

Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes¹ zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung²

Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm (Hamburg)

Anlässlich der vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz beschlossenen Anhörung am 12. Dezember 2018 sollen einige wesentliche Gesichtspunkte des Gesetzgebungsvorhabens in der gebotenen Kürze zusammengefasst werden.

1. Ausgangspunkt

Die grundlegende Reformbedürftigkeit des deutschen Rechts zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen war in der Rechtswissenschaft und -praxis seit Langem unbestritten. Das seit Ende des 19. Jahrhunderts in seinen wesentlichen Zügen kaum veränderte Schutzsystem krankte vor allem daran, dass es rein strafrechtlich verankert war. Es fehlte deshalb an einer geschlossenen zivilrechtlichen Regelung, die als gleichermaßen effektiv wie ausgewogen gelten konnte. Es bedurfte offenbar eines Anstoßes „von außen“, um das Zivilrecht in den Mittelpunkt zu rücken und von seinen strafrechtlichen Fesseln zu befreien. In Zeiten zunehmender Digitalisierung einer international verflochtenen Wirtschaft sind Geschäftsgeheimnisse technischer und wirtschaftlicher Art einerseits wertvoller, andererseits gefährdeter denn je.

Den benötigten Impuls zu einer zeitgemäßen Neustrukturierung des Geheimnisschutzes verdanken die Mitgliedstaaten der Geschäftsgeheimnis-RL von 2016. Ihrem Erlass ging eine mehrjährige, sehr umfassende Erhebung des (innerhalb der Union zersplitterten und unbefriedigenden) Ist-Zustands voraus, gefolgt von einer breit angelegten Konsultation und einem auf Ausgleich verschiedenster Interessen bedachten legislativen Verfahren. Zu Recht wurde in den Erwägungsgründen der Richtlinie hervorgehoben, dass eine auf einem angemessenen Schutzniveau beruhende Rechtsangleichung eine wesentliche Voraussetzung für den grenzüberschreitenden Austausch vertraulicher technischer und wirtschaftlicher Informationen und damit für die Innovationsförderung im Binnenmarkt bildet.

2. Harmonisierungskonzept

Um näher beurteilen zu können, welchen Spielraum der deutsche Gesetzgeber bei der gebotenen Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben besitzt, ist ein Blick auf den von der Richtlinie beanspruchten Harmonisierungsgrad erforderlich. Aus den einleitenden Worten des Art. 1 Abs. 1 S. 2 ergibt sich, dass das von der Geschäftsgeheimnis-RL geschaffene Schutzniveau nicht unterschritten werden darf, während die Mitgliedstaaten einen über dieses Niveau hinausgehenden Schutz von

¹ Im Folgenden „GeschGehG“

² 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; im Folgenden „Geschäftsgeheimnis-RL“

Geschäftsgeheimnissen einführen oder beibehalten dürfen. Insofern scheint die Richtlinie nur einen Mindeststandard herbeiführen zu wollen; dies würde dem Konzept der Durchsetzungs-Richtlinie von 2004³ entsprechen, die eine effektivere Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zum Ziel hatte.

Anders als dort wird das Gestaltungsrecht der Mitgliedstaaten in Art. 1 Abs. 1 der Geschäftsgeheimnis-RL aber im gleichen Atemzug „nach oben“ begrenzt: Zahllose Einzelbestimmungen, darunter auch die wichtigen Artikel 3 (stets als rechtmäßig geltende Handlungen) und 5 (Ausnahmen) dürfen bei der Umsetzung in nationales Recht inhaltlich nicht verändert werden. Sie dienen in erster Linie der angemessenen Berücksichtigung von Interessen Dritter (wie Arbeitnehmern, Wettbewerbern, Forschungseinrichtungen, Medien) und der Allgemeinheit. Bei näherer Betrachtung erweist sich, dass dieser Strauß sakrosankter Bestimmungen die große Mehrzahl der wichtigsten Richtlinienvorschriften erfasst. Hinzu kommt, dass auch die Definition des „Geschäftsgeheimnisses“ als verbindlich betrachtet werden muss.

Im praktischen Ergebnis nähert sich die Geschäftsgeheimnis-RL daher einer Vollharmonisierung stark an. Entsprechend gering ist die Entscheidungsfreiheit der nationalen Gesetzgebungsorgane. Sie beschränkt sich im Wesentlichen auf die Erweiterung des Katalogs rechtswidriger Handlungen (Art. 4), die Anerkennung legitimer Interessen Dritter (Art. 5 Buchstabe d) und die Einführung zusätzlicher Rechtsbehelfe, wie sie etwa die Durchsetzungs-RL vorsieht.

3. Entwurf des GeschGehG

Vor diesem Hintergrund ist der vorliegende Entwurf des GeschGehG im Grundsatz als sehr gelungen zu bewerten. Er trägt dem aus deutscher Perspektive bestehenden Reformbedarf Rechnung und bewegt sich gleichzeitig – von kleineren Grauzonen abgesehen – sicher auf dem Boden der Geschäftsgeheimnis-RL. Dabei schöpft er den verbliebenen Gestaltungsspielraum in weitgehend überzeugender Weise aus. Infrage gestellt wird Letzteres in der rechtswissenschaftlichen Literatur am ehesten in Bezug auf den von gewichtigen Stimmen als noch nicht als ausreichend angesehenen Schutz von Geschäftsgeheimnissen in gerichtlichen Verfahren (Art. 9, §§ 15 bis 19 des GeschGehG). Bedauert wird z.T. auch, dass für bestimmte Situationen der Beweisnot nicht – wie in der Enforcement Directive – ein verbesserter Zugang zu Informationen und Unterlagen eröffnet wird, die sich im Besitz des mutmaßlichen Verletzers befinden.

4. Ausgewählte Einzelaspekte

a) Verhältnis Zivilrecht/Strafrecht

Zu begrüßen ist, dass nun die Voraussetzungen und Grenzen des zivilgerichtlichen Schutzes im Zentrum stehen, während die Strafvorschriften (§ 23) nur noch akzessorischen Charakter haben. Die Strafbarkeit hängt nicht

³ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Abl. L 157 vom 30.4.2004, S. 45)

nur vom Nachweis von Vorsatz und z.T. weiteren subjektiven Tatbestandsmerkmalen (etwa Schädigungsabsicht oder Eigennutz) ab, sondern knüpft auch nur an einen Teil der zivilrechtlichen Verbote an. Strafrechtlich aus guten Gründen nicht aufgegriffen wird beispielsweise die in § 4 Abs. 1 Nr. 2 enthaltene Öffnungsklausel, nach der ganz allgemein auch „jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben... entspricht“, verboten ist. Überdies wird in der Gesetzesbegründung (S. 41) ausdrücklich betont, dass generell kein Verhalten strafrechtlich erfasst werden soll, das sich zivilrechtlich als zulässig erweist. Bedeutung hat dies etwa deshalb, weil § 5 vorsieht, dass *jede* Handlung zum Schutz eines berechtigten Interesses gerechtfertigt ist.

b) Flexibles System eines einzelfallbezogenen Interessenausgleichs

Der eben angesprochenen Generalklausel des § 4 Abs. 1 Nr. 2 steht spiegelbildlich nicht nur die Generalklausel des § 5 gegenüber. Hinzu kommt vielmehr eine ebenfalls ganz allgemein formulierte Vorgabe aus Art. 3 Abs. 1 Buchstabe d (in § 3 Abs. 2 wohl etwas zu frei umgesetzt), nach der auch „jede andere Vorgehensweise (als rechtmäßig gilt), die unter den gegebenen Umständen mit einer seriösen Geschäftspraxis vereinbar ist“. Es handelt es sich also um ein nach beiden Seiten offenes System, das in weit größerem Umfang als nach bisherigem deutschen Rechts eine dem Einzelfall gerecht werdende Abwägung ermöglicht. Darüber hinaus wird in mehreren Zusammenhängen (insbesondere in Art. 7 und Art. 11 Abs. 2 sowie in § 9 GeschGehG) betont, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur im Allgemeinen, sondern bei jeder konkreten gerichtlichen Entscheidung über die dem Geheimnisinhaber zu gewährenden Rechtsbehelfe beachtet werden muss.

c) Rechtfertigungsgründe (insbesondere „Whistleblowing“)

Nach §§ 17 und 18 UWG konnten legitim erscheinende Interessen Dritter oder der Allgemeinheit sowohl im straf- als auch im zivilrechtlichen Zusammenhang nur sehr begrenzt berücksichtigt werden. Die Prüfung, ob eine tatbestandsmäßige Handlung „unbefugt“ war, ermöglichte nach überwiegender Auffassung nur eine Berücksichtigung allgemeiner Rechtfertigungsgründe (wie Einwilligung, rechtfertigender Notstand, Anzeigepflicht in Bezug auf drohende schwere Straftaten). Hierüber gehen die Geschäftsgeheimnis-RL (Art. 5 Buchstabe d) und der Entwurf des GeschGehG (§ 5 Halbsatz 1) nun zugunsten gegenläufiger individueller oder – vor allem – kollektiver Interessen weit hinaus. Es besteht damit schon im Rahmen des einfachen Gesetzes (statt erst auf der übergeordneten Ebene verfassungsrechtlicher Erwägungen) ein unmittelbarer Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung legitimer Belange, die denjenigen des Geheimnisinhabers zuwiderlaufen können. Hierin liegt, betrachtet aus der Perspektive der jeweiligen Interessentinhaber – eine ganz wesentliche Verbesserung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand.

Dies gilt auch für den in § 5 Nr. 2 GeschGehG (Art. 5 Buchstabe b der Geschäftsgeheimnis-RL) formulierten Schutz von Hinweisgebern. Nach ganz überwiegender Ansicht der deutschen Rechtslehre und –praxis zu § 17 UWG wurde „Whistleblowern“ ein Schutz dieser Art nicht gewährt, und zwar in der Regel nicht einmal bei Mitteilungen über eindeutig rechtswidrige unternehmensinterne Vorgänge. Nach neuem Recht dürfen nicht nur diese aufgedeckt werden, sondern darüber hinaus auch ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten – immer vorausgesetzt, dass der Hinweisgeber in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Dies mag man – je nach rechtspolitischer Perspektive – als zu weitgehend oder als immer noch unzureichend betrachten. Für die Zwecke des derzeitigen Umsetzungsvorhabens ist aber fest davon auszugehen, dass die im Entwurf des GeschGehG vorgeschlagene Regelung in § 5 Nr. 2 inhaltlich vollständig der für die Mitgliedstaaten bindenden Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-RL entspricht.

Die Voraussetzungen und Grenzen eines Hinweisgeberschutzes (als Ausnahme von den gemäß Art. 4 rechtswidrigen Geheimnisverletzungen) wurden auf Unionsebene umfassend und kontrovers diskutiert – mit dem aus Art. 5 Buchstabe b ersichtlichen, für den nationalen Gesetzgeber verbindlichen Ergebnis. Eine Änderung dieser Vorgaben (sei es „nach oben“, sei es „nach unten“) kann ihrerseits nur auf der Ebene des Unionsrechts betrieben, nicht im Rahmen des jetzt anstehenden Umsetzungsgesetzes erreicht werden. Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden,⁴ zeigt, dass der Umgang mit dem Phänomen des „Whistleblowing“ auch allgemeiner in Bewegung geraten ist. Möglicherweise führt dies irgendwann zu einer übergreifenden Lösung, die auch den derzeitigen § 5 Nr. 2 GeschGehG ersetzt oder modifiziert.

⁴ COM(2018)218 final

Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm
Am Sandtorkai 77 – 20457 Hamburg

An den
Deutschen Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Konrad-Adenauer-Str. 1
10117 Berlin

13. Dezember 2018

**Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2016/943 zum Schutz von
Geschäftsgeheimnissen (PA 6 – 5410-2.2)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

gestatten Sie mir bitte einige ergänzende Anmerkungen unter dem Eindruck der Anhörung vom 12. Dezember 2018:

1. Was einigen Kolleginnen und Kollegen gestern nicht bewusst zu sein schien: Seit Ablauf der Umsetzungsfrist Anfang Juli dieses Jahres sind die nach Art. 1 bindenden Vorschriften der Richtlinie in Deutschland unmittelbar anwendbar, was sämtliche Träger öffentlicher Gewalt von Amts wegen zu beachten haben (vgl. EuGH, Slg. 1991, I-3757, 3789, Tz. 16 – *Verholen*; EuGH NJW 2004, 3547, Tz. 110 – *Pfeiffer/DRK*; *Ahrens* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, Einl. G Rn. 7).

Nach zwingendem Unionsrecht gelten derzeit also unter anderem bereits die Definition des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 2 Nr. 1 und die Regelung zur Meinungs- und Pressefreiheit sowie zum Hinweisgeberschutz gemäß Art. 5 Buchstabe b der Geschäftsgeheimnis-RL.

2. Die Regelung des Whistleblowing gemäß Art. 5 Buchstabe b der RL und § 5 Nr. 2 RegE ist für die Hinweisgeber weitaus günstiger als nach bisherigem Recht (§ 17 UWG). Auch die Betonung der Meinungs-, Presse- und Informationsfreiheit (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 und § 5 Nr. 1 ist eine positive Neuerung – im bisherigen Recht (§§ 17 und 18 UWG) war sie nicht erwähnt.

3. § 5 Geschäftsgeheimnis-RL gehört zu den Bestimmungen, die der nationale Gesetzgeber nicht erweitern darf, denn einer Erweiterung der „Ausnahmen“ entspräche spiegelbildlich eine Einengung der Regeltatbestände, nämlich des Katalogs der Handlungsverbote des Art. 4 (=§ 4). Dies aber käme einer Senkung des Schutzniveaus gleich, die durch Art. 1 verboten ist (Art. 1 erlaubt nur eine Anhebung des Schutzniveaus, vorausgesetzt, dass die zahlreichen dort genannten Schrankenbestimmungen beachtet werden). Aus diesem von der RL vorgegebenen Grund kann im Zuge dieser Umsetzung auch die Whistleblower-Regelung nicht ausgedehnt werden.
4. Meinungsverschiedenheiten entzündeten sich vor allem an der Frage, ob die Fälle des Art. 5 bzw. § 5 als „Ausnahme“ oder als „Rechtfertigungsgründe“ bezeichnet werden. Wenn es der breiteren Akzeptanz dient, wäre es nach meiner Auffassung vertretbar, in § 5 GeschGehG die gleiche Terminologie wie in Art. 5 Geschäftsgeheimnis-RL zu wählen („Ausnahmen“). Es bliebe dann der Rechtsprechung (und damit letztlich dem EuGH) überlassen, den rechtsdogmatischen Charakter dieser Regelung in richtlinienkonformer Weise festzulegen.
5. Die von Medienvertretern geäußerte Befürchtung, § 8 RegE könnte Journalisten zur Aufdeckung ihrer Quellen zwingen, beruht auf einem Missverständnis. Alleiniger Zweck dieser Bestimmung ist, wie sowohl der Wortlaut als auch die diesbezügliche Begründung zeigen, eine „Auskunft über rechtsverletzende Produkte“ zu ermöglichen. Mit einer Preisgabe von (sonstigen) Informationen über Geschäftsgeheimnisse und/oder die in deren Weitergabe involvierten Informanten hat dies nichts zu tun (was ggf. in der Begründung zu § 8 noch deutlicher zum Ausdruck gebracht werden könnte). Vorbild des § 5 sind die Regelungen, die aufgrund der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (2004/48 EG) unter anderem in das MarkenG (§ 19) und das UrhG (§ 101) aufgenommen wurden. Sinn ist es, möglichst zügig den Vertriebsweg „rechtsverletzender Produkte“ zu ermitteln, um zu verhindern, dass diese noch weiter verbreitet werden. Beispiele wären gefälschte Markenprodukte, Raubkopien von urheberrechtlich geschützten Werken oder eben Produkte, die unter rechtswidriger Verwertung fremder Geschäftsgeheimnisse hergestellt wurden.
6. Die strafrechtlichen Bestimmungen sind – wie während der Anhörung zutreffend bemerkt wurde – von der RL nicht vorgegeben. Im RegE wurden im Wesentlichen und in nicht erweiterter Form die bisherigen deutschen Vorschriften beibehalten, dies jedoch in sachgerechter Anknüpfung an die neuen zivilrechtlichen Handlungsverbote. Der von § 23 RegE strafrechtlich erfasste Bereich kann eher als etwas enger als nach bisherigem Recht betrachtet werden, zumal in der Begründung ausdrücklich hervorgehoben wird, dass zivilrechtlich erlaubte Handlungen unter keinen Umständen strafbar sein sollen. Damit kommt den Handelnden strafrechtlich zugute, dass Art. 3 ausdrücklich auch alle sonstigen (d.h. nicht ausdrücklich – wie etwa das Reverse Engineering – in Art. 3 explizit genannten) Handlungen für rechtmäßig erklärt, die „unter den gegebenen Umständen mit einer seriösen Geschäftspraxis vereinbar ist“. Diese Generalklausel erweitert also den Bereich des Zulässigen und strahlt auch auf das Strafrecht aus.

Entgegen dem in der Anhörung erwähnten Eindruck sind auch weder das (eher geringe) Strafmaß noch die Strafbarkeit des Versuchs oder die höhere Bestrafung bestimmter Auslandstaten eine Besonderheit des RegE. Alle diese Regelungen stammen „1:1“ aus dem seit Jahrzehnten geltenden deutschen Recht der §§ 17 bis 19 UWG).

Mit freundlichen Grüßen

gez. Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm