

## Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

## Editorial: Prof. Dr. Justus Haucap und Prof. Dr. Heike Schweitzer

Revolutionen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht

- 835 **Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.**  
Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen i. S. d. § 2 Nr. 1 b) GeschGehG
- 844 **Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.**  
Rechtsprechungsübersicht zum Kartellrecht 2020/2021
- 852 **Lars Meinhardt**  
Aktuelles Wettbewerbsverfahrensrecht 2020 (Teil 1)
- 863 **Roberto Jüttner**  
Der Anwendungsbereich der UGP-RL und seine Ausnahmebereiche
- 872 **Prof. Dr. Theodor Enders, LL.M.**  
Geheimnisschutz durch Urheberrecht – Flankierender Schutz zum Geschäftsgeheimnisschutzgesetz?
- 880 **Dr. med. Dipl. jur. Philipp Graef**  
Die Fortwirkungen des Skanska-Urteils: Sind dessen Grundsätze zur Passivlegitimation auf die Aktivlegitimation übertragbar?
- 885 **Malte Mörger, LL.M.**  
Ausgewählte Probleme im neuen UWG: Fortfall der Wiederholungsgefahr ohne Vertragsstrafeversprechen?
- 889 **Hengstenberg/Spreewaldverein**  
EuGH, Urteil vom 15.04.2021 – C-53/20
- 892 **Ferrari 458 Speciale**  
BGH, Urteil vom 01.04.2021 – I ZR 115/20
- 895 **Testsiegel auf Produktabbildung**  
BGH, Urteil vom 15.04.2021 – I ZR 134/20
- 899 Kommentar von **Dr. Ulrich Franz**
- 900 **Abschlagspflicht III**  
BGH, Urteil vom 25.03.2021 – I ZR 247/19
- 904 **myboshi**  
BGH, Urteil vom 25.03.2021 – I ZR 37/20
- 928 **Eigenbeteiligung bei Schutzmasken**  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.04.2021 – I-15 U 17/21

### 1. Allgemeine Erkenntnisse

- 52 a) Ausnahmebereiche, die sich nur in den Erwägungsgründen eines Rechtsaktes, nicht aber in dessen verfügendem Teil wiederfinden, bedürfen zur Begründung ihrer Wirksamkeit eines tauglichen Anknüpfungspunktes im verfügenden Teil. Der Ausnahmebereich darf außerdem nicht im Widerspruch zu anderen normativen Aussagen stehen.
- 53 b) Ausgangspunkt für das Auffinden des Anknüpfungspunktes ist der mit der Ausnahme verfolgte Sinn und Zweck. Liegt schon keine Übereinstimmung auf Schutzzweckebene vor, so scheidet eine Herleitung zwangsläufig aus. Die Existenz inhaltlich vergleichbarer Ausnahmen oder sprachlich ähnlicher Formulierungen genügt nicht, das entscheidende Kriterium ist die teleologische Kongruenz.
- 54 c) Auch wenn diese Kongruenz vorliegt, ist zu hinterfragen, ob die praktische Anwendung dieser Ausnahme dennoch das Regelungsziel des Rechtsaktes im Ganzen konterkarieren kann. So gesehen im Rahmen der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft, die zwar prinzipiell auch dem Verbraucherschutz dienen, allerdings gleichzeitig die wesentlich umfassender verbraucherschützende Regelungswirkung der UGP-RL eingeschränkt hätten. In solchen Fällen vermag ein Erwägungsgrund nicht, das normative Konstrukt eines ganzen Rechtsaktes zu überwinden.

### 2. Konkrete Folgen für das UWG

- 55 Neben diesen allgemeinen Überlegungen bietet die Untersuchung auch konkrete Erkenntnisse für die Anwendung von Vorschriften des UWG. Wie eingangs angedeutet ist vor allem die Anwendung von § 3a UWG und § 7 Abs. 1 UWG von der Reichweite der UGP-RL abhängig.<sup>82)</sup> Beide Normen sind nämlich nur dort unionsrechtskonform anwendbar, wo die UGP-RL nicht berührt wird, also dann, wenn entweder der Anwendungsbereich nicht eröffnet oder aber ein Ausnahmebereich einschlägig ist.

a) Für den Rechtsbruchtatbestand verbleiben als wirksame Bereichsausnahmen neben den normativ verankerten Ausnahmebereichen aus Art. 3 Abs. 2-10 UGP-RL nunmehr lediglich die Aussagen aus Erwägungsgrund 9 S. 2 und Erwägungsgrund 6 S. 5. Insbesondere die Ausnahme der guten Sitten und des Anstands kann die Anwendung von § 3a UWG jetzt nur noch unter den engen Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 5 UGP-RL legitimieren. Der mögliche Anwendungsbereich des § 3a UWG ist mit Einführung der Omnibus-RL also kleiner geworden.

b) Auch § 7 Abs. 1 UWG ist vor allem dann mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sich die Anwendungsfälle der Beeinträchtigung wirtschaftlicher Entscheidungsfreiheit der Verbraucher unter die Ausnahme der guten Sitten und des Anstands subsumieren lassen. Durch die Überführung von Erwägungsgrund 7 S. 3-5 in Art. 3 Abs. 5 UGP-RL entfalten die Aussagen des Erwägungsgrundes jedoch keine rechtsverbindliche Wirkung mehr. Mit der erheblichen Einschränkung der Reichweite dieses Ausnahmebereichs geht also eine ähnlich einschneidende Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 7 Abs. 1 UWG einher.

c) Damit ist § 7 Abs. 1 UWG nur noch dann mit der UGP-RL vereinbar, wenn entweder eine der Konstellationen (Haustürgeschäfte oder Verkaufsfahrten) aus Art. 3 Abs. 5 UGP-RL vorliegt oder aber wenn die Richtlinie von vornherein nicht einschlägig ist. Letzteres ist der Fall, wenn nicht die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern, sondern die private oder geschäftliche Sphäre von Marktteilnehmern betroffen ist.<sup>83)</sup>

82) Vgl. für § 3a UWG: Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 4), § 3a Rn. 1.20 ff.; Glöckner, GRUR 2013, 568; für § 7 Abs. 1 UWG: BGH, 22.04.2010 – I ZR 29/09, WRP 2010, 1502, 1503 – Grabmalwerbung; Köhler, GRUR 2012, 1073, 1081 f.; Köhler, WRP 2015, 798, Rn. 5 ff.

83) Vgl. BGH, 25.04.2019 – I ZR 23/18, WRP 2019, 879, Rn. 12 – WifiSpot; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 4), § 7 Rn. 2.

Prof. Dr. Theodor Enders, LL.M. (Sydney), Koblenz\*

## Geheimnisschutz durch Urheberrecht – Flankierender Schutz zum Geschäftsgeheimnisschutzgesetz?

### INHALT

#### I. Aktuelle Entscheidungen zum Geheimnisschutz

#### II. Geheimnisbegriff: UrhG versus GeschGehG

##### 1. Rechtliche Einordnung des Geheimnisses

##### 2. Gegenstand des Geheimnisses nach Urheberrecht und GeschGehG

- Werkbegriff als Bezugsgröße des urheberrechtlichen Geheimnisses
- Information und „Umwandlung“ in qualifizierte Information

##### 3. Geheimhaltung – Vergleich GeschGehG zum Urheberrecht

- Nichtoffenkundigkeit versus negatives Veröffentlichungsrecht
- Wirtschaftlicher Wert versus Mitteilungswert
- Zuordnung zu einem Unternehmen versus Nutzungsrecht und Arbeitnehmerurheberrecht

- Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen versus Rechteinhaberrecht und technische Schutzmaßnahmen
- Berechtigtes Interesse versus verbotene Werke

#### III. Schutzzumfang, Schranken und Durchsetzung des Geheimnisschutzes

##### 1. Erlaubte und verbotene Handlungen

- Erlaubte Handlungen
- Verbotene Handlungen

##### 2. Ausnahmen, Verbrauch und Schranken

- Ausnahmen
- Verbrauch des Veröffentlichungsrechts und Schranken
  - Verbrauch des Veröffentlichungsrechts
  - Schranken des Urheberrechts

##### 3. Durchsetzung von Ansprüchen – Vergleich Geschäftsgeheimnisschutz zu Urheberrecht

- Verhältnismäßigkeitsprüfung
- Geschäftsgeheimnisverfahren

#### IV. Fazit

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 970.

## Enders, Geheimnisschutz durch Urheberrecht – Flankierender Schutz zum GeschGehG?

1 Beim Geheimnisschutz denkt man zunächst an das seit dem Jahr 2019 geltende Geschäftsgeheimnisschutzgesetz (GeschGehG), nicht aber an den Geheimnisschutz durch das Urheberrechtsgesetz (UrhG), der aufgrund aktueller Entscheidungen in den öffentlichen Fokus gelangt ist. Die Diskussion geht überwiegend auf die Rolle des Staates als Rechtsinhaber des Geheimnisschutzes ein, berücksichtigt bisher aber nicht deren Bedeutung als flankierender Schutz zum GeschGehG auf der Privatrechtsebene, was nachfolgend durch eine Gegenüberstellung beider Schutzgesetze erfolgen soll. Nach einer kurzen Erläuterung der maßgeblichen aktuellen Entscheidungen zu diesem Thema (I.) wird der Geheimnisbegriff behandelt (II.), um danach den Schutzzumfang, die Schranken des Geheimnisschutzes sowie deren Durchsetzung (III.) zu bestimmen. Schließlich wird mit einem kurzen Fazit (IV.) die praktische Bedeutung des Themas betont.

### I. Aktuelle Entscheidungen zum Geheimnisschutz

- 2 Mehrere aktuelle höchstrichterliche Entscheidungen und die dazu veröffentlichte Literatur<sup>1)</sup> haben das Urheberrecht in den Kontext zum Geheimnisschutz<sup>2)</sup> gestellt.
- 3 So hat der BGH<sup>3)</sup> entschieden, dass ein geheimer Lagebericht der Bundeswehr („Afghanistan-Papiere“) Schutz als Schriftwerk genießen kann. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Regionalzeitung hatte sich aus Kreisen des Bundestages militärische Lageberichte über Auslandseinsätze der Bundeswehr (Unterrichtung des Parlaments, UdP) besorgt und diese im Volltext auf ihrem Onlineportal veröffentlicht. Der BGH lässt die Frage offen, ob die militärischen Lageberichte urheberrechtsschutzfähig sind. Zugunsten des beklagten Zeitungsverlags greife jedenfalls die Schranke der Berichterstattung über Tagesereignisse (§ 50 UrhG).
- 4 Ein weiteres Judikat des BGH betraf die von einem prominenten Politiker verfassten und in einem Sammelband erschienenen Texte, gegen deren Veröffentlichung bei Spiegel Online dieser Politiker vorging. Auch hier wurde das Manuskript den Schriftwerken zugeordnet, dann aber der Schrankenregelung des § 50 UrhG ebenfalls der Vorrang eingeräumt.<sup>4)</sup> Die Abwägung erfolgte unter Bezugnahme auf die konkurrierenden Grundrechtspositionen des Eigentumsschutzes für das Urheberrecht zu den Kommunikationsgrundrechten für die Rechte der Presse, nicht als außerhalb der urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse und Schrankenbestimmungen angesiedelte allgemeine Interessenabwägung, sondern im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung des Art. 5 Abs. 3 lit. c) Info-Soc RL 2001/29/EG.<sup>5)</sup>
- 5 Auch das BVerwG<sup>6)</sup> hat sich mit dem Erstveröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG) im Kontext zum öffentlichen Informationszugang (Zugang zu Umweltinformationen nach dem Bundesimmissionschutzgesetz) beschäftigen müssen, hier aber den Vorrang des Urheberrechts betont. In der Sache ging es um ein im Rahmen eines immissionsrechtlichen Genehmigungsverfahrens vorgelegtes naturschutzfachliches Gutachten. Die Klägerin betreibt

Windkraftanlagen. Antragsgemäß erteilte die beklagte Behörde aufgrund eines vereinfachten Verfahrens ohne Öffentlichkeitsbeteiligung eine immissionsrechtliche Genehmigung zur Errichtung von drei Windrädern. Dem Antrag waren ein von einem Gutachter erarbeiteter landschaftspflegerischer Begleitplan sowie ein von einem weiteren Gutachterbüro vorgelegtes naturschutzfachliches Gutachten zum Vogelbestand und zum Fledermausbestand im Umfeld des geplanten Windparks beigelegt. Die Klägerin wandte sich erfolgreich gegen den vom Beigeladenen (einer Person, die nach § 2 Umweltinformationsgesetz NRW Auskunft verlangte) beantragten Zugang zu diesen Unterlagen und konnte somit ihren Geheimnisschutz durchsetzen.

Ein weiteres aktuelles Urteil des BVerwG<sup>7)</sup> hatte ebenfalls den Geheimnisschutz zum Gegenstand, dieses Mal aber unter Bezugnahme auf das GeschGehG.<sup>8)</sup> Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Ingenieurbüro verlangt von einer wissenschaftlich-technischen Bundesoberbehörde unter Berufung auf das Informationsfreiheitsgesetz (IFG) Zugang zu Unterlagen aus einem dort geführten Verfahren über die Bauartzulassung von Geschwindigkeitsmessgeräten. Beigeladener war ein für die Bundesoberbehörde tätiges mit dem Kläger konkurrierendes Ingenieurbüro, das die für die Genehmigung maßgeblichen Fragen begutachtet hat. Hinsichtlich eines Teils der angeforderten Unterlagen berief sich die Behörde auf eine Sperrerklärung gem. § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO, da es sich insoweit um Geschäftsgeheimnisse handele. Das BVerwG gab der Behörde Recht und wies die Klage ab. Die Prüfungsunterlagen seien deshalb als Geschäftsgeheimnis einzustufen, weil Kläger und Beigeladene in einem Konkurrenzverhältnis zueinander stünden. Auch in diesem Verfahren hätte es nahegelegen, (hilfsweise) auf das Urheberrecht abzustellen, da es auch hier um den Inhalt eines Gutachtens ging, das durchaus als Schriftwerk hätte eingestuft werden können.<sup>9)</sup>

### II. Geheimnisbegriff: UrhG versus GeschGehG

Der Geheimnisbegriff wird zunächst rechtlich eingeordnet, um danach den Gegenstand des Geheimnisses zu bestimmen und schließlich die Geheimhaltung des GeschGehG mit der des UrhG zu vergleichen.

#### 1. Rechtliche Einordnung des Geheimnisses

Im Gegensatz zu den spezifischen Schutzrechten wie dem Urheberrecht, die allein zur Nutzung berechtigen und zugleich jeden Anderen von deren Benutzung ausschließen können, ist die Rechtsnatur des Geschäftsgeheimnisses, das bis zur Einführung des GeschGehG als „Know How“ bezeichnet wurde, noch nicht hinreichend erforscht. Während nach altem Recht dieses Know How lediglich als immaterielles Gut qualifiziert wurde,<sup>10)</sup> betont die Geheimnisschutzrichtlinie den „immateriellen Charakter“<sup>11)</sup> von Geschäftsgeheimnissen und ordnet den Geheimnisschutz als „Ergänzung von oder auch eine Alternative zu Rechten des geistigen Eigentums“ ein.<sup>12)</sup> McGuire<sup>13)</sup> sieht Ge-

1) BGH, 30.04.2020 – I ZR 139/15, WRP 2020, 1043 – Afghanistan Papiere II; BGH, 30.04.2020 – I ZR 228/15, WRP 2020, 1050 – Reformistischer Aufbruch II; BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189 – Zugang zu Umweltinformationen; Eichelberger, WRP 2020, 954, 957 Rn. 11–13; Goldhammer, ZUM 2020, 787; Hofmann, GRUR-Prax 2020, 264; Lerach, GRUR-Prax 2020, 299; Richter, GRUR 2020, 358.

2) Die Geheimnisschutzrichtlinie der EU 2016/943 unterscheidet zwischen „vertraulichem Know How“ und „vertraulichen Informationen“. Know How wird in der Richtlinie als Synonym zum Geheimnisschutz verstanden und umschließt auch „praktische Kenntnisse“ im Vorfeld zu spezifischen Schutzrechten, wie etwa dem Patent- und Urheberrecht.

3) BGH, 30.04.2020 – I ZR 139/15, WRP 2020, 1043 – Afghanistan Papiere II.

4) BGH, 30.04.2020 – I ZR 228/15, WRP 2020, 1050 – Reformistischer Aufbruch II.

5) BGH, 30.04.2020 – I ZR 139/15, WRP 2020, 1043, 1045 Rn. 23 ff. – Afghanistan Papiere II.

6) BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189 Rn. 22 = K&R 2020, 242, Ls. – Zugang zu Umweltinformationen.

7) BVerwG, 05.03.2020 – 20 F 3.19, NVwZ 2020, 715 m. Anm. Hofmann = WRP 2020, 799, Ls. – Umfang des Geheimnisschutzes. Weitere aktuelle Entscheidungen zum GeschGehG OLG Hamm, 15.09.2020 – 4 U 177/19, WRP 2021, 223 – Stopfaggregat; OLG Stuttgart, 19.11.2020 – 2 U 575/19, WRP 2021, 242 – Schaumstoffsysteme; OLG Düsseldorf, 21.11.2019 – 2 U 34/19, GRUR-RS 2019, 33225 – Kollisionsrecht und Informationsinhaberschaft; OLG Frankfurt a. M., 27.11.2020 – 6 W 113/20, WRP 2021, 356 – Unterlassungsansprüche nach GeschGehG im Eilverfahren.

8) BGBl. 2019 I 466 in Umsetzung der Geheimnisschutzrichtlinie EU 2016/943.

9) Zur „wesensmäßigen“ Geheimhaltungsbedürftigkeit des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses siehe Rudisile, in: Schock/Schneider/Bier, VwGO 38. EL 2020 § 99 Rn. 21.

10) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Kommentar zum UWG, 39. Aufl. 2021, GeschGehG § 1 Rn. 10; siehe auch Ohly, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG), 2020, Einleitung A. Rn. 21 ff.

11) Erwägungsgrund 7 RL 2016/943/EU.

12) Erwägungsgrund 2 RL 2016/943/EU.

13) McGuire, GRUR 2016, 1000, 1002; zur Zuordnung des Geschäftsgeheimnisses als subjektives Recht, nicht aber als Ausschließlichkeitsrecht siehe McGuire, in: Büscher, UWG Kommentar, 2019, Vor §§ 17–19 UWG Rn. 85.

## Enders, Geheimnisschutz durch Urheberrecht – Flankierender Schutz zum GeschGehG?

schäftsgeheimnisse als „unvollkommenes“ Immaterialschutzrecht an. Nach ihrer Ansicht wurde die Chance vertan, einen „Systemwechsel“ hin zur Anerkennung als geistiges Eigentum vorzunehmen.<sup>14)</sup> Auch das Urheberrecht wirft zahlreiche Fragen zur Bezugsgröße auf, da es nicht nur den Schutz eines Werkes betrifft, sondern über das Veröffentlichungsrecht des § 12 Abs. 2 UrhG ein ausdrückliches Zustimmungsrecht zur öffentlichen Mitteilung sowie zur Beschreibung des Inhalts eines Werkes regelt. Dann hat diese Norm in funktionaler Hinsicht einen *Geheimnisschutz* zum Gegenstand, der sich nicht auf die persönliche geistige Schöpfung, sondern auch auf gemeinfreie Inhalte und Beschreibungen erstreckt.<sup>15)</sup>

- 9 Die *praktischen Auswirkungen* der rechtlichen Einordnung des Geheimnisschutzes zeigen sich anschaulich im Hinblick auf das *Kollisionsrecht*. Während Ansprüche aus dem Urheberrecht dem geistigen Eigentum zugeordnet werden und somit gem. Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO das Schutzlandprinzip maßgeblich für das anwendbare Recht ist, kann dies für die Ansprüche aus der Verletzung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nicht eindeutig bestimmt werden. Nach der alten Gesetzeslage kam Art. 6 Rom II-VO, also die Regelungen des Wettbewerbsrechts zur Anwendung. Entweder wurde auf den Ort des Wettbewerbs bzw. des Absatzes (Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO) oder des Eingriffs als unerlaubte Handlung abgestellt (Art. 6 Abs. 2 Rom II-VO). Maßgeblich für das anwendbare Recht ist der Anknüpfungspunkt, der je nach der rechtlichen Einordnung unterschiedlich ausfällt. Zu Recht legt *Ohly*<sup>16)</sup> dar, dass es sich bei dem nunmehr geltenden Geheimnisschutz um einen Hybrid handle, der zwischen geistigem Eigentum und Lauterkeitsrecht stehe und es einen Bedarf nach einer eigenen Kollisionsnorm gebe. Solche Probleme gibt es bei der Zuordnung zum Urheberrecht nicht.
- 10 Dies soll an folgendem *Beispiel* verdeutlicht werden: Ein Unternehmen B mit Sitz in Deutschland erlangt durch einen ehemaligen Mitarbeiter M des Unternehmens A mit Sitz in Irland Geschäftsgeheimnisse. Die betrieblichen Vorlagen des A sind als Computerprogramm geschützt. Das anzuwendende Recht hängt nunmehr davon ab, auf welche Verletzungshandlung maßgeblich abgestellt wird. Legt man den Schwerpunkt auf den Eingriff in das Urheberrecht des A durch die illegale Kopie des Computerprogramms auf den Server von B, so ist gem. Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO deutsches Recht als das Recht des Schutzlands anzuwenden. Liegt der Schwerpunkt dagegen auf der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses gem. § 2 Nr. 1 GeschGehG, so kommt es auf die näheren Umstände an. Sind durch die Verletzung des Geheimnisses lediglich die Interessen des A verletzt, ist der „Erfolg“ (Anknüpfung an die Vertragsverletzung des M gem. Art. 6 Abs. 2, Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO)<sup>17)</sup> in Irland eingetreten, somit ist das Recht Irlands anzuwenden.

## 2. Gegenstand des Geheimnisses nach Urheberrecht und GeschGehG

- 11 Bevor auf die Geheimhaltung eingegangen wird, soll zunächst die jeweilige Bezugsgröße des Urheberrechts sowie des Geheimnisschutzgesetzes herausgearbeitet werden.

14) *McGuire*, GRUR 2016, 1000, 1003; zur rechtlichen Einordnung siehe auch *Alexander*, WRP 2019, 673, 674 f.; *Kiefer*, WRP 2018, 910.  
 15) *Peukert*, in: *Schricker/Loewenheim*, Kommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 12 Rn. 4; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch*, 4. Aufl. 2018, Kommentar zum Urheberrecht § 12 Rn. 25; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, Kommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 12 Rn. 19; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, Kommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl. 2018, § 12 Rn. 21.  
 16) *Ohly*, in: *Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus* (Fn. 10), Einleitung A. Rn. 29 ff.  
 17) Siehe dazu OLG Düsseldorf, 21.11.2019 – 2 U 34/19, GRUR-RS, 33225; *Enders*, Grundzüge des Internationalen Wirtschaftsrechts, 2. Aufl. 2016, S. 62 und 66; *Ohly*, in: *Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus* (Fn. 10), Einleitung A. Rn. 250–271.

### a) Werkbegriff als Bezugsgröße des urheberrechtlichen Geheimnisses

Bezugsgröße des Urheberrechts ist zunächst das Werk (§ 2 Abs. 2 UrhG) mit den verschiedenen Werkarten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 UrhG). Bisher haben sich die oben zitierten einschlägigen Entscheidungen lediglich mit dem Schriftwerk<sup>18)</sup> befasst. Zu denken ist aber auch an Computerprogramme (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. §§ 69a ff. UrhG),<sup>19)</sup> Datenbankwerke (§ 4 Abs. 2 UrhG), Werke der Musik (§ 2 Nr. 2 UrhG), Werke der bildenden Kunst einschließlich der angewandten Kunst – bei letzteren ist auch deren Umsetzung geschützt – (§ 2 Nr. 3 UrhG), Lichtbildwerke (§ 2 Nr. 5 UrhG), Filmwerke (§ 2 Nr. 6 UrhG) sowie die Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen (§ 2 Nr. 7 UrhG). Gerade die letztgenannte Werkart weist eine große Schnittmenge zu den typischen Geschäftsgeheimnissen auf.<sup>20)</sup>

Dies soll an einem *Beispiel* verdeutlicht werden. Der Autohersteller BMW hatte einen Designer beauftragt, den damals neuen 12-Zylindermotor für die unternehmensinterne Zeitschrift sowie ein internes Weißbuch zu zeichnen. Diese Grafik sollte nach Vorstellung des Designers nicht vor einem gewissen Datum veröffentlicht werden. Noch vor diesem Termin druckte die „Auto-Bild“ diese Zeichnung ab, die ein Mitarbeiter von BMW dieser Zeitung zuvor überlassen hatte. Der Designer sah sich durch die Veröffentlichung seines Werkes vor dem genehmigten Zeitpunkt – zudem in der „Auto-Bild“ – in seinem Urheberrecht (§§ 16 und 17 UrhG) verletzt. Nach der ausführlichen Begründung des LG München I<sup>21)</sup> handelte es sich um eine Darstellung technischer Art gem. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG, die auch die notwendigen Anforderungen an die Gestaltungshöhe erfüllte.<sup>22)</sup> Dieses Beispiel verdeutlicht die Geheimnisschutzwirkung gleich in zwei Ausrichtungen, zum einen im Hinblick auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung, zum anderen bezogen auf die Art der Preisgabe, also die Wahl des Veröffentlichungsorgans.

Wie das BVerwG<sup>23)</sup> festgestellt hat, sind an die Gestaltungshöhe der unterschiedlichen Werkarten keine unterschiedlichen Anforderungen mehr zu stellen. Der EuGH<sup>24)</sup> legt inzwischen einen einheitlichen europäischen Werkbegriff zugrunde, der sich nicht nur auf die ausdrücklich harmonisierten Werkarten wie etwa die der Software-Richtlinie<sup>25)</sup> bezieht, sondern einen einheitlichen Maßstab für alle *Werkarten* darstellt.<sup>26)</sup>

Es sind zwei Tatbestandsmerkmale zu prüfen, zum einen die „Originalität“ in dem Sinne, dass eine geistige Schöpfung des Urhebers festzustellen ist. Dieses Merkmal ist dann erfüllt, wenn der maßgebliche Gegenstand die Persönlichkeit seines Urhebers in einer Weise widerspiegelt, die dessen freie kreative Entscheidung zum Ausdruck bringt. Zum anderen muss eine solche Schöpfung mit hinreichender Genauigkeit und Objektivität identifiziert wer-

18) Siehe auch BGH, 17.04.1986 – I ZR 213/83, GRUR 1986, 739 – *Anwaltsschriftsatz*.

19) Das BVerwG, 05.03.2020 – 20 F 3.19, NVwZ, 715, 717 Rn. 17 = WRP 2020, 799, Ls. hat entschieden, dass sich der Schutz von Geheimnissen an Computerprogrammen nicht nur auf den Inhalt der Dateien bezieht, sondern auch auf die äußeren Merkmale wie Dateiname, Dateieendungen, Dateityp und Dateigröße; zur Analyse einer Firmware von Computerchips im Hinblick auf das Reverse Engineering *Triebe*, WRP 2018, 795.

20) Auch primär technische Erwägungen wie etwa die Darstellung eines Faltrads stehen der Zuordnung zu dieser Werkart nicht entgegen, EuGH, 11.06.2020 – C-833/18, WRP 2020, 1006, 1008 Rn. 26 – *SI, Brompton Bicycle/Chedech/Get2Get*.

21) LG München I, 22.07.1989 – 21 O 20143/86, GRUR 1989, 503, 504 – *BMW Motor*.  
 22) Siehe auch die zahlreichen Hinweise auf Einzelfälle bei *Schulze*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 15) § 2 Rn. 241; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch* (Fn. 15), § 2 Rn. 150; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 15), § 2 Rn. 141–151.

23) BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189, 191 Rn. 21 = K&R 2020, 242 (Ls.) – *Zugang zu Umweltinformationen*.

24) EuGH, 13.11.2018 – C-310/17, WRP 2019, 55 – *Levola Hengelo/Smilde Foods*; EuGH, 12.09.2019 – C-683, WRP 2019, 1449 – *Cofemel/G-Star Raw*.

25) RL 91/250/EWG, neu gefasst als RL 2009/24/EG.

26) *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 15), § 2 Rn. 14.

## Enders, Geheimnisschutz durch Urheberrecht – Flankierender Schutz zum GeschGehG?

den können. Damit ist für alle Werkarten von einer einheitlichen Schutzuntergrenze auszugehen, die im Bereich der „kleinen Münze“ anzusiedeln ist. Es werden somit keine hohen Anforderungen an die Auswahl und die Anordnung des Stoffes gestellt.<sup>27)</sup>

16 Deutlich wird dies auch durch Art. 3 Abs. 1 der Datenbankrichtlinie,<sup>28)</sup> die für den Schutz als Datenbankwerk (§ 4 Abs. 2 UrhG) auf die „Struktur“ der Datenbank, nicht aber auf deren „Inhalt“ abstellt.<sup>29)</sup>

17 In Frage kommen aber auch die Leistungsschutzrechte der wissenschaftlichen Ausgabe (§ 70 Abs. 1 UrhG) sowie das Lichtbild (§ 72 Abs. 1 UrhG). Beide zuvor genannten Normen verweisen jeweils in Abs. 1 auf die für Werke geltenden Vorschriften, somit auch auf § 12 UrhG, der die „Veröffentlichung“ regelt.<sup>30)</sup>

### b) Information und „Umwandlung“ in qualifizierte Information

18 Schutzgegenstand des GeschGehG ist die *Information*. Im Gegensatz zum urheberrechtlichen Werkbegriff stellt das GeschGehG keine qualitativen Anforderungen an die zu schützende Information. Ihr Schutz ist unabhängig davon, ob diese ihrerseits einem Sonderrechtsschutz wie etwa dem Urheberrechtsschutz unterliegt.<sup>31)</sup>

19 Nicht geschützt sind demgegenüber „belanglose Informationen“, weil diese keinen wirtschaftlichen Wert besitzen.<sup>32)</sup> Ausgenommen sind auch allgemeine Berufserfahrungen oder der Zuwachs an Fachwissen aufgrund einer betrieblichen Tätigkeit.<sup>33)</sup>

20 Informationen sind nicht nur auf menschliche Gedankeninhalte wie Gutachten, Kundenlisten und Rezepturen beschränkt, sondern umschließen auch Algorithmen, Maschinencodes, Verschlüsselungen, wobei diese einen solchen Ausdruck gefunden haben müssen, dass sie durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt werden können. Wie auch im Urheberrecht werden reine Ideen nicht erfasst.<sup>34)</sup>

21 Das BVerwG hat sich mit der Werkqualität eines fachlichen Gutachtens (Umweltgutachten) beschäftigt und die Werkqualität wegen der durchgängig nicht (mehr) hoch anzusetzenden Gestaltungshöhe bejaht.<sup>35)</sup>

22 Demgegenüber werden sog. Gebrauchstexte wie etwa der militärische Lagebericht zwar kritisch gesehen, deren Werkqualität aber ohne eine nähere Auseinandersetzung mit dem europäischen Werkbegriff unterstellt,<sup>36)</sup> was auch für ein fünfzehnteiliges Manuskript als Schriftwerk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG gilt.<sup>37)</sup>

23 *Musterbeispiel* für ein schutzfähiges Objekt nach dem GeschGehG ist die Kundenliste. Als „einfache“ Liste kommt lediglich der Geheimnisschutz gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG in Frage. Diese kann aber zu einem urheberrechtlichen Werk, namentlich zu einem Datenbankwerk (§ 4 Abs. 2 UrhG) „umgewandelt“ werden, wobei dann nur die Struktur als solche dem Werkschutz

unterliegt, nicht aber der Inhalt, also die Informationen über die Kunden. Gleichwohl darf nicht unterschätzt werden, dass diese Umgestaltung – sofern die „Struktur“ Ausdruck einer eigenen geistigen Schöpfung ist – selbst die Qualität der Information erhöht (als added value).<sup>38)</sup> Im genannten Beispiel könnte eine solche Struktur gewählt werden, die nicht nur den Einzelzugriff auf Namen, Unternehmen und Ansprechpartner gewährt, sondern aufgliedert nach zahlreichen weiteren Funktionen als elektronische Datenbank fungiert, die nicht nur den Abruf zahlreicher weiterer Faktoren, wie etwa Umsätze, Reklamationen, Zuordnung von Zeitschienen ermöglicht, sondern auch die Verarbeitung neuer Datensätze (Eingabesätze) berücksichtigt und weitgehend automatisiert.<sup>39)</sup>

### 3. Geheimhaltung – Vergleich GeschGehG zum Urheberrecht

Kernproblem des Schutzes in diesem Kontext ist die Geheimhaltung, die je nach Schutzgrundlage unterschiedlich ausgestaltet ist. 24

Art. 39 TRIPS regelt den Schutz von Trade Secrets, der als Maßstab für § 2 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG dient.<sup>40)</sup> Deren einzelne Merkmale sollen mit den Geheimhaltungsvoraussetzungen der §§ 12 ff. UrhG verglichen werden. 25

Voraussetzungen des Geschäftsgeheimnisses gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG<sup>41)</sup> und damit auch die Anforderungen an die Geheimhaltung sind: 26

- Nichtoffenkundigkeit (von Tatsachen)
- daraus resultierender wirtschaftlicher Wert
- Beziehung zu einem Unternehmen
- Angemessenheit der Geheimhaltungsmaßnahme
- berechtigtes Interesse.

#### a) Nichtoffenkundigkeit versus negatives Veröffentlichungsrecht

In Deutschland wurde nach § 17 UWG a. F. die Nichtoffenkundigkeit als „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis“ verstanden, wobei die Unterscheidung zwei Ausrichtungen hat, namentlich das kaufmännische Geschäftsgeheimnis, z. B. Kundenlisten,<sup>42)</sup> und das technische Betriebsgeheimnis,<sup>43)</sup> z. B. die Funktionsweise von Geräten.<sup>44)</sup> Aus dieser Unterscheidung folgt allerdings kein Hinweis auf die Anforderungen, die an eine Information zu deren Qualifikation als geschütztes Know How zu stellen sind. Es wird jedenfalls ein weiter Geheimnisbegriff zugrunde gelegt.<sup>45)</sup> In Art. 39 Abs. 2 lit. a) TRIPS (entsprechend auch § 2 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG) heißt es dazu: 27

Nicht offenbart sind Informationen, die „in ihrer Gesamtheit oder in der genauen Anordnung und Zusammenstellung ihrer Bestandteile Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit den fraglichen Informationen zu tun haben, nicht allgemein bekannt oder leicht zugänglich sind.“ Diese Definition verlangt keine absolute Geheimhaltung, sondern nur, dass die üblicherweise mit 28

27) BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189 Rn. 20 = K&R 2020, 242; EuGH, 12.09.2019 – C-683, WRP 2019, 1449 Rn. 29 – Cofemel/G-Star Raw; BGH, 13.11.2013 – I ZR 143/12, WRP 2014, 172 Rn. 18, 26 – Geburtstagszug.

28) RL 96/9/EG.

29) EuGH, 01.03.2012, C-604/10, WRP 2012, 695 Rn. 25 ff. – Football Dataco/Yahoo.

30) Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 70 Rn. 9, § 72 Rn. 16.

31) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 10), GeschGehG § 2 Rn. 27; Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 2 Rn. 14.

32) Erwägungsgrund 14 der RL EU/2016/943.

33) BGH, 12.09.2001 – I ZR 40/99, WRP 2001, 1174 – Spritzgießwerkzeuge.

34) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 10), GeschGehG § 2 Rn. 25 f.; Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 2 Rn. 21.

35) BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189, 191 Rn. 24 – Zugang zu Umweltinformationen.

36) BGH, 30.04.2020 – I ZR 228/15, WRP 2020, 1043, 1045 Rn. 13 – Afghanistan Papiere II.

37) BGH, 30.04.2020 – I ZR 139/15, WRP 2020, 1050, 1053 Rn. 18 – Reformistischer Aufbruch II.

38) Enders, Beratung im Urheber- und Medienrecht, 4. Aufl. 2015 § 4 Rn. 14; Enders, GRUR 2012, 25.

39) Vgl. die Nachweise über besondere Datensammlungen in Rechtsprechung und Literatur bei Schulze, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 2 Rn. 130; § 4 Rn. 16; Marquardt, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 4 Rn. 12.

40) Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 2 Rn. 7.

41) Alexander, WRP 2019, 673; Thiel, WRP 2019, 700; Partsch/Rump, NJW 2020, 118.

42) BGH, 19.12.2002 – I ZR 160/00, WRP 2003, 642 – Verwertung von Kundenlisten; auch privat gefertigte Notizen zu einzelnen Kunden LAG Düsseldorf, 03.06.2020 – 12 SaGa 4/20, GRUR-RS 2020, 23408.

43) Obwohl es in § 2 Abs. 1 GeschGehG nur noch „Geschäftsgeheimnis“ heißt, ist auch das Betriebsgeheimnis miterfasst; Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 2 Rn. 9.

44) BGH, 31.10.2002 – I ZR 60/00, WRP 2003, 500, 501 – Präzisionsmessgeräte.

45) BGH, 25.02.1955 – I ZR 107/53, GRUR 1955, 424 – Möbelpaste; BGH, 01.07.1960 – I ZR 72/59, WRP 1960, 241 – Wurftaubenpresse; BGH, 23.03.1995 – 4 StR 746/94, BGHSt 41, 140 – Angebote auf ausgeschriebene Bauwerke.

## Enders, Geheimnisschutz durch Urheberrecht – Flankierender Schutz zum GeschGehG?

Informationen umgehenden Personen von dem konkreten Geheimnis weder allgemeine Kenntnis besitzen noch leichten Zugang haben.<sup>46)</sup>

- 29 Im Urheberrecht gilt, dass das Werk die durch § 12 Abs. 1 UrhG gewährte *Geheimnissphäre* (negatives Veröffentlichungsrecht) mit deren Veröffentlichung verlässt. Dabei kann die Erstveröffentlichung auch mittels elektronischer Medien erfolgen. Das ist dann nicht (mehr) der Fall, wenn ein Werk außerhalb des Internets bereits im Wesentlichen veröffentlicht wurde und anschließend online gestellt werden soll. Veröffentlicht ist ein Werk noch nicht bei einer abgrenzbaren Personenzahl von Nutzern, in der Regel nicht beim Einstellen ins Intranet.<sup>47)</sup>
- 30 Die öffentliche Mitteilung bzw. Beschreibung gemäß § 12 Abs. 2 UrhG hat keinen unmittelbaren Werkbezug. Geschützt ist das Recht der Erstmitteilung. Das Geheimnis bezieht sich hier auf den schutzfähigen Inhalt. Selbst nach Veröffentlichung des in Bezug genommenen Werkes ist das Mitteilungsrecht noch nicht verbraucht.<sup>48)</sup>

### b) Wirtschaftlicher Wert versus Mitteilungswert

- 31 Aufgrund der mangelnden Offenbarung muss die maßgebliche Information einen wirtschaftlichen Wert aufweisen. Dieses Merkmal ist in § 2 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG lediglich als Unterpunkt zur nicht offenbarten Information aufgeführt, folgt aber aus Art. 39 Abs. 2 lit. b) TRIPS.<sup>49)</sup>
- 32 Zwar muss die Information für sich gesehen keinen Wert besitzen, wohl aber muss sich der Wert gerade aus der Geheimhaltung ergeben. Denn daraus resultiert der hier maßgebliche Wettbewerbsvorsprung. Es geht entweder um einen realen oder potenziellen Wert. Zu letzterem zählen Forschungsergebnisse, wenn noch keine aktuelle Vermarktung erfolgt.<sup>50)</sup>
- 33 Der Schutz der Information erlischt, wenn diese auf lauterem Weg bekannt geworden ist, was der Grundidee des Know How-Schutzes als Zugangsschutz entspricht. Letztlich geht es um den Unternehmensschutz in einer gewissen Ausprägung.
- 34 Da das urheberrechtliche Werk als qualifizierte Information ohnehin einen „Wert“ besitzt, gibt es im Urheberrecht im Gegensatz zum GeschGehG an sich keine „wertlose“ Information. Die Rechtsprechung<sup>51)</sup> weist zudem darauf hin, dass das urheberrechtliche Verwertungsrecht auch die Befugnis umfasse, von der Verwertung eines Werkes abzusehen (negative Veröffentlichungsfreiheit), was eine Entscheidung von „wirtschaftlichem Gewicht“ darstellt. Auch im Hinblick auf das Mitteilungsrecht des § 12 Abs. 2 UrhG besteht eine vergleichbare Situation. Denn auch hier erlangt diese Information einen Mitteilungswert durch die (bisherige) Geheimhaltung. Ein Beispiel hierfür ist die Steuerung einer Werbekampagne etwa für einen Film durch gezielte (Teil-)Informationen.<sup>52)</sup>

### c) Zuordnung zu einem Unternehmen versus Nutzungsrecht und Arbeitnehmerurheberrecht

- 35 Die nicht offenkundige Information muss dem entsprechenden Unternehmen zugeordnet werden („lawfully within their control“, Art. 39 Abs. 2 TRIPS) also eine Beziehung zu einem Unter-

nehmen aufweisen. Folglich müssen diese Informationen gewerblichen Charakter haben, womit Informationen aus der Privatsphäre ausgenommen sind.

Wiederum ein Beispiel: Ein Mitarbeiter eines Unternehmens teilt einem Freund, der bei einem Konkurrenzunternehmen beschäftigt ist, seine Kündigungsabsicht mit. Sofern Ersterer nicht annehmen musste, dass diese Information dem Konkurrenzunternehmen zugeht, erfolgt keine Zuordnung zum Unternehmensbereich. Anders stellt sich die rechtliche Beurteilung dann dar, wenn der Mitarbeiter erreichen wollte, dass diese „negative Information“ den Konkurrenten erreicht. Dann handelt es sich um eine Information in der Unternehmenssphäre, da nunmehr eine „Abwerbung“ erleichtert wird und somit ein Wettbewerbsvorsprung eingeholt werden könnte.<sup>53)</sup>

Informationen der öffentlichen Verwaltung, von Hochschulen und Forschungsinstituten im Forschungsbereich sind, soweit diese als hoheitlich einzustufen sind, nicht unternehmensbezogen. Eine andere Beurteilung erfolgt aber dann, wenn diese Forschungs- und Entwicklungsergebnisse im Rahmen der Drittmitelforschung einem Unternehmen zu Gute kommen.<sup>54)</sup>

Die *Zuordnung von Geheimnissen* hat im Hinblick auf die neue Konzeption des Geschäftsgeheimnisses als sonstige Schutzposition, also als einer Person zugeordnetes Rechtsgut, eine besondere Bedeutung. Gerade im Verhältnis zu Arbeitnehmern besteht nunmehr die Notwendigkeit der Aufnahme einer Regelung die klarstellt, dass dem Unternehmen als Arbeitgeber das Geheimnis zusteht und sich damit unter dessen „rechtmäßiger Kontrolle“ (§ 2 Nr. 2 GeschGehG) befindet.<sup>55)</sup> Im Urheberrecht gibt es keine zwingende Zuordnung zu einem Unternehmen. Allerdings ist diese selbstverständlich auch nicht ausgeschlossen. Zwar kann das Urheberrecht selbst bis auf den Fall der Erbschaft nicht übertragen werden (§ 29 UrhG), was auch für das Veröffentlichungsrecht als Urheberpersönlichkeitsrecht gilt. Allerdings kann die Veröffentlichung selbst Dritten, also auch einem Unternehmen, überlassen werden. Zudem ist es zulässig und gängige Praxis, dass der Urheber im Rahmen einer Nutzungsrechtseinräumung (Lizenzvertrag) dem Nutzungsberechtigten die Veröffentlichung des Werkes gestattet und es dann (in einem zweiten Schritt) dem Nutzungsberechtigten überlässt, wann und wie er von dieser Befugnis Gebrauch macht.<sup>56)</sup>

Im Gegensatz zum GeschGehG, das eine gesetzliche Zuordnung der Arbeitsergebnisse von Arbeitnehmern zum Unternehmen als Arbeitgeber nicht (ausdrücklich) vorsieht,<sup>57)</sup> folgt aus § 43 sowie § 69b UrhG, dass die von einem Arbeitnehmer im Rahmen der diesem obliegenden Pflichten erstellten Werke in ihrer Nutzung (als exklusives Nutzungsrecht) dem Arbeitgeber zustehen.<sup>58)</sup>

In der *betrieblichen Praxis* stehen oftmals Leistungen der Arbeitnehmer aus Urheber-, Design- oder Patentrechten, die zugleich aber auch ein Geschäftsgeheimnis darstellen, nebeneinander. Es bietet sich dann an, die Vertraulichkeit dieser Rechte vor Inanspruchnahme oder Lizenzerteilung vertraglich abzusichern.<sup>59)</sup>

### d) Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen versus Rechteevorbehalt und technische Schutzmaßnahmen

Früher wurde ein (subjektiver) Geheimhaltungswille grundsätzlich vermutet, zumindest dann, wenn es sich um Betriebsinterna

46) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 10), GeschGehG § 2 Rn. 31 ff.; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), Rn. 22 ff.

47) Enders, KUR 2020, 83, 84; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 12 Rn. 2.

48) Vgl. *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 12 Rn. 24; *Dreyer*, in: Dreier/Kotthoff/Meckel/Hentsch (Fn. 15), § 12 Rn. 25; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 12 Rn. 19.

49) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 10), GeschGehG § 2 Rn. 39; *Kalbfus*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), Einleitung A. Rn. 154-164.

50) *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 2 Rn. 39; *Ohly*, GRUR 2019, 441, 443.

51) OLG München, 14.06.2012 – 29 U 1204/12, WRP 2012, 1298 – Das unlesbare Buch.

52) Insgesamt dazu *Lerach*, GRUR-Prax 2020, 299, 301.

53) *Barth/Corzelius*, WRP 2020, 29 Rn. 5; *Enders*, GRUR 2012, 25, 27.

54) *Kalbfus*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), Einleitung B. Rn. 39.

55) *Kalbfus*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), Einleitung B. Rn. 36.

56) *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 12 UrhG Rn. 2; *Dreyer*, in: Dreier/Kotthoff/Meckel/Hentsch (Fn. 15), § 12 Rn. 15; *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 12 Rn. 9-15.

57) *Werner*, WRP 2019, 1428, 1429 Rn. 14; *Enders*, GRUR 2012, 25, 27.

58) *Dreier*, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 43 Rn. 1; *Wandtke*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 43 Rn. 46.

59) *McGuire*, WRP 2019, 679, 683 Rn. 30.

## Enders, Geheimnisschutz durch Urheberrecht – Flankierender Schutz zum GeschGehG?

handelt. Die Erkennbarkeit des Nichtoffenbarungswillens war bis zur Einführung des GeschGehG keine Know-How-Schutzvoraussetzung.<sup>60)</sup> Inzwischen hat sich dies durch § 2 Nr. 1 lit. b) GeschGehG insofern geändert, dass nunmehr angemessene, also objektiv nachvollziehbare Geheimhaltungsmaßnahmen verlangt werden.<sup>61)</sup>

- 42 In der betrieblichen Praxis sind diese neuen Anforderungen an den Geheimnisschutz nicht zu unterschätzen. Denn die Angemessenheit der Geheimhaltung erfordert konkrete Maßnahmen, die entweder durch technische, organisatorische oder rechtliche Vorkehrungen umzusetzen und im Streitfall auch darzulegen und zu beweisen sind.<sup>62)</sup> Auch hier zeigt sich in gewissen Bereichen ein Vorteil des Urheberrechts. Werden, wie häufig, Geheimnisse auf Datenprogrammen eines Computers abgelegt, so ist diese Datei selbst unter anderem vor unerlaubter Kopie geschützt (§ 69c Nr. 1 UrhG). Während die IT-Infrastruktur immer wieder aktualisiert werden muss, um den notwendigen Geheimnisschutzmaßnahmen gerecht zu werden,<sup>63)</sup> gilt dies für den Urheberrechtsschutz nicht.<sup>64)</sup>
- 43 Für das urheberrechtliche Geheimnisschutzrecht spielt das Merkmal der angemessenen Schutzmaßnahmen nur eine untergeordnete Rolle. Allerdings wird auch im Urheberrecht, etwa bei der Veräußerung eines Originals der bildenden Kunst, ein Rechteevorbehalt gegenüber dem Erwerber verlangt, wenn Ersterer das Veröffentlichungsrecht behalten will (§ 44 Abs. 2 UrhG).
- 44 § 49 Abs. 1 UrhG sieht ebenfalls einen Rechteevorbehalt für den Fall vor, dass der Urheber oder ein Berechtigter, etwa ein Zeitungsverlag, einen Bericht in anderen Tageszeitungen oder Rundfunkgesellschaften über aktuelle Ereignisse verhindern möchte.
- 45 Ein weiterer Gesichtspunkt ergibt sich aus der Möglichkeit *technischer Schutzmaßnahmen* gem. §§ 95a ff. UrhG.<sup>65)</sup> Es bestand Unsicherheit über die rechtliche Einordnung des Einsatzes von Schutzmaßnahmen bei Verlinkungsfällen, denn der BGH hatte dem EuGH in einem Rechtsstreit zwischen der Stiftung Preußischer Kulturbesitz als Trägerin der Deutschen Digitalen Bibliothek (DBB) und der VG Bild-Kunst die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die VG Bild-Kunst die Einräumung von Nutzungsrechten an der öffentlichen Zugänglichmachung von einer vertraglichen Verpflichtung technischer Schutzmaßnahmen abhängig machen kann.<sup>66)</sup> Nunmehr hat der EuGH die Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen als öffentliche Zugänglichmachung eingestuft, da die von der VG Bild-Kunst vertretenen Urheber die mit Schutzmaßnahmen versehenen Kunstwerke nur einem begrenzten Nutzerkreis zuführen wollten und somit das Recht der öffentlichen Wiedergabe noch nicht „erschöpft“ sei.<sup>67)</sup> Denn mit Umgehung der technischen Schutzmaßnahmen werde ein neues, von den Rechteinhabern nicht vorgesehenes, Publikum erreicht.

60) BGH, 13.07.2006 – I ZR 241/03, WRP 2006, 1511 – Kundendatenprogramm.

61) OLG Hamm, 15.09.2020 – 4 U 177/19, WRP 2021, 223, 236 Rn. 152 ff. – Stopfaggregat; OLG Stuttgart, 19.11.2020 – 2 U 575/19, WRP 2021, 242, 256 Rn. 172 ff. – Schaumstoffsysteme; *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 10), GeschGehG § 2 Rn. 65 ff.; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 2 Rn. 40 ff.; *Hille*, WRP 2019, 1408; *Maaßen*, GRUR 2019, 352, 355; *Partsch/Rump*, NJW 2020, 118.

62) *McGuire*, in: Büscher, UWG (Fn. 13), § 2 GeschGehG Rn. 43; *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 2 Rn. 40 ff.

63) *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 10), GeschGehG § 2 Rn. 69.

64) *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 69c Rn. 4; *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 15), § 69c Rn. 5.

65) *Enders*, ZUM 2004, 593.

66) BGH, 25.04.2019 – I ZR 113/18, WRP 2019, 890 – Deutsche Digitale Bibliothek.

67) EuGH, 09.03.2021 – C-392/19, WRP 2021, 600, Rn. 47 – VG Bild-Kunst/Stiftung Preußischer Kulturbesitz.

## e) Berechtigtes Interesse versus verbotene Werke

Nunmehr wird zusätzlich noch ein berechtigtes Interesse verlangt (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) GeschGehG).<sup>68)</sup> Dieses Merkmal wird auf Erwägungsgrund 14 der RL (EU) 2016/943 gestützt, der zum Ausdruck bringt, dass das Interesse an der Geheimhaltung illegaler Machenschaften keinen Schutz verdient. Zudem soll verhindert werden, dass das GeschGehG den investigativen Journalismus erschweren könnte.<sup>69)</sup>

Ein verbotenes Werk gibt es nach deutschem Urheberrecht nicht, somit wird kein „berechtigtes“ Interesse an einem Werkschutz geprüft. Gleichwohl hat die jüngere Diskussion um den Geheimnisschutz durch Urheberrecht dieses Interesse – die des Staates – in den Vordergrund gerückt. So wurde im Kontext der Entscheidung zu den „Afghanistan-Papieren“<sup>70)</sup> die Ansicht geäußert, dass der Staat das Urheberrecht nicht missbrauchen dürfe, um eine ihm unliebsame Berichterstattung zu verhindern. Es gebe also kein legitimes Interesse des Staates an einem urheberrechtlichen Geheimnisschutz.<sup>71)</sup> Sogar von einer missbräuchlichen Nutzung des Urheberrechts war die Rede.<sup>72)</sup> Zudem stehe die Verhinderung der Veröffentlichung staatlicher Dokumente in Widerspruch zu den Zielen der Informationsfreiheit, was aber so nicht richtig ist. Denn es gab schon vor Jahren Entscheidungen, in denen das Urheberrecht als Instrument der Unterdrückung von Inhalten eingesetzt wurde, namentlich gegen umfassende Zitate aus dem Buch „Mein Kampf“.<sup>73)</sup>

## III. Schutzzumfang, Schranken und Durchsetzung des Geheimnisschutzes

Schutzzumfang, Schranken und Durchsetzung sind im GeschGehG sowie im Urheberrecht unterschiedlich ausgestaltet. Auch hier sollen die beiden „Systeme“ gegenübergestellt werden.

## 1. Erlaubte und verbotene Handlungen

§§ 3 bis 5 GeschGehG setzen Art. 3 bis 5 RL (EU) 2016/943 in der Weise um, dass § 3 GeschGehG stets erlaubte Handlungen regelt, § 4 GeschGehG die Rechtsverletzungen (verbotene Handlungen) und § 5 GeschGehG die ausnahmsweise zulässigen Verhaltensweisen (Ausnahmen). Das Urheberrecht kennt die Unterscheidung zwischen verbotenen und erlaubten Handlungen in dieser Weise zwar nicht, gleichwohl gibt es mehrere Überschneidungen. Die Schrankenregelungen der §§ 44a ff. UrhG weisen gewisse Parallelen zu § 5 GeschGehG auf.

## a) Erlaubte Handlungen

Parallelen zum Urheberrecht gibt es im Hinblick auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG, der zum Ausdruck bringt, dass „eigenständige“ Entdeckungen oder Schöpfungen generell erlaubt sind. Damit entspricht das Schutzkonzept des GeschGehG grundsätzlich dem des Urheberrechts, das ebenfalls die Möglichkeit der „Doppelschöpfung“ vorsieht.<sup>74)</sup> Im Gegensatz zu den gewerblichen Schutzrechten, wie etwa dem Patentrecht (§ 40 PatG), dem Designrecht (§ 48 DesignG) und dem Markenrecht (§ 12 MarkenG) gibt es sowohl im GeschGehG als auch im UrhG keine gesetzliche Priorität. Wenn in § 3 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG von „Entdeckung“ oder „Schöpfung“ die Rede ist, so ist mit letzterem Begriff nicht die persönliche geistige Schöpfung des § 2 Abs. 2 UrhG gemeint.<sup>75)</sup>

68) *Wiebe*, NVwZ 2019, 1705, 1707 sieht dieses Kriterium als EU-rechtswidrig an, da es nicht mit dem Richtlinientext in Einklang zu bringen sei.

69) *Ohly*, GRUR 2019, 441, 444.

70) BGH, 30.04.2020 – I ZR 139/15, WRP 2020, 1043, 1045 Rn. 12 ff. – Afghanistan Papiere II.

71) *Lerach*, GRUR-Prax 2020, 299, 300.

72) *Hofmann*, GRUR-Prax 2020, 264, 265; *Hofmann*, GRUR 2020, 915.

73) OLG München, 14.06.2012 – 29 U 1204/12, WRP 2012, 1298 – Das unlesbare Buch.

74) BT-Drs. 19/4724, 25.

75) *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 10), GeschGehG § 3 Rn. 17; *Ohly*, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 3 Rn. 13.

## Enders, Geheimnisschutz durch Urheberrecht – Flankierender Schutz zum GeschGehG?

Vielmehr sind im GeschGehG sämtliche Vorgänge erfasst, die zu einem Geschäftsgeheimnis führen, wobei dies durch kreative Handlungen und Erfahrungen geschehen kann, wie etwa die Entwicklung einer Rezeptur. Auch das Gewinnen von Daten durch eine automatisierte Aufzeichnung würde diesen Schöpfungsbegriff erfüllen, was dafür spricht, dass die Grenzziehung zum urheberrechtlichen Werkbegriff fließend ist, denn die Schaffung etwa eines Computerprogramms (§ 69a UrhG) oder eines Datenbankwerks (§ 4 Abs. 2 UrhG) verlangen nur eine „kleine Münze“, was inzwischen für sämtliche Werkarten gilt.<sup>76)</sup>

- 51** Das in § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG nunmehr grundsätzlich erlaubte Reverse Engineering gibt es auch in § 69e UrhG (Dekompilierung) und soll den Zugang zu Schnittstellen,<sup>77)</sup> somit auch die Interoperabilität von Computerprogrammen ermöglichen.
- 52** Beim Schutz von Geschäftsgeheimnissen muss das maßgebliche Produkt öffentlich verfügbar gemacht worden sein oder sich im rechtmäßigen Besitz des Erwerbers befinden. Bemerkenswert ist auch, dass der Begriff der „Gegenstände“ in dieser Norm körperliche und unkörperliche Objekte, wie zum Beispiel Computerprogramme (also auch Algorithmen), mitefasst.<sup>78)</sup>
- 53** Der praktische Unterschied der beiden Rechtsregime liegt in der Rechtsfolge. Während der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG nur die Erlangung legitimiert – jedenfalls die Nutzung oder Offenlegung vertraglich verboten werden kann<sup>79)</sup> –, erlaubt § 69e UrhG bei Computerprogrammen die Rückübersetzung und damit auch die Erschließung von Programmstrukturen, ohne dass hier eine vertragliche Beschränkung zulässig wäre (§ 69g Abs. 2 UrhG). Letztlich wird damit die Aufdeckung und in gewissem Umfang auch die Verwendung von „geheimem Know How“ ermöglicht.<sup>80)</sup>
- 54** Umgekehrt besagt § 69g Abs. 1 UrhG, dass der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch die Bestimmungen zum Schutz von Computerprogrammen unberührt bleibt. Das heißt allerdings nicht, dass die sondergesetzlichen Handlungen des Dekompilierens (auch gem. § 69d Abs. 1 UrhG „abredefreier Kern“<sup>81)</sup>) damit unterbunden werden könnten.<sup>82)</sup>
- 55** § 3 Abs. 2 GeschGehG sieht im Gegensatz zu Abs. 1 keine generelle Erlaubnis vor, sondern knüpft an bestehende Gesetze oder vertragliche Regelungen an. Zu ersteren gehören auch spezielle Normen über Auskunfts- und Besichtigungsrechte wie etwa §§ 809, 810 BGB und §§ 101, 101a UrhG. Zudem nimmt diese Regelung („durch Rechtsgeschäft“) Bezug auf Lizenzverträge, die sowohl nach dem GeschGehG als auch dem UrhG vereinbart werden können, da beide Schutzgegenstände verkehrsfähig sind. Der Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses kann mit Dritten Vereinbarungen über das Erlangen, Nutzen oder Offenbaren eines Geheimnisses treffen,<sup>83)</sup> was auch für sämtliche Urheberpersönlichkeits- und Urheberverwertungsrechte gilt.<sup>84)</sup>

76) S. o. Fn. 27.

77) Zum Umfang der für die Interoperabilität notwendigen Teile (Abs. 1 Nr. 3), insbesondere zu der Frage, ob auch „undefinierte“ Schnittstellen erfasst sind; dafür Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 69e Rn. 16, dagegen: Wiebe, in: Spindler/Schuster (Fn. 47), § 69e Rn. 8.

78) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 10), GeschGehG § 3 Rn. 29; Ohly, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 3 Rn. 21.

79) Ohly, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 3 Rn. 28.

80) Spindler, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 15), § 69e Rn. 4, 18; Triebe, WRP 2018, 795, 799 Rn. 40.

81) Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 69d Rn. 12.

82) Dreier, in: Dreier/Schulze (Fn. 15), § 69g Rn. 1; Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 69g Rn. 33 ff.

83) Kalbfus/Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), Einleitung B. Rn. 105.

84) Bullinger, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 12 Rn. 2.

**b) Verbotene Handlungen**

Im Urheberrecht wird das Recht auf Geheimhaltung primär durch das als Urheberpersönlichkeitsrecht ausgestaltete „Veröffentlichungsrecht“ gem. § 12 UrhG erreicht, das sich auf alle Werkarten bezieht. Gemeint ist das Recht der Erstveröffentlichung, das allerdings grundsätzlich auch durch die Verwertungsrechte der §§ 15 ff. UrhG erreicht werden kann. Selbständige Bedeutung hat § 12 Abs. 1 UrhG dann, wenn der Urheber die Erstveröffentlichung in eigener Regie durchführt und sich dabei die Entscheidung über alle denkbaren Folgenutzungen vorbehält.<sup>85)</sup> Anspruch auf immateriellen Schaden hat der Urheber gem. § 97 Abs. 2 UrhG bei einer schwerwiegenden Verletzung des Veröffentlichungsrechts, da Voraussetzung hierfür nur die Verletzung eines Urheberpersönlichkeitsrechts sein kann. Schließlich ist es dem Urheber unter Berufung auf § 12 UrhG möglich, die öffentliche Ausstellung eines unveröffentlichten Werkes, das kein Werk der bildenden Kunst und kein Lichtbild ist, zu verhindern. Demgegenüber betrifft das den Verwertungsrechten zuzuordnende Ausstellungsrecht (§ 18 UrhG) lediglich die Werke der bildenden Kunst sowie der Lichtbilder.<sup>86)</sup>

Die Verletzungstatbestände des GeschGehG sind § 4 zu entnehmen. Gegenstand des § 4 GeschGehG ist die Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses in drei Formen, erstens die unmittelbare Rechtsverletzung durch das Erlangen (§ 4 Abs. 1 GeschGehG), das Nutzen und das Offenlegen (§ 4 Abs. 2 GeschGehG). Die zweite und dritte Variante betreffen die mittelbare Rechtsverletzung durch Handlungen innerhalb der „Verletzungskette“ und Handlungen in Bezug auf rechtsverletzende Produkte. Die mittelbare Rechtsverletzung kann nur gegen denjenigen gerichtet werden, der die Handlungen mit Kenntnis (Wissen bzw. Wissen müssen) über die Rechtsverletzung des unmittelbar Handelnden verübt (§ 4 Abs. 3 GeschGehG).<sup>87)</sup>

Für die Praxis von besonderer Bedeutung ist, dass ein urheberrechtlicher Unterlassungsanspruch im Gegensatz zu einem solchen Recht aufgrund der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses auch *ohne ein subjektives Element* besteht. Denn der Anspruch auf Unterlassung gem. § 97 Abs. 1 UrhG richtet sich gegen jeden, der gegen §§ 12 ff. oder §§ 15 ff. UrhG verstößt, selbst wenn dieser keinerlei Kenntnisse von dem Rechtsverstoß (auch einem Verstoß in der Vertriebskette) hatte.<sup>88)</sup>

**2. Ausnahmen, Verbrauch und Schranken**

Die Ausnahmeregelungen des § 5 GeschGehG sollen im Einzelfall die Anwendung des § 4 GeschGehG ausschließen und stehen damit den urheberrechtlichen Schrankenregelungen nahe.<sup>89)</sup>

**a) Ausnahmen**

§ 5 Abs. 1 GeschGehG sieht als Ausnahmetatbestände zunächst den Schutz der Meinungsfreiheit, der Informationsfreiheit sowie der Pluralität der Medien (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG) vor, die im Kontext zum Geheimnisschutz diskutiert werden.<sup>90)</sup> Zulässig-

85) Peukert, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 15), § 12 Rn. 21.

86) Enders, KUR 2020, 83, 84; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 15), § 12 Rn. 17 f.

87) OLG Frankfurt a. M., 27.11.2020 – 6 W 113/20, WRP 2021, 356, 358 Rn. 30 – Unterlassungsansprüche nach GeschGehG im Eilverfahren; siehe auch die „Kaskade“ der Verletzungshandlungen bei Ohly, GRUR 2019, 441, 445; zu den rechtsverletzenden Produkten Ess, WRP 2019, 988.

88) Wimmers, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 15), § 97 Rn. 215.

89) Ohly, GRUR 2019, 441, 447 sieht diese Regelungen als Rechtfertigungsgründe, was allerdings nicht mehr der Überschrift – ursprünglich war die Bezeichnung „Rechtfertigungsgründe“ vorgesehen – und dem Wortlaut dieser Norm entspricht. Die ursprünglich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe wurden im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu Tatbestandsausnahmen umgestaltet. Hintergrund waren die durch Medienvertreter vorgebrachten Bedenken, dass eine abschreckende Wirkung auf Journalisten dann erfolge, wenn die Ausübung der Meinungsfreiheit als mögliche tatbestandliche Geheimnisverletzung qualifiziert würde (BT-Drs. 19/8300, 14).

90) BGH, 30.04.2020 – I ZR 139/15, WRP 2020, 1043, 1045 Rn. 23 ff – Afghanistan Papiere II.



## Enders, Geheimnisschutz durch Urheberrecht – Flankierender Schutz zum GeschGehG?

ge Einschränkungen kommen unter zwei Gesichtspunkten in Betracht: diese Freiheitsrechte dürfen gem. Art. 52 GR-Charta unter Achtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur aus Gründen des Gemeinwohls oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer vorgenommen werden. Zudem ist Art. 10 Abs. 2 EMRK zu beachten, der Einschränkungen zum Schutz des guten Rufes oder die Rechte anderer und zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen vorsieht.<sup>91)</sup>

- 61 Die weiteren Ausnahmetatbestände betreffen das Whistleblowing (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG)<sup>92)</sup> sowie die Wahrnehmung kollektiver Arbeitnehmerrechte (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 GeschGehG).<sup>93)</sup>

### b) Verbrauch des Veröffentlichungsrechts und Schranken

- 62 Grenze des Veröffentlichungsrechts im Urheberrecht ist einerseits der Verbrauch durch aktive Handlung des Urhebers, andererseits durch die gesetzlichen Schrankenregelungen der §§ 44a ff. UrhG.

#### aa) Verbrauch des Veröffentlichungsrechts

- 63 Der Verbrauch des Veröffentlichungsrechts nach dem UrhG orientiert sich sowohl an § 6 Abs. 1 UrhG (eher weiter Begriff der Öffentlichkeit) als auch, wenn es um die Verwertung geht, an § 15 Abs. 2 UrhG (eher enger Begriff der Öffentlichkeit).<sup>94)</sup> Bei richtlinienkonformer Auslegung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe als vollständig harmonisiertes Recht nach Art. 3 InfoSoc-Richtlinie<sup>95)</sup> kommt es auf zwei Merkmale an, namentlich die Wiedergabe sowie die Öffentlichkeit. Eine Wiedergabe liegt bereits dann vor, wenn ein Werk in der Weise zugänglich gemacht wird, dass eine Nutzungsmöglichkeit besteht (etwa durch Setzen eines Hyperlinks im Internet). Öffentlichkeit heißt, dass eine unbestimmte Anzahl potenzieller Adressaten angesprochen ist.<sup>96)</sup> Das BVerwG hat das Einreichen von Antragsunterlagen bei der zuständigen Behörde noch nicht als Verbrauch des Veröffentlichungsrechts eingestuft.<sup>97)</sup> Fraglich ist darüber hinaus, ob der Verbrauch sich immer nur in der Weise manifestiert, dass eine bestimmte Art und Weise der Erstveröffentlichung zu einer Preisgabe des Geheimnisses führt, somit ein und dasselbe Werk mehrfach veröffentlicht werden könnte. Gegenstand einer Entscheidung des LG Berlin<sup>98)</sup> war die Frage, ob nach Veröffentlichung eines Portraits in gedruckter Form noch eine weitere Veröffentlichung durch eine Fernsehsendung erfolgen kann, was dort bejaht wurde.

#### bb) Schranken des Urheberrechts

- 64 Gesetzliche Schranken des UrhG wurden gerade in den bereits genannten aktuellen Urteilen diskutiert. Das BVerwG<sup>99)</sup> lehnt die Rechtfertigung eines urheberrechtlichen Eingriffs in das negative Veröffentlichungsrecht gem. § 45 UrhG (Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke von Werken in Verfahren vor einem Gericht oder einer Behörde) ab, da eine solche von der Behörde bestandskräftig untersagt worden sei, was auch für eine denkbare Rechtfertigung gem. § 53 UrhG (Privatkopierschran-

ke) gelte. Zwar könnten die zuvor genannten Normen im Kontext zu § 12 UrhG (Erstveröffentlichungsrecht) grundsätzlich Anwendung finden. Die Zielsetzung dieser Normen decke jedoch nicht die Verwirklichung eigenständiger Informationsansprüche. § 45 UrhG diene lediglich als Beweis- und Hilfsmittel eines Gerichtsverfahrens und verfolge darüber hinaus keine eigenständigen Zwecke, was hier auch für die Privatkopierfreiheit (§ 53 UrhG) gelten muss.<sup>100)</sup>

Ein „überwiegendes Interesse“ an der Bekanntgabe der begehrten Informationen lehnt das BVerwG ab. Das *Allgemeininteresse* der Öffentlichkeit, Zugang zu Informationen über die Umwelt zu erhalten, genüge nicht. Denn andernfalls überwäge das öffentliche Interesse stets und die Abwägung im Einzelfall wäre entbehrlich.<sup>101)</sup>

Der BGH<sup>102)</sup> hat entschieden, dass die Abwägung zwischen *Erstveröffentlichungsrecht* (§ 12 UrhG) und der Berichterstattung über Tagesereignisse (§ 50 UrhG) hier zugunsten der Schrankenregelung des § 50 UrhG ausfalle. Zudem könne sich der Staat nicht auf ein Urheberpersönlichkeitsrecht berufen, da dies nicht das Interesse an der Geheimhaltung nachteiliger Informationen schütze. Vielmehr komme in diesem Fall, in dem es um die Berichterstattung über Auslandseinsätze der Bundeswehr gehe, der Meinungs- und Pressefreiheit ein besonders hoher Rang zu.<sup>103)</sup> Letzteres Argument kann aber im (rein) zivilrechtlichen Anwendungsbereich nicht herangezogen werden. Zudem hat das BVerfG<sup>104)</sup> im Hinblick auf die „Dauerausstellung“ eines Kunstwerkes in einem Online-Archiv einer Zeitung die Schranke des § 50 UrhG eng ausgelegt.<sup>105)</sup>

### 3. Durchsetzung von Ansprüchen – Vergleich Geschäftsgeheimnisschutz zu Urheberrecht

67 Der neue Geheimnisschutz ist den Sonderschutzrechten des geistigen Eigentums, wie etwa dem des Urheberrechts, nachgebildet. §§ 6-14 GeschGehG gewähren die typischen zivilrechtlichen Schutzrechte wie etwa den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, den Anspruch auf Schadensersatz, auf Auskunft sowie auf Vernichtung illegal erstellter bzw. vertriebener Produkte. Diese Normen finden in den §§ 97-101b UrhG ihre Entsprechung. Hinzu treten noch die Straftatbestände des § 23 GeschGehG sowie korrespondierend der §§ 106-111 UrhG.

Besonderheiten gibt es aber im Hinblick auf die *Verhältnismäßigkeitsprüfung* des § 9 GeschGehG sowie des speziellen *prozessualen Geheimnisschutzverfahrens* gem. §§ 16-20 GeschGehG.

#### a) Verhältnismäßigkeitsprüfung

69 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit findet in Art. 3 Abs. 2 Durchsetzungs-Richtlinie (2004/48/EG) ihren Ausdruck und soll im Rahmen der Durchsetzung geistiger Schutzrechte, also auch im Urheberrecht, eine Balance zwischen Durchsetzungs- und Verletzterinteressen herstellen.

70 Für den Geheimnisschutz setzt § 9 GeschGehG dieses Gebot in besonderer Weise um und hat Alleinstellungscharakter.<sup>106)</sup> Diese Norm sieht vor, dass die Rechtsfolgenansprüche der §§ 6-8 GeschGehG ausgeschlossen sind, wenn deren Durchsetzung im Einzelfall unverhältnismäßig ist. Dabei handelt es sich um eine

91) Siehe BT-Drs. 19/4724, 28 f.

92) Leister, GRUR-Prax 2019, 175, 177.

93) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 10), GeschGehG § 5 Rn. 52; Ohly, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 5 Rn. 51.

94) Zur Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Öffentlichkeitsbegriffen siehe BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189, 191 Rn. 25 ff. – Zugang zu Umweltinformationen; siehe auch Rn. 29 und 45.

95) RL 2001/29/EG vom 22.05.2001.

96) BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189, 191 Rn. 22 – Zugang zu Umweltinformationen.

97) BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189, 191 Rn. 31 – Zugang zu Umweltinformationen.

98) LG Berlin, 09.06.1983 – 16 S 5/83, GRUR 1983, 761, 762 – Portraitbild.

99) BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189, 193 Rn. 42 – Zugang zu Umweltinformationen; siehe auch BGH, 21.01.2021 – I ZR 59/19, WRP 2021, 641, 643, Rn. 22 – Kastellaun.

100) Zur lediglich „akzessorischen“ Verwendung von Vervielfältigungsstücken siehe BT-Drs. IV/270, 63.

101) BVerwG, 26.09.2019 – 7 C 1.18, GRUR 2020, 189, 193 Rn. 46 – Zugang zu Umweltinformationen.

102) BGH, 30.04.2020 – I ZR 139/15, WRP 2020, 1043, 1048 Rn. 53 – Afghanistan Papiere II.

103) BGH, 30.04.2020 – I ZR 228/15, WRP 2020, 1050, 1055 Rn. 48 – Reformistischer Aufbruch II.

104) BVerfG, 17.11.2011 – 1 BvR 1145/11, K&R 2012, 203 Rn. 40 – Kunstausstellung im Online-Archiv; siehe auch BGH, 18.12.2018 – VI ZR 439/17, K&R 2019, 388.

105) Enders, KUR 2020, 83, 88.

106) Tochtermann, WRP 2019, 688 Rn. 3.

von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung.<sup>107)</sup> Damit greift sie das im englischen Recht geltende „Equity“-Prinzip auf, das zwischen Anspruch und dessen Durchsetzung unterscheidet.<sup>108)</sup>

- 71 Zwar gibt es in § 100 UrhG auch eine Regelung, die auf der „Remedy“-Ebene (Rechtsdurchsetzung) die Vermeidung eines unverhältnismäßigen Schadens beim Verletzer durch eine Abfindung in Geld vorsieht. Voraussetzung dafür ist aber, dass dieser weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat, womit diese Norm § 11 GeschGehG entspricht, der neben § 9 GeschGehG zu Anwendung kommt.<sup>109)</sup> Zusätzlich regelt § 14 GeschGehG noch ein Missbrauchsverbot, welches § 8c UWG<sup>110)</sup> (§ 8 Abs. 4 UWG a. F.) nachgebildet ist.<sup>111)</sup>

#### b) Geschäftsgeheimnisverfahren

- 72 Eine weitere Besonderheit ist das spezielle Geheimnisverfahren gem. §§ 16-20 GeschGehG, das schon mit Rechtshängigkeit der Klage dem besonderen Bedürfnis nach Nichtaufdeckung von Geheimnissen gerecht wird. Demgegenüber muss bei der gerichtlichen Geltendmachung von Auskunftsansprüchen aus dem Urheberrecht auf die „Düsseldorfer Praxis“ zurückgegriffen werden. Danach erfolgt die Durchsetzung des Besichtigungsanspruchs in einer Kombination aus selbständigem Beweisverfahren und flankierender einstweiliger Verfügung. Letztlich wird damit erreicht, dass der beauftragte Sachverständige sein Gutachten nicht an den Antragsteller herausgibt, sondern lediglich dem Gericht aushändigt, was zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen des vermeintlichen Verletzers als unbedenklich angesehen wird.<sup>112)</sup>

#### IV. Fazit

- 73 Der urheberrechtliche Geheimnisschutz ist neben dem des GeschGehG durchaus von praktischer Relevanz, denn der Inhaber eines rechtmäßigen Geheimnisses muss sich zunächst einmal darüber bewusst sein, dass das „Geheimnis“ je nach Gestaltung auch dem urheberrechtlichen Werkbegriff unterfallen

kann. Zumindest sollte bedacht werden, dass die aus dem Geschäftsgeheimnisschutz abgeleiteten Ansprüche, etwa auf Unterlassung der Verwendung beziehungsweise der Nutzung gewisser (illegal nachgemachter) Produkte, hilfsweise auf das werkbezogene negative Veröffentlichungsrecht gestützt werden können.

In der Rechtsfolge gibt es zahlreiche Gesichtspunkte, die – je nach Sichtweise – entweder für den Rechtsinhaber (Verletzer) oder den (vermeintlichen) Verletzer von Vorteil sein können. 74

Exemplarisch ist zunächst das Kollisionsrecht zu nennen, das bei Urheberrechtsverletzungen eindeutig auf das Schutzland abstellt, wohingegen der Anknüpfungspunkt (auch) nach dem neuen GeschGehG nicht endgültig geklärt ist. 75

Während die Zuordnung des durch einen Arbeitnehmer geschaffenen Geheimnisses im Urheberrecht gesetzlich normiert ist (§§ 43, 69b UrhG), bedarf dies bei einem Geschäftsgeheimnis einer vertraglichen Regelung. 76

Bei der Geltendmachung von Verbotsrechten gegenüber einem Konkurrenten ist durch den Anspruchsteller nachzuweisen, dass der Anspruchsgegner Kenntnis von der illegalen Erlangung, Nutzung oder Offenlegung hatte (§ 4 Abs. 3 GeschGehG), was für die Durchsetzung adäquater Ansprüche nach §§ 97 ff. UrhG nicht gilt. 77

Zugunsten des vermeintlichen Verletzers eines Geheimnisses gem. § 2 Nr. 1 GeschGehG wird von Amts wegen die Unverhältnismäßigkeit der Durchsetzung von berechtigten Ansprüchen geprüft (§ 9 GeschGehG), dagegen ist das neue gerichtliche Geheimnisschutzverfahren (§§ 16-20 GeschGehG) für den Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses von Vorteil. 78

107) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 10), GeschGehG § 9 Rn. 13; Ohly, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 9 Rn. 3.

108) Hofmann, WRP 2018, 1.

109) Schroeder, WRP 2021, 6, 8 Rn. 12.

110) Zum § 8c UWG Rätze, WRP 2020, 1519, 1520 Rn. 11.

111) Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 10), § 14 Rn. 6.

112) Wimmers, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 10), § 101a Rn. 37.

Dr. med. Dipl. jur. Philipp Graef, Stuttgart\*

## Die Fortwirkungen des Skanska-Urteils: Sind dessen Grundsätze zur Passivlegitimation auf die Aktivlegitimation übertragbar? \*\*

### INHALT

- I. Einleitung
- II. Grundsätze des Trennungsprinzips in Deutschland
- III. Grundsätze des Trennungsprinzips in Europa
- IV. Bedeutung für zivilrechtliche Schadensersatzklagen
- V. Das Skanska-Urteil
- VI. Übertragung des Skanska-Urteils auf die Aktivlegitimation in deutschen Kartellschadensersatzklagen
- VII. Fazit

Mit dem Skanska-Urteil des EuGH vom 14.03.2019 hält die 1 europäische höchstrichterliche Rechtsprechung an den zum unionsrechtlich entwickelten Unternehmensbegriff weiter fest – dieser ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Dieses Verständnis hat nun zur Folge, dass durch ein Kartell Geschädigte wesentliche Erleichterungen im Rahmen der Passivlegitimation zur Geltendmachung des ihnen entstandenen Schadens erhalten. Unbeantwortet blieb die Frage, ob dies auch *vice versa* für die Aktivlegitimation in ihrer Anwendung im Rahmen des deutschen Rechts gelten muss. Teilweise wurde diese Frage mittlerweile in Folgeentscheidungen – nicht nur der europäischen, sondern auch und gerade der deutschen Judikative – mittelbar beantwortet. Dennoch: Sind die Grundsätze des Skanska-Urteils zur Passivlegitimation im Kartellschadensersatzrecht (quasi) unmittelbar auf die Aktivlegitimation übertragbar?

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 970.

\*\* Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dem Aufsatz das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.