

**Prof. Dr. Christoph Ann LL.M. (Duke Univ.)**  
**o. Professor an der Technischen Universität München**  
**Munich Intellectual Property Law Center (MIPLC)**  
**vormals Richter am Landgericht Mannheim**

## **Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zum RegEntwf des "Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)"**

### **I. Relevanz gesetzlichen Geheimnisschutzes**

Alle Unternehmen, auch *nicht* technologiegetriebene, verfügen über **Unternehmensgeheimnisse**. Diese können sowohl technisch sein, als auch nicht-technisch. **Nicht-technisch Unternehmensgeheimnisse sind deutlich häufiger:**

Beispiel: Einkaufspreise im Fall VW/Ignacio Lopez.

Unternehmensgeheimnisse müssen geschützt werden.

Das über 100 Jahre alte deutsche Geheimnisschutzrecht tut das bis dato querschnittlich; vor allem in § 611 BGB (Arbeitsrecht) und in § 17 UWG (Lauterkeitsrecht), aber auch in zahllosen anderen Vorschriften fast aller Rechtsgebiete.

Das machte die Materie unübersichtlich und war lange ein Grund gewesen, warum das deutsche Geheimnisschutzrecht lange wenig beachtet worden war – nicht zuletzt auch im internationalen Vergleich!<sup>1</sup>

### **II. Regelungsansatz und Gesetzesbezeichnung**

Die **Konsolidierung des deutschen Geheimnisschutzrechts in einem Stammgesetz überzeugt!**

**Nicht überzeugend ist aber dessen Bezeichnung "Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)", denn diese Gesetzesbezeichnung verkennt zweierlei:**

1) **Erstens geht es keineswegs nur um nicht-technische *Geschäftsgeheimnisse*, sondern auch**

---

<sup>1</sup> Vgl. schon nur *Ann*, Know-how - Stiefkind des Geistigen Eigentums?, GRUR 2007, 39-43.

[Hier eingeben]

um **technisches Know-how, in Deutschland geläufig als Betriebsgeheimnisse**, vgl. § 17 UWG. Die Gesetzesbezeichnung lässt dies nicht erkennen. Das ist schlecht!

2) **Zweitens geht es explizit um den Geheimnisschutz**, was die Kurzbezeichnung "GeschGehG" nachgerade verschleiern. Warum Gesetzesbezeichnung und Kurzbezeichnung so wenig aussagekräftig sein sollen, ist nicht nachvollziehbar. Stattdessen widerspricht es dem Grundsatz, dass deutsche Gesetze nicht nur etwas für Experten, sondern allgemeinverständlich sein sollen.

Auch die Richtlinie spricht im Titel ausdrücklich von *vertraulichem Know-how und vertraulichen Geschäftsinformationen*. **Warum bildet die deutsche Gesetzesbezeichnung das nicht vollständig ab**, sondern übersetzt nur den Begriff "Trade Secret Act" ins Deutsche?

Das Unionsrecht fordert die Aufgabe etablierter Rechtsbegriffe nicht; schon gar nicht, wenn diese den Regelungsgegenstand korrekt wiedergeben.

**Ich schlage vor die Gesetzesbezeichnung zu ändern und das Gesetz zu nennen:**

*"Gesetz zum Schutz von vertraulichem Know-how und vertraulichen Geschäftsinformationen (Unternehmensgeheimnissen) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GehSchG)"*

Als **Geheimnisschutzgesetz** wird das Gesetz problemlos in den allgemeinen Sprachgebrauch eingehen, und auch seine Kurzbezeichnung **GehSchG** ist „knackiger“ und **allgemeinverständlicher** als das ungelenke und bestenfalls halbrichtige "GeschGehG".

### **III. Whistleblowing**

#### **1. Richtlinienvorgabe**

Nach Art. 5 RiLi muss der nationale Gesetzgeber sicherstellen, dass Rechtsschutz gegen den Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung von Unternehmensgeheimnissen nicht gewährt wird, wenn diese „zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit [erfolgt ist], sofern der Antragsgegner in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“.

**Privilegiert werden soll so das sog. Whistleblowing**, also der/die angebliche Erwerb, Nutzung, **Offenlegung von (eigentlich geschützten) Unternehmensgeheimnissen im öffentlichen Interesse**.

[Hier eingeben]

Wie Fälle aussehen sollen, in denen Nutzung privilegiert sein soll, ist unklar. **Erwägungsgrund (20) der RiLi spricht nur von Offenlegung, und das macht auch Sinn.** Nutzung im öffentlichen Interesse wird wohl immer der altruistischen Grundidee legitimen Whistleblowings widersprechen!

## 2. Konsolidierung von Geheimnisschutz einerseits und Whistleblowing andererseits

Art 5 RiLi erfordert eine Regelung von Whistleblowing im Geheimnisschutzkontext. Das bedeutet aber keineswegs, dass diese Regelung abschließend auch im Geheimnisschutzgesetz erfolgen muss.

Gerade die **Herangehensweise des Publikums spricht vielmehr für konsolidierte Regelungen: Geheimnisschutzrecht soll sich im GehSchG finden** (derzeit noch GeschGehG), **Whistleblowingrecht im WhistleblowerSchG.**

So würde auch vermieden, dass am Ende der Whistleblowingschutz querschnittlich aufgestellt ist, so wie aktuell noch der deutsche Geheimnisschutz.

Europarechtlich steht ein solches Vorgehen jedem Mitgliedsstaat frei, solange Richtlinienvorgaben korrekt und vollständig umgesetzt werden.

Weil für das GehSchG die Umsetzungsfrist drückt und weil der Zeithorizont für das WhistleblowerSchG noch nicht abschließend klar ist (der Erlass der entsprechenden Richtlinie soll wohl noch vor der EP-Wahl 2019 erfolgen), erscheint aus Fristgründen **aktuell die Schaffung einer Interimsregelung zum Whistleblowing im Geheimnisschutzkontext empfehlenswert.** Um deren spätere Konsolidierung frühzeitig deutlich und erkennbar zu machen, könnte diese Interimsregelung mit dem Vorbehalt versehen werden, später in einer Gesamtregelung zum Whistleblowing aufzugehen. Diese könnte dann auch schon erste Nachsteuerungen enthalten.

## 3. Grundsätze des Whistleblowerschutzes

Aus Sicht des Geheimnisschutzrechts **muss eine Regelung zum Schutz von Whistleblowern drei Anforderungen erfüllen:**

1) Erstens darf der grds gerechtfertigte Schutz von Whistleblowern nicht den gesetzlichen Geheimnisschutz wirkungslos machen. Gerade in Zeiten von Fake-News und Postfaktizität muss er darum auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die **Gründe, aus denen Whistleblower glauben,**

[Hier eingeben]

**Unternehmensgeheimnisse offenlegen zu müssen, ein gewisses Gewicht aufweisen.** Schon unethisches Verhalten (Verletzung von Umweltstandards, die zwar in Deutschland gelten, nicht aber am ausländischen Produktionsstandort) ausreichen zu lassen, erscheint sehr weitgehend und im Ergebnis bedenklich. Die Richtlinie erfordert eine Privilegierung nur bei Geheimnisverletzungen „zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit“.

2) Zweitens muss das **Vorliegen eines Rechtsverstoßes als Rechtfertigungsgrund zumindest soweit erhärtet** worden sein, dass sein Bestand einigermaßen sichergestellt ist. Er muss sicher nicht rechtskräftig festgestellt worden sein. Andererseits darf es aber nicht passieren - wiederum gerade in Zeiten von Fake-News und Postfaktizität -, dass sich am Ende herausstellt, dass der geschädigte Geheimnisinhaber sachlich nichts falsch gemacht hatte - sondern nur einer wilden Verschwörungstheorie nicht entschieden genug entgegengetreten war, die in seiner Belegschaft kursiert war.

3) Drittens brauchen - wiederum gerade in Zeiten von Fake-News und Postfaktizität - **Whistleblower Rechtssicherheit**. Vermutlich wird man sogar sagen müssen: lieber weniger Schutz und diesen verlässlich, als mehr Schutz und kaum kalkulierbar!

#### 4. Empfehlung zum Whistleblowerschutz

Erstens sollte im GeschGehG keine finale, sondern nur eine **Interimsregelung** für den Whistleblowerschutz im Kontext des Geheimnisschutzes erfolgen. Diese Regelung sollte im später nachfolgenden Whistleblowerschutz

Das spricht für die klare Grenze eines Rechtsverstoßes und eben nicht nur für etwas im entscheidenden Moment derart Unscharfes, wie ein unethisches Verhalten.

#### IV. Geheimnisschutz im Zivilprozess

**Der im deutschen Zivilprozess gewährte Geheimnisschutz ist unzulänglich; auch und besonders im EU-Vergleich!**

Zwar existieren Vorschriften zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen vor der Öffentlichkeit, nicht aber vor dem Prozessgegner. Dieses Problem, das oft als eine wenig erfreuliche Wahl zwischen

[Hier eingeben]

Pest (Prozessverlust) und Cholera (Geheimnisverlust) beschrieben wird, ist bekannt und besteht fort.<sup>2</sup> In der Richtlinie wurde das Thema soweit verwässert, dass *Hauck*<sup>3</sup> zurecht davon spricht, das Thema sei von einem „Herzstück“ zu einem „allenfalls mitgeregelten Nebenkriegsschauplatz“ herabgestuft worden.

Strukturell problematisch ist die aktuell vorgesehene Regelung, stets einer natürlichen Person jeder Streitpartei Zugang zum Geheimnis zu gewähren, um das gestritten wird. Dass das im RefE vorgesehene Ordnungsgeld von (lächerlichen) EUR 1.000 im RegE auf nun EUR 100.000 erhöht wurde, ist ein Fortschritt, löst aber nicht das Problem.

Stattdessen ist zu sehen, dass die **Wahrscheinlichkeit, dass ein Geheimnis offenkundig wird, exponentiell zu Zahl der Menschen wächst, die davon wissen.**

Auch hier wird es meist nur eine Frage kurzer Zeit sein, bis der/die Mitarbeiter/in einer Streitpartei, dem/der ein Geheimnis mitgeteilt worden war, seinem/ihrem Arbeitgeber Kenntnis davon gibt. Das ist vom Geschädigten schwer zu beweisen, und genau soll nicht sein!

Abhilfe bieten könnte die **Einführung eines in-camera-Verfahrens analog § 99 II VwGO, 86 FGO** auch im deutschen Zivilprozess. In vielen etablierten Rechtsstaaten gibt es so etwas. Freilich ist zuzugestehen, dass der dafür erforderliche Paradigmenwechsel im deutschen Zivilprozessrecht die Richtlinienumsetzung hier wohl überfrachtet hätte.

Gleichwohl: **dieses Thema wird sich auch weiter stellen!**

## **V. Sanktionen und Ausgleichsansprüche**

Die Sanktionen und Ausgleichsansprüche, die die Mitgliedsstaaten nach Art. 12-15 der Geheimnisschutzrichtlinie vorsehen müssen, sind erkennbar denen nachgebildet, die schon die Durchsetzungsrichtlinie<sup>4</sup> in Abschnitt 5 als „Maßnahmen aufgrund einer Sachentscheidung“ in ihren Art. 10-15 enthalten hatte.

---

<sup>2</sup> Vgl. nur *Stürmer* JZ 1985, 453, 457; *Ann* in *Ann/Loschelder/Grosch*, Kap 7, Rz 1 ff.; jüngst wieder *Hauck* NJW 2016, 2218, 2221.

<sup>3</sup> Nw. bei *Hauck* NJW 2016, 2218, 2223.

<sup>4</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums (ABIEG Nr. L 195 v. 2. 6. 2004, S. 16 [Abdruck der berechtigten Fassung]); abzurufen unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R(01)).

[Hier eingeben]

Bemerkenswert ist die noch stärkere Anlehnung von Art. 14 Geheimnisschutzrichtlinie an die aus Deutschland geläufigen Methoden zur dreifachen Schadenersatzberechnung.<sup>5</sup> Festgesetzt wird Schadenersatz grundsätzlich nach dem entgangenen Gewinn des Geschädigten oder nach dem Verletzererwerb. In geeigneten Fällen, vermutlich also wenn entgangener und Verletzererwerb nicht zu ermitteln sind, darf mit der Lizenzanalogie pauschaliert werden. Welche Praxis sich hier ausbilden wird, ist noch abzuwarten. Anders als gedacht, hat die Durchsetzungsrichtlinie beim patentrechtlichen Schadenersatz bis heute bekanntlich nicht zu einer auch nur näherungsweise Angleichung der Beträge geführt. Stattdessen urteilen die verschiedenen europäischen Patentstreitforen Schadenersatzbeträge (für Patentverletzungen) sehr unterschiedlich aus.

Die hier wirkenden Beharrungskräfte sind besonders deshalb bemerkenswert, weil die Zahl europäischer Patentstreitforen mit nennenswerten Fallzahlen an einer Hand abzählbar ist. Dass sich beim Geheimnisschutz ein EU-einheitliches Niveau rascher einschwingen wird, erscheint wenig wahrscheinlich. Das ist ungünstig, dem Zugriff des deutschen Gesetzgeber aber natürlich entzogen.

## **VI. Grundsatzfrage nach der Rechtsnatur von Unternehmensgeheimnissen bleibt ungeklärt**

Die Frage nach der Rechtsnatur von Unternehmensgeheimnissen – sind Sie geistiges Eigentum oder etwas anderes und, wenn ja, was? - wird im deutschen Recht schon immer diskutiert. In anderen EU-Mitgliedsstaaten unterscheiden sich die Ansätze. Das zeigen beispielhaft das deutsche und das italienische Recht.

Während Italien *informazioni segrete* in seinem *Codice della proprietà industriale* dem Geistigen Eigentum annähert, ist in Deutschland streitig, ob Unternehmensgeheimnisse (so wie „echte“ Immaterialgüterrechte, also zB Patente, Designs, Marken oder Urheberrechte) absolute Rechte im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB darstellen, ob sie also eigenständige Vermögensrechte sind. Die Richtlinie regelt das nicht. Eine klare Stellungnahme des BGH fehlt,<sup>6</sup> wenngleich auch von ihm bislang eine. Die

---

<sup>5</sup> BGH GRUR 1977, 539, 541 f. – Prozeßrechner; BGH NJOZ 2009, 301, 302, Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Aufl. 2016, § 17 Rz 58; zur dogmatischen Einordnung der Berechnungsmethoden und ihrem Verhältnis zueinander jüngst ebenso umfassend wie überzeugend Maute, Dreifache Schadens(ersatz)berechnung, Köln 2016.

<sup>6</sup> Eher im Sinne einer Einordnung als absolutes Recht wohl BGH GRUR 1955, 388, 389 – Dücko-Geheimverfahren; unter Hinweis darauf BGH GRUR 1955, 468, 472 – Schwermetall-Kokillenguß.

[Hier eingeben]

Ansichten in der Literatur sind geteilt.<sup>7</sup>

Obwohl wirtschaftlich kein Zweifel an der Schutzbedürftigkeit von Unternehmensgeheimnissen bestehen kann, spricht rechtlich einiges gegen ihre Qualifikation als eigenständige sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB; zumindest wenn man Zuweisungsgehalt und Ausschlusswirkung als Kriterien anlegt.<sup>8</sup> Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass auch Zugangsschutz faktisch eine Zuweisung an den Zugangsberechtigten bedeutet und dass die faktische Möglichkeit, durch Geheimhaltung den Zugang Dritter einzuschränken, Ausschlusswirkung entfaltet, ist beides für Geheimnisse nur in deutlich geringerem Maß gegeben als für Immaterialgüterrechte im engeren Sinn.

Geheimnisschutz ist letztlich nur Zugangsschutz, nicht aber Substanzschutz. Oder anders gewendet: während ein Patent eine bestimmte technische Problemlösung dadurch gegen deren Nutzung durch Dritte schützt, dass der Patentinhaber gegen nichtberechtigte Benutzer eine Patentverletzungsklage auf Unterlassung (Auskunft und Schadenersatz) erheben kann, wirkt Geheimnisschutz nur gegen widerrechtliche Aneignung oder Offenlegung eines Geheimnisses. Gesperrt wird gleichsam nur der Weg zum Geheimnis, nicht das Geheimnis als solches. Das zeigt sich dann, wenn ein Geheimnisinhaber sich verplappert. Dann ist das Geheimnis bekannt und entfällt jeder Schutz!

Geheimnisschutz erfordert also Geheimnisqualität, und diese geht bekanntlich sehr leicht verloren. Das macht den Geheimnisschutz schwächer als der Schutz anderer sonstiger Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB und scheint es zu rechtfertigen, Unternehmensgeheimnisse trotz ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Schutzbedürftigkeit nicht § 823 Abs. 1 BGB zu unterstellen; zumal dieses im Entwurf vorliegende Gesetz genau den Schutz bringen wird, dessen Erforderlichkeit früher immer als Grund für die Heranziehung von § 823 Abs. 1 BGB ins Feld geführt worden war.<sup>9</sup>

Gleichwohl: schon weil die Bedeutung von Information in der Wissensgesellschaft ständig steigt, sollte ein Geheimnisschutzgesetz klarstellen, wie sein Gegenstand im Verhältnis zu den klassischen geistigen Eigentumsrechten (Patent, Design, Marke oder Urheberrecht) einzuordnen ist und was aus

---

<sup>7</sup> Für die Qualifikation als absolutes Recht: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Aufl. 2016, § 17 Rz 53; Harte/Henning/Harte-Bavendamm, 3. Aufl. 2013, § 17 Rz 50; Staudinger/J. Hager, 1999, § 823 Rz B139; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 III 5b; Nastelski GRUR 1957, 1, 4, 6; Ohly GRUR 2014, 1, 8 f.; so wohl auch Soergel/Spickhoff, 13. Aufl. 2004, § 823 Rz 101; zurückhaltend MüKo/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz 228; dagegen Erman/Schiemann, 14. Aufl. 2014, § 823 Rz 40; Bamberger/Roth/Spindler, 3. Aufl. 2012, § 823 Rz 87; McGuire GRUR 2015, 424, 426; Hauck, NJW 2016, 2218, 2221.

<sup>8</sup> MüKo/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz 226; Jauernig/Teichmann, 16. Aufl. 2015, § 823 Rz 18.

<sup>9</sup> Vgl. schon Ann GRUR 2007, 39, 43 m. Nw.

[Hier eingeben]

dieser Einordnung folgt!

## **VII. Zusammenfassung**

Richtig ist, für die Bundesrepublik ein eigenes Geheimnisschutzgesetz zu schaffen. So wird die Schnittstellenexistenz der Materie beendet und die deutsche Regelungstechnik derjenigen anderer wichtiger Staaten angeglichen.

Während die Schaffung eines Stammgesetzes überzeugt, **ist unbefriedigend zunächst die Gesetzesbezeichnung**. Statt nur das englische „Trade Secret Act“ wörtlich ins Deutsche zu übersetzen, **sollte das Gesetz lieber eleganter und treffender heißen: *Gesetz zum Schutz von vertraulichem Know-how und vertraulichen Geschäftsinformationen (Unternehmensgeheimnissen) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GehSchG)***. Mit dieser Bezeichnung könnte auch jeder Nichtjurist etwas anfangen!

Unbefriedigend ist auch die Regelung zum Whistleblowing beim Geheimnisschutz. Angestrebt werden sollte hier nur eine **Interimslösung, die später in einem konsolidierten WhistleblowerSchG aufgehen wird**.

Diese Interimslösung darf 1) den Geheimnisschutz nicht zu weit durchbrechen, muss 2) auf Informationen beruhen, die mit nachvollziehbarem Aufwand überprüft wurden, und muss 3) Whistleblowern Rechtssicherheit geben!

Auch im EU-Vergleich unbefriedigend ist schließlich der Geheimnisschutz im Zivilprozess. Hier wird der Schutz von Unternehmensgeheimnissen der Parteien dadurch gefährdet, dass eine natürliche Person jeder Partei Zugang zu Geheimnissen erlangt, die im Streit stehen.