung dieser Vorschrift in § 13 RefE-GeschGehG ermöglicht nun zwar eine volle Entschädigung des Anspruchsgegners, könnte allerdings durchaus noch mutiger sein. § 13 RefE-GeschGehG gewährt einen Anspruch auf Ersatz der für die Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen und sieht ferner vor, dass die Geltendmachung weiterer Ansprüche hierdurch unberührt bleibt. Als solche weiteren Ansprüche werden in der Begründung §§ 823 ff. BGB zitiert. Die Kombination dieser zwei Regime soll sowohl die Prozesskosten als auch die Schädigung der Reputation des Anspruchsgegners oder eine Markzugangshinderung kompensieren.

27. Dabei handelt es sich lediglich um Maßnahmen, die den Schaden des Anspruchsgegners kompensieren sollen. Art. 7 Abs. 2 RL erlaubt den Mitgliedstaaten weitergehend, auch **Sanktionen gegen den Antragssteller vorzusehen**. Solche Sanktionen scheinen in schweren Missbrauchsfällen erforderlich, da nicht nur der Anspruchsgegner, sondern die Gesellschaft als Ganzes Opfer des Missbrauchs werden kann. Beispielhaft sei der Fall genannt, in dem die Geltendmachung des Geschäftsgeheimnisschutzes zur Behinderung des Marktzugangs eines (potentiellen) Konkurrenten missbraucht wird, oder ein solches Verfahren gegenüber Journalisten missbraucht wird. Die Richtlinie gibt als Beispiel für solche Sanktionen die Anordnung der Veröffentlichung von Informationen über die getroffene Entscheidung. Es könnte die Möglichkeit vorgesehen werden, eine solche Maßnahme (auf Antrag des Antragsgegners) anzuordnen.

V. Verfahren

1. Zugangsbeschränkungen

28. Von der Pflicht gemäß § 18 Abs. 1 RefE-GeschGehG, wonach mindestens einer natürlichen Person jeder Partei zuzüglich je einem Vertreter **Zugang zu den Verfahrensdokumenten und -verhandlungen** zu gewähren ist, sollte in besonderen Fällen eine Ausnahme gemacht werden. Die Geheimhaltung des Verfahrens spielt in der Praxis des Geheimnisschutzes eine überragende Rolle. Wird die Vertraulichkeit des Geschäftsgeheimnisses während des Verfahrens nicht effektiv gewahrt, schreckt dies die Inhaber von Geschäftsgeheimnissen ab, solche Gerichtsverfahren einzuleiten. Die Vertraulichkeit sollte hierbei nicht nur gegenüber der Öffentlichkeit gewahrt bleiben, sondern auch zwischen den Parteien. In den meisten Fällen wird das Geheimnis dem Beklagten zwar ohnehin bekannt sein – jedoch nicht unbedingt in seiner ganzen Tragweite. Wäre der Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses, der eine Verletzung desselben befürchtet, faktisch dazu verpflichtet, den vollen Zugang zum Inhalt des Geheimnisses gegenüber dem (vermeintlichen) Verletzer Preis zu geben, so verlöre das Verfahren jegliche Attraktivität.

Gleichzeitig ist der Ausschluss der Gegenpartei angesichts des Rechts auf ein faires Verfahren und des daraus resultierenden Grundsatzes der Parteiöffentlichkeit nicht ohne weiteres möglich. Dieses Spannungsfeld wird in § 18 Abs. 1 RefE-GeschGehG (der dabei auf Art. 9 Abs. 2 RL basiert) damit zu lösen versucht, dass dem Richter die Möglichkeit zusteht, den Zugang gewisser Personen zu begrenzen, ohne dass sich etwas daran ändert, dass „jeweils mindestens einer natürlichen Person jeder Partei und einem ihrer Prozessvertreter oder sonstigen Vertretern Zugang zu gewähren“ ist. Diese Vorgabe, mindestens einer natürlichen Person jeder Partei zusätzlich zu deren jeweiligem Anwalt den Zugang einzuräumen, könnte aber die Achillesferse

des Vorschlags darstellen, wenn der Beklagte vor dem Prozess noch keinen (vollen) Zugang zum Geheimnis hatte. Angesichts der in jedem Fall anwesenden Anwälte ist die Anwesenheit einer weiteren natürlichen Person von untergeordneter Bedeutung. Dies gilt sowohl für die Durchführung des Prozesses als auch für die Absicherung seiner Fairness. Folglich wäre gegen diese Personen – im Gegensatz zu den Anwälten – im Falle eine Verletzung ihrer Geheimhaltungspflicht weder eine Strafverfolgung wegen Verletzung von Privatgeheimnissen gemäß § 203 StGB noch eine berufliche Sanktion möglich. Es wäre somit vernünftig, dem Richter in besonders begründeten Fällen die Möglichkeit zu lassen, die volle Zugangsmöglichkeit auf den jeweiligen Anwalt zu begrenzen. Dies würde zwar über die in Art. 9 Abs. 2 RL vorgesehenen Anforderungen hinausgehen – diese Vorschrift ist aber nicht Teil dessen, woran der Gesetzgeber gemäß Art. 1 Abs. 1 RL gebunden ist.

2. Ordnungsmittel

29. Um die Geheimhaltung des Gerichtsverfahrens zu sichern, verpflichtet Art. 16 RL die Mitgliedstaaten, im Fall von **Zuwiderhandlungen gegen die Geheimhaltungspflicht Sanktionen** vorzusehen, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind. In Umsetzung dessen legt § 16 RefE-GeschGehG fest, das Gericht könne „bei Zuwiderhandlungen gegen die Verpflichtungen nach § 15 Absatz 2 ein Ordnungsgeld bis zu 1 000 Euro oder Ordnungshaft bis zu einer Woche festsetzen“. Diese Regelung und deren Begründung (S.33) könnten den falschen Eindruck erwecken, dies stelle die abschließende Sanktionsmöglichkeit im Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Geheimhaltungspflicht im Gerichtsverfahren dar, was hinsichtlich des niedrigen Ordnungsgeldes kaum als wirksame Abschreckung bezeichnet werden könnte. Die Anwendung des § 16 RefE-GeschGehG im Rahmen eines ersten Verfahrens schließt die Eröffnung eines neuen eigenständigen Verfahrens wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses, die erst im Rahmen des vorangehenden Verfahrens begangen worden ist, jedoch nicht aus – und zwar sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich (vor allem § 22 RefE-GeschGehG).

Mit § 16 GeschGehG will der Referentenentwurf dem Richter noch im Rahmen der Verhandlung über die ursprüngliche Geheimnisverletzung eine sofortige, zusätzliche Sanktionsbefugnis an die Hand geben, um die Partei zu disziplinieren. Da es sich dabei um ein Ordnungsmittel handelt, kann dieses nicht nur bei vorsätzlichem, sondern auch bei fahrlässigem Verhalten zur Anwendung kommen, was seine pädagogische Lenkungsfunktion bezüglich der Geheimhaltung des Verfahrens noch erhöht. Dabei steht der *ne bis in idem* Grundsatz einer weitergehenden Verfolgung des Verletzers gemäß § 22 RefE-GeschGehG im Rahmen eines neuen, strafrechtlichen Verfahren auch laut der Rechtsprechung des BVerfG nicht entgegen (siehe z.B. BVerfGE 21, 378 (384)). Um aber schon gar nicht erst den Anschein zu

erwecken, dass mit § 16 RefE-GeschGehG jegliche Geheimnisverletzung im Rahmen des Verfahrens abgegolten sein soll, was seine pädagogische Wirkung erheblich untergraben würde, könnte entweder in § 16 RefE-GeschGehG oder zumindest in der Gesetzesbegründung ein Satz eingefügt werden, wonach die Festsetzung und Vollstreckung des vorgesehenen Ordnungsmittels strafrechtliche Sanktionen nicht ausschließt.

3. Gerichtszuständigkeit und Konzentrationsermächtigung

30. § 14 Abs. 2 RefE-GeschGehG sieht eine ausschließliche **örtliche Zuständigkeit des Gerichts vor, in dessen Bezirk der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand** hat. Mit dieser Vorschrift sind die alternativen besonderen Gerichtsstände der ZPO, insbesondere der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäß § 32 ZPO ausgeschlossen. Der Referentenentwurf weicht damit von der Regelung der örtlichen Zuständigkeit der Landgerichte in den verwandten Gesetzen wie dem Patentgesetz, dem Gebrauchsmustergesetz, dem Markengesetz, dem Designgesetz, dem Urheberrechtsgesetz und dem UWG ab, ohne dafür eine Begründung zu nennen. Solche Gründe sind auch nicht erkennbar. Die Gefahren des fliegenden Gerichtsstandes, die im Urheberrechtsgesetz zu einem Ausschluss des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung für Klagen gegen natürliche Personen und im UWG zu einer Begrenzung des Tatortgerichtsstands auf Klagen von Mitbewerbern geführt haben, sind bei Streitigkeiten, durch die ein Anspruch nach dem Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen geltend gemacht wird, nicht zu befürchten. Der Gerichtsstand nach § 32 ZPO sollte daher auch für Geschäftsgeheimnisstreitsachen zur Verfügung stehen und § 14 Abs. 2 des Entwurfs entsprechend geändert werden.
31. Die in § 14 Abs. 3 RefE-GeschGehG vorgesehene **Konzentrationsermächtigung** ist zu befürworten. Wie bereits angedeutet, basiert die Flexibilität des neuen Rechtsrahmens auf mehreren offenen – und somit auslegungsbedürftigen – Klauseln und auf der gerichtlichen Pflicht auf der Durchsetzungsebene, eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall vorzunehmen. Ferner ist das Verfahren (und die Sicherung der Geheimhaltung) selbst ein sehr sensibler Teil des Regelwerks. Der Richter – Garant seiner Ausgewogenheit und Effektivität – ist somit das Herzstück dieses komplexen Systems. Daher ist eine Spezialisierung des Richters in diesem Bereich unerlässlich. Der Referentenentwurf gibt den Bundesländern die Möglichkeit, die nötige richterliche Sachkunde innerhalb ihrer Grenzen zu bündeln und sogar die Jurisdiktion für mehrere Länder durch Staatsvertrag an ein einzelnes Gericht zu übertragen. Es ist zu hoffen, dass die Länder von diesem Instrument regen Gebrauch machen werden.

VI. Strafvorschriften

32. Die Richtlinie sieht selbst keine strafrechtlichen Sanktionen für den Fall einer Geschäftsgeheimnisverletzung vor. Aufgrund der vorgesehenen Mindestharmonisierung gemäß Art. 1 Abs. 1 UnterAbs. 2 RL steht es den Mitgliedstaaten jedoch frei, solche **Straftatbestände** einzuführen. Um die Grenzen des Art. 1 Abs. 1 UnterAbs. 2 RL zu wahren, können allerdings solche Handlungen nicht kriminalisiert werden, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen und gerade keinem der dort genannten Handlungsverbote unterliegen. Deshalb sollte in § 22 RefE-GeschGehG – und nicht nur in dessen Begründung – ausdrücklich geregelt werden, dass die zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe des § 4 RefE-GeschGehG entsprechend gelten. Wenn zum Beispiel § 22 Abs. 1 Nr.1 RefE-GeschGehG vorsieht, „mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (...) wird bestraft, wer (...) entgegen § 3 Absatz 1 Nummer 1 ein Geschäftsgeheimnis erlangt“, sollte klargestellt werden, dass die Rechtfertigungsmöglichkeiten von § 4 RefE-GeschGehG schon auf der Tatbestandsebene in Betracht kommen. Diese Klarstellung ist im strafrechtlichen Bereich umso wichtiger, weil der Gesetzgeber an den Bestimmtheitsgrundsatz gebunden ist. Eine solche Präzisierung wäre wohl nicht notwendig, wenn der Referentenentwurf die in der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen nicht als Rechtfertigungsgründe formuliert hätte. Auch im Fall eines Verweises ohne weitere Angabe wäre dann schon klar, dass die Handlung nicht vom Schutz erfasst ist.

München, den 18. Mai 2018