

## 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: Andreas Mundt

Erweiterte Missbrauchsaufsicht für große Digitalkonzerne –  
Erste Entscheidungen auf Basis des neuen § 19a GWB

### 1199 Prof. Dr. Max Vollkommer

„Öffnet das Tor des BGH“: „Dreistufige“ Rechtswegprüfung im  
einstweiligen Rechtsschutz in der ordentlichen Gerichtsbarkeit

### 1202 Prof. Dr. Axel Beater

Kommunale Print- und Onlinemedien

### 1208 Dr. Stefan Maaßen, LL.M. und Dr. Gianna Perino-Stiller

Die Geheimhaltungsanordnung nach §§ 16, 19 GeschGehG  
in der Praxis

### 1216 Lars Meinhardt

Aktuelles Wettbewerbsverfahrensrecht 2021 (Teil 1)

### 1224 Prof. Dr. Inge Scherer

Die Ausnahme vom fliegenden Gerichtsstand nach § 14 Abs. 2  
S. 2, 3 Nr. 1 UWG – Provokation von Verfahrenshäufung?

### 1230 Dr. Christophe Kühl und Michael Ott, LL.M., Maître en droit

Keyword-Advertising: Schafft Google neue Gefahren für  
Werbende?

### 1246 dortmund.de

BGH, Urteil vom 14.07.2022 – I ZR 97/21

### 1253 7 x mehr

BGH, Urteil vom 02.06.2022 – I ZR 93/21

### 1259 Servicepauschale

BGH, Urteil vom 28.07.2022 – I ZR 205/20

### 1269 uploaded III

BGH, Urteil vom 02.06.2022 – I ZR 135/18

### 1275 Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals

BGH, Urteil vom 09.08.2022 – VI ZR 1244/20

### 1279 Rechtswegprüfung im einstweiligen Rechtsschutz durch das Rechtsbeschwerdegericht

BGH, Beschluss vom 23.11.2021 – VI ZB 69/20

zeitliche Frequenz ist, in der sie maßgeblich überarbeitet und aktualisiert werden. Eine regelmäßige wöchentliche Überarbeitung würde beispielsweise die Unzulässigkeit indizieren, weil die Notwendigkeit, die amtliche Veröffentlichungen mit sich bringen, eine derartige Frequenz typischerweise nicht rechtfertigt.<sup>68)</sup>

## VI. Fazit

- 31** Der Verstoß kommunaler Informationstätigkeit gegen den Grundsatz der Staatsferne ist wettbewerbsrechtlich relevant. Er fällt aber nicht unter den Rechtsbruchtatbestand, weil er weder ein Gesetz im Sinne von § 3a UWG ist noch eine wettbewerbsbezogene Schutzrichtung hat. Der Grundsatz sichert Funktionsvoraussetzungen der Demokratie, namentlich eine Bildung der öffentlichen Meinung von „unten nach oben“ und trägt dazu bei, Bürgern informierte Entscheidungen bei politischen Wahlen zu ermöglichen. Um Marktwirtschaft, den Mechanismus von Angebot und Nachfrage oder die Informationsinteressen von Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern geht es nicht.
- 32** Die kommunale Informationstätigkeit ist an der Generalklausel zu messen, die unter Rückgriff auf die verfassungsrechtlichen Wertungen anzuwenden ist. Im Grundsatz ist die Anwendung von § 3 Abs. 1 UWG zu befürworten. Ein unzulässiges kommunales Informationsverhalten setzt private Unternehmer einer rechtswidrigen Beeinflussung aus und schmälert deren geschäftliche Möglichkeiten auf einem Markt, der ökonomisch schwierig ist, Monopolisierungstendenzen unterliegt und zugleich eine demokratiepolitische Bedeutung hat. Die Gemeinde tritt darüber

hinaus mit den privaten Anbietern sogar in eine direkte unternehmerische Konkurrenz, weil sie die Informationstätigkeit typischerweise durch Anzeigen oder Nutzerentgelte finanziert. Zugleich sind verfassungsrechtlich höchstbedeutsame Aspekte tangiert, nämlich nicht weniger als Funktionsvoraussetzungen eines demokratischen Gemeinwesens.

Die von der Rechtsprechung entwickelten Einzelanforderungen sollten durchweg streng verstanden werden, wenn es in dem Gebiet der betreffenden Gemeinde gar keine oder nur eine private Berichterstattung gibt, die wenig umfassend ist oder auf lediglich einen einzigen Anbieter zurückgeht. Bei der Anwendung der Generalklausel muss dann in besonderer Weise darauf geachtet werden, dass der Fortbestand zumindest einer privaten Restberichterstattung nicht gefährdet wird. Ein geringfügiges privates Informationsangebot beziehungsweise ein privates Informationsmonopol mögen nicht erstrebenswert sein, sind aber einem kommunalen Informationsmonopol auf jeden Fall vorzuziehen.

Die für Printmedien entwickelten Anforderungen sind grundsätzlich auch für kommunale Onlineportale sachgerecht. Unter anderem müssen Onlineportale umso eher als ein funktionales Äquivalent zur privaten Presse angesehen werden, je stärker sie den Tagebuchcharakter einer Zeitung haben und je höher die zeitliche Frequenz ist, in der sie maßgeblich überarbeitet und aktualisiert werden.

<sup>68)</sup> So die Einschätzung von *Kohn*, NVwZ 2019, 1178, 1180 für kommunale Printmedien.

RA Dr. Stefan Maaßen, LL.M. und RAin Dr. Gianna Perino-Stiller, Köln\*

# Die Geheimhaltungsanordnung nach §§ 16, 19 GeschGehG in der Praxis

## INHALT

### I. Einleitung

### II. Anwendungsbereich der Regelungen

1. Verfahren über Ansprüche aus dem GeschGehG
2. Verweisung in § 145a PatG
3. Selbständiges Beweisverfahren
4. Zwangsvollstreckung
5. Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen bei anderer Anspruchsgrundlage
6. Andere Rechtsgebiete

### III. Einzelfragen zur Anwendung der §§ 16-20

1. Geheimhaltungsanordnung, § 16
  - a) Gegenstand der Anordnung
  - b) Antragsbefugnis
  - c) Darlegung der Geheimnisqualität
  - d) Zeitpunkt der Antragstellung
  - e) Bestimmtheit
  - f) Anhörung
  - g) Sicherstellung der Kenntnisnahme
  - h) Geltungsdauer und Aufhebung

- i) Rechtsmittel gegen die Anordnung
- j) Sanktionen nach Verfahrensabschluss

### 2. Verhältnis von § 16 zu § 19

### 3. Missbräuchlicher Einsatz von Geheimhaltungsanordnungen

- a) Beschränkung von Geschäftsaktivitäten während des Verfahrens
- b) Erschweren der F&E-Tätigkeit von Wettbewerbern
- c) Beschränkung der Rechtsverteidigung

### IV. Wirkungen und (mangelnder) Rechtsschutz für Drittbetroffene

1. (Keine) Anhörung der Drittbeteiligten
2. (Unklarer) Umfang der Verpflichtungen Drittbeteiligter
3. (Kein) Rechtsmittel Dritter

### V. Fazit und Ausblick

### I. Einleitung

Das GeschGehG enthält in den §§ 16-20<sup>1)</sup> besondere Vorschriften zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen während des Ge-

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1322.

1) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des GeschGehG.

## Maßen/Perino-Stiller, Die Geheimhaltungsanordnung nach §§ 16, 19 GeschGehG in der Praxis

richtsverfahrens. Die Regelungen dienen der Umsetzung von Art. 9 Geschäftsgeheimnis-RL,<sup>2)</sup> der nach einer umfassenden Analyse der Vorschriften zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in den Mitgliedstaaten geschaffen wurde, die verschiedene Defizite betreffend den Geheimnisschutz im Verfahren feststellte. Probleme bestanden insbesondere bei dem Schutz im Verhältnis zum Prozessgegner, wenn der Umfang der Verletzung bei Verfahrenseinleitung unklar war. Als kritisch wurden auch der Zugang der Öffentlichkeit zu Anhörungen und die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen identifiziert.<sup>3)</sup> Da die unzureichenden Schutzmöglichkeiten die Geheimnissinhaber häufig von der Durchsetzung ihrer Rechte abhielten,<sup>4)</sup> sollte Art. 9 Geschäftsgeheimnis-RL eine Möglichkeit schaffen, das Geheimnis im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens zur Darlegung und Beweisführung offenzulegen, ohne die anschließende Nutzung durch die Gegenseite oder eine Veröffentlichung der Informationen befürchten zu müssen. Dass der verbesserte Schutz von Geheimnissen im Prozess, wie der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2018 meinte, einen Anreiz für 80 zusätzliche Verfahren pro Jahr schafft,<sup>5)</sup> hat sich bislang nicht bewährt. Die ersten Anwendungsfälle zeigen vielmehr, dass bei den §§ 16-20 noch erheblicher Klärungs- und Anpassungsbedarf besteht. Größere Bedeutung erhalten die offenen Fragen dadurch, dass andere Gesetze auf die §§ 16-20 verweisen bzw. künftig verweisen sollen und sich der Anwendungsbereich der Normen ausweiten wird. Die Relevanz dieser Vorschriften – und ihrer Mängel – geht also weit über GeschGehG-Sachen hinaus. Der folgende Beitrag behandelt einige der Fragen, die sich bei der Anwendung der Normen ergeben und trotz erheblicher grundrechtsrelevanter Bedeutung vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt wurden.

## II. Anwendungsbereich der Regelungen

### 1. Verfahren über Ansprüche aus dem GeschGehG

- 2 Nach § 16 Abs. 1 finden die Geheimhaltungsvorschriften Anwendung bei „Klagen, durch die Ansprüche nach diesem Gesetz geltend gemacht werden“. Der Wortlaut suggeriert, dass die §§ 16-20 nur in Hauptsacheverfahren Anwendung finden, die die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen i. S. d. § 2 Nr. 1 und Ansprüche nach dem GeschGehG betreffen.<sup>6)</sup> Gleichwohl sind die Vorschriften aber auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes betreffend die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen anwendbar.<sup>7)</sup> Mit Blick auf die Ausführungen im Referentenentwurf des BMJV<sup>8)</sup> ist anzunehmen, dass es sich bei der Beschränkung auf Klagen um einen redaktionellen Fehler handelt. Erfasst sind alle Erkenntnisverfahren, in denen Ansprüche aus dem GeschGehG geltend gemacht werden. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob das Verfahren in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte oder gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit a) oder c) ArbGG in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte fällt.<sup>9)</sup>

### 2. Verweisung in § 145a PatG

Mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten des GeschGehG hat der Gesetzgeber durch das 2. PatMoG<sup>10)</sup> einen neuen § 145a PatG eingefügt. Nach dieser Vorschrift sind die §§ 16-20 in allen Patentstreitsachen mit Ausnahme von selbständigen Beweisverfahren und Zwangslizenzverfahren entsprechend anzuwenden. Den Ausschluss der Anwendung im selbständigen Beweisverfahren begründet die Entwurfsbegründung zu § 145a PatG damit, dass die Geheimhaltungsinteressen des Besichtigungsschuldners durch die Praxis des sog. „Düsseldorfer Verfahrens“ hinreichend geschützt seien.<sup>11)</sup> Dabei übersieht der Gesetzgeber allerdings, dass das „Düsseldorfer Verfahren“ maßgeblich auf den Schutz der Geheimhaltungsinteressen des Antragsgegners ausgerichtet ist.<sup>12)</sup> Mit den §§ 16-20 soll demgegenüber insbesondere ein Schutz der Geheimnisse des Antragstellers bzw. Besichtigungsgläubigers gewährleistet werden. Hier bietet das Düsseldorfer Verfahren (naturgemäß) keinen Schutz.

### 3. Selbständiges Beweisverfahren

Ungeklärt ist die Anwendung der §§ 16-20 in selbständigen Beweisverfahren nach §§ 485 ff. ZPO (Besichtigungsverfahren), die der Vorbereitung eines GeschGehG-Verfahrens dienen. Nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 1 ist eine Anwendung der Regelung nicht möglich, weil das GeschGehG keinen Besichtigungsanspruch enthält und die Besichtigung auf § 809 BGB gestützt ist.<sup>13)</sup> Es erfolgt somit keine Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GeschGehG. Da der Besichtigungsgläubiger zur Darlegung seines Anspruchs aber ggf. umfassend zu seinem Geheimnis vortragen muss, besteht eine Gefährdungslage, die jener in anderen Verfahren vergleichbar ist. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Situationen befürworten viele Teile des Schrifttums eine (entsprechende) Anwendung der Vorschriften in den Verfahren nach §§ 485 ff. ZPO.<sup>14)</sup> Der Umstand, dass der Gesetzgeber bei der zeitlich späteren Schaffung des § 145a PatG eine Anwendung der §§ 16-20 im selbständigen Beweisverfahren ausdrücklich ausgeschlossen hat, spricht nicht gegen diese Analogie, zumal eben das „Düsseldorfer Verfahren“ die Interessen des Besichtigungsgläubigers nicht schützt. Vielmehr hat der Gesetzgeber diese Thematik bei Erlass des GeschGehG offenbar übersehen, so dass eine analoge Anwendung der §§ 16-20 in Besichtigungsverfahren möglich ist.

### 4. Zwangsvollstreckung

Nach § 19 Abs. 3 gelten die §§ 16-20 entsprechend im Rahmen der Zwangsvollstreckung. Der Verweis greift aber nur, wenn das Gericht der Hauptsache zuvor Anordnungen und/oder Maßnahmen nach diesen Normen erlassen hat. Die Vorschrift begründet keine Befugnis zur erstmaligen Anordnung von Geheimhaltungspflichten im Vollstreckungsverfahren, sondern stellt klar, dass zuvor getroffene Maßnahmen fortgelten und ihre Wirkungen auch im Vollstreckungsverfahren entfalten.<sup>15)</sup> Der Verzicht auf eine erstmalige Anordnungsbefugnis im Vollstreckungsverfahren ist verfehlt. Entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers kann auch ein Schutzbedürfnis für Informationen be-

2) RL (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABL EU Nr. L 157 vom 15.06.2016.

3) Commission Staff Working Document SWD (2013) 471 final, Annex 15, S. 218-221.

4) Vgl. Erwägungsgrund 24 Geschäftsgeheimnis-RL.

5) BT-Drs. 19/4724, S. 3.

6) Vgl. Hauck, GRUR 2020, 817, 819 ff.

7) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, § 16 GeschGehG Rn. 12a; Hauck, GRUR 2020, 817, 820 m. v. N.

8) Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der RL (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, S. 34.

9) ArbG Düsseldorf, 23.01.2020 – 12 Ga 5/20, Rn. 44, juris; Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Hrsg.), GeschGehG, 2021, § 16 Rn. 5.

10) Zweites Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts vom 10.08.2021.

11) BT-Drs. 19/25281, S. 57.

12) Hauck, in: Hoeren/Münker (Hrsg.), GeschGehG, 2021, § 16 Rn. 33, 37; Gregor, in: BeckOK/GeschGehG Fuhlrott/Hieramente (Hrsg.), 12. Ed. 15.06.2022, § 16 Rn. 16.

13) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 7), § 8 Rn. 39; Reinfeld, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, 2019, § 4 Rn. 19, unter Hinweis auf die Entscheidung BGH, 02.05.2002 – I ZR 45/01, WRP 2002, 1173 – Faxkarte; OLG Hamm, 31.01.2013 – 4 U 200/12, GRUR-RR 2013, 306 – Vorbereitender Besichtigungsanspruch.

14) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 16 Rn. 13; Gregor, in: BeckOK/GeschGehG (Fn. 12), § 16 Rn. 16; Steinbrück/Höll, in: Brammssen/Apel (Hrsg.), GeschGehG, 2022, § 16 Rn. 22; Kalbfus, WRP 2019, 692 Rn. 5.

15) Steinbrück/Höll, in: Brammssen/Apel (Fn. 14), § 19 Rn. 59.

stehen, die erstmals im Vollstreckungsverfahren mitgeteilt werden.<sup>16)</sup> Besonders deutlich ist dies bei der Verteidigung gegen einen Ordnungsmittelantrag, der auf einen angeblichen Verstoß gegen eine Geheimhaltungsanordnung gestützt wird. In diesem Verfahren können die Informationen, mit denen sich der Schuldner verteidigt (etwa der Nachweis einer zulässigen Parallelentwicklung), nicht durch eine Anordnung nach § 16 geschützt werden, obwohl diese offensichtlich nicht weniger schutzwürdig sind als die Informationen des Geheimnisinhabers im Erkenntnisverfahren. Da mit den §§ 16-20 die Möglichkeit zur Verhängung von Ordnungsmitteln geschaffen wird, kommt jedoch eine analoge Anwendung nicht in Betracht.

6 Zu einem anderen Ergebnis gelangte das LG Mannheim in einem Patentstreitverfahren und erließ im Rahmen der Auskunftsvollstreckung auf Antrag des Vollstreckungsschuldners eine Anordnung zum Schutz von dessen Absatz- und Werbezahlen. Das Gericht meint, dass § 145a PatG eine eigenständige patentrechtliche Auslegung ermögliche und die Beschränkungen des § 19 Abs. 3 einer Anwendung der §§ 16-20 im Vollstreckungsverfahren nicht entgegenstünden.<sup>17)</sup> Im Übrigen hält das Gericht die Anwendung der Regelungen im Vollstreckungsverfahren für sinnvoll, weil sich das Bedürfnis nach Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zwangsvollstreckungsverfahren ebenso stelle wie im Erkenntnisverfahren.<sup>18)</sup> Auch wenn diese Bewertung interessengerecht erscheint, überdehnt das Vorgehen des Gerichts wohl den Bereich der zulässigen Auslegung. Die Korrektur dieses Problems sollte dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

##### 5. Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen bei anderer Anspruchsgrundlage

7 Teilweise wird vertreten, dass die Anwendung der §§ 16-20 in jedem Verfahren erfolgen müsse, in dem die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen in Rede steht. Dabei spiele es keine Rolle, auf welcher Anspruchsgrundlage der Verletzungsvorwurf und die geltend gemachten Ansprüche basieren (ob nun eine Norm nach dem GeschGehG, vertragliche Ansprüche oder etwa §§ 812, 687, 826 BGB o. ä.).<sup>19)</sup> Für diese Ansicht spricht eine richtlinienkonforme Auslegung: Art. 9 Abs. 1 Geschäftsgeheimnis-RL sieht vor, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen in allen Gerichtsverfahren sicherzustellen ist, die den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zum Gegenstand haben. Die nationale Regelung in § 16 Abs. 1 („Ansprüche nach diesem Gesetz“) bleibt hinter dieser Vorgabe zurück.

8 Allerdings stehen nicht nur der klare Gesetzeswortlaut, sondern auch die Gesetzgebungsmaterialien einer analogen Anwendung entgegen. In der Entwurfsbegründung ist ausdrücklich klargestellt, dass die §§ 16-20 nur für Geschäftsgeheimnisstreitsachen gelten und weder für Ansprüche, die auf anderen Gesetzen als dem GeschGehG beruhen, noch für Strafverfahren Anwendung finden.<sup>20)</sup> Zur Annahme einer Analogie fehlt es an der erforderlichen Regelungslücke.<sup>21)</sup> Auch an dieser Stelle sollte der Gesetzgeber zeitnah korrigierend eingreifen.

16) Zutreffend *Kalbfus*, in: *Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus* (Hrsg.), *GeschGehG*, 2020, § 19 Rn. 55; ähnlich *Schönknecht*, in: *Keller/Schönknecht/Glinke* (Fn. 9), § 19 Rn. 122; a. A. *Steinbrück/Höll*, in: *Brammsen/Apel* (Fn. 14), § 19 Rn. 59.

17) LG Mannheim, 13.10.2021 – 2 O 73/20 ZV II, GRUR-RR 2022, 301 Rn. 14 f.

18) LG Mannheim, 13.10.2021 – 2 O 73/20 ZV II, GRUR-RR 2022, 301 Rn. 21; so auch *Kuta*, in: *Hoeren/Münker* (Fn. 12), § 19 Rn. 100.

19) *Schönknecht*, in: *Keller/Schönknecht/Glinke* (Fn. 9), § 16 Rn. 8; *Gregor*, in: *BeckOK/GeschGehG* (Fn. 12), § 16 Rn. 10 f.; *Steinbrück/Höll*, in: *Brammsen/Apel* (Fn. 14), § 16 Rn. 14 ff.; so auch schon zuvor: *Kalbfus*, WRP 2019, 692 Rn. 5; die Anwendbarkeit auf Altfälle nach § 17 UWG wird zukünftig keine besondere Rolle mehr spielen, wurde durch das OLG Stuttgart, 19.11.2020 – 2 U 575/19, WRP 2021, 242 Rn. 82 ff. – Schaumstoffsysteme, allerdings (richtigerweise) bejaht.

20) BT-Drs. 19/4724, S. 34.

21) So auch: *Schregle*, GRUR 2019, 912, 913.

## 6. Andere Rechtsgebiete

Verschiedentlich wird eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Schutzmaßnahmen auf andere Rechtsgebiete in Erwägung gezogen, wenn die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zur angemessenen Prozessführung erforderlich ist.<sup>22)</sup> Sinnvoll ist der Vorschlag, die §§ 16-20 (jedenfalls nach Behebung der hier diskutierten Unklarheiten) durch eine zentrale Verweisung im GVG oder der ZPO in allen Verfahren anwendbar zu machen.<sup>23)</sup> In den aktuellen Planungen ist eine Stärkung des Geheimnisschutzes jedoch nur für Sonderfälle vorgesehen, nämlich bei Einrichtung von OLG-Senaten für Wirtschaftsstreitigkeiten mit einem Streitwert von mehr als zwei Millionen Euro (§ 119 Abs. 4 GVG-E) und vor spezialisierten OLG-Senaten, die als Alternative zur Schiedsgerichtsbarkeit als englischsprachige „Commercial Courts“ eingerichtet werden sollen (§ 119b GVG-E). Für diese Verfahren sieht § 510 Abs. 5 ZPO-E eine entsprechende Anwendung der §§ 16-20 vor.<sup>24)</sup> Aus welchem Grund der Gesetzgeber die Geschäftsgeheimnisse in diesen Verfahren für schutzwürdiger hält als jene in anderen Zivilverfahren, erschließt sich nicht. Ohne Regelung bleibt allenfalls die Anwendung einzelner Rechtsgedanken der §§ 16-20 in anderen Verfahren denkbar (etwa bei der Akteneinsicht).<sup>25)</sup> Eine analoge Anwendung der Regelung insgesamt, vor allem unter Einschluss ordnungsgeldbewehrter Sanktionen, bedarf hingegen einer eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung.

## III. Einzelfragen zur Anwendung der §§ 16-20

Die Regelungen der §§ 16-20 sind vergleichsweise knapp gehalten. Verschiedene Probleme lassen sich durch Rückgriff auf allgemeine prozessuale Grundsätze lösen, bei anderen wird erst eine Fortentwicklung der Rechtsprechung eine gewisse Sicherheit bringen.

### 1. Geheimhaltungsanordnung, § 16

Die Anordnung nach § 16 ist das Kernstück der prozessualen Schutzmaßnahmen und kann zusätzlich als Grundlage für eine Zugangsbeschränkung nach § 19 dienen.

#### a) Gegenstand der Anordnung

§ 16 regelt die gerichtliche Befugnis, eine Information als geheimhaltungsbedürftig einzustufen. Im Gegensatz zu den Regelungen in §§ 172 Nr. 2, 174 Abs. 3 GVG muss es sich bei den Informationen nicht um ein „wichtiges“ Geheimnis handeln. Eine gesteigerte Schutzbedürftigkeit ist nach der Entwurfsbegründung nicht vorgesehen<sup>26)</sup> und wäre mit den Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-RL auch nicht vereinbar. Soweit § 16 vorsieht, dass die Informationen in einem Verfahren „streitgegenständlich“ sein müssen, ist dieses Merkmal weit zu verstehen und nicht auf den Streitgegenstand im prozessualen Sinne zu beschränken.<sup>27)</sup> Dieses Verständnis deckt sich mit Art. 9 Abs. 1 Geschäftsgeheimnis-RL, der die Pflicht zur Sicherstellung von Schutzmaßnahmen nicht auf die Geschäftsgeheimnisse beschränkt, die (im prozessualen Sinn) Streitgegenstand des Verfahrens sind. Insoweit ist auch die Entscheidung des LG Mannheim zutreffend, der zufolge es für die Geheimhaltungsanord-

22) *Hauck*, GRUR 2020, 817, 820 f.

23) *Schönknecht*, in: *Keller/Schönknecht/Glinke* (Fn. 9), § 16 Rn. 18.

24) Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Gerichte in Wirtschaftsstreitigkeiten, BR-Drs. 79/22, S. 8, 34 f.

25) *Gregor*, in: *BeckOK/GeschGehG* (Fn. 12), § 16 Rn. 19; vgl. zur Anwendbarkeit der entsprechenden Vorschrift in § 26h öUWG auf die Akteneinsicht in einem Nachlassverfahren ablehnend OGH, 30.05.2022 – 2 Ob 68/22x, WRP 2022, 1280 (in diesem Heft) – Zur Reichweite des verfahrensrechtlichen Geheimnisschutzes des § 26h öUWG.

26) BT-Drs. 19/4724, S. 35.

27) Statt aller: *Schönknecht*, in: *Keller/Schönknecht/Glinke* (Fn. 9) § 16 Rn. 27, so auch § 145a PatG.

## Maaßen/Perino-Stiller, Die Geheimhaltungsanordnung nach §§ 16, 19 GeschGehG in der Praxis

nung ausreicht, dass die Information aus Sicht einer vernünftigen Partei Bezug zum Streitstoff hat.<sup>28)</sup> Im Ergebnis kann jedes Vorbringen einer Partei, das in den Rechtsstreit eingeführt wird, Gegenstand einer Geheimhaltungsanordnung werden, sofern die betroffenen Informationen ein Geschäftsgeheimnis sein können.

### b) Antragsbefugnis

- 13** Die §§ 16, 19 sind auf den Schutz der Geschäftsgeheimnisse aller an dem Verfahren Beteiligten ausgerichtet. Antragsbefugt sind daher nicht nur Kläger bzw. Antragsteller, sondern auch Beklagter und Antragsgegner.<sup>29)</sup> Für Patentstreitsachen hat der Gesetzgeber dies in § 145a PatG sogar indirekt klargestellt, indem er die von beiden Parteien in das Verfahren eingeführten Informationen als potentiell geheimhaltungsbedürftig qualifiziert. Die Antragsbefugnis erstreckt sich ferner auf Streithelfer, was bereits in Art. 9 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 Geschäftsgeheimnis-RL angelegt ist, der auf jede interessierte Partei Bezug nimmt.<sup>30)</sup>

### c) Darlegung der Geheimnisqualität

- 14** Die Geheimnisqualität der Informationen, die Gegenstand der Anordnung werden sollen, ist gemäß § 20 Abs. 3 durch den Antragsteller glaubhaft zu machen. Entgegen anderer Annahmen<sup>31)</sup> geht das Gesetz damit nicht über die in der Richtlinie gestellten Anforderungen hinaus.<sup>32)</sup> Art. 9 Abs. 1 Geschäftsgeheimnis-RL knüpft an ein „angebliches“ („alleged“, „allégué“, „presunto“) Geschäftsgeheimnis an. Dies kann nicht dahingehend verstanden werden, dass die reine Behauptung des Bestehens eines Geschäftsgeheimnisses genügt. Vielmehr gibt die Richtlinie dadurch vor, dass an die Darlegung und den Inhalt der Glaubhaftmachung keine hohen Anforderungen zu stellen sind.<sup>33)</sup> In der Praxis begnügen sich die Gerichte mit einer eidesstattlichen Versicherung, derzufolge nach dem Wissensstand des Antragstellers die Informationen nicht an anderer Stelle verfügbar sind.

### d) Zeitpunkt der Antragstellung

- 15** Die Antragstellung kann mit Einleitung des Verfahrens erfolgen,<sup>34)</sup> da § 20 Abs. 1 an die Anhängigkeit des Rechtsstreits anknüpft und bereits mit Klageerhebung die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen droht. Soweit mit Verfahrenseinleitung schutzbedürftige Informationen vorgelegt werden, ist die Antragstellung zu diesem Zeitpunkt auch zwingend erforderlich. Wird der Geheimhaltungsantrag erst während des Verfahrens gestellt, können die zuvor erfolgten Handlungen nicht durch Ordnungsmittel sanktioniert werden. Es spricht dann einiges dafür, dass der Geheimnisinhaber angemessene Schutzmaßnahmen im Sinne des § 2 Nr. 1 b) unterlassen hat und die Informationen durch Verfahrenseinleitung möglicherweise ihre Geheimnisqualität verlieren. Etwas anderes gilt für Informationen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt (ggf. auch durch den Prozessgegner) in das Verfahren eingeführt werden. Hier ist der Antrag jeweils vor oder mit Einreichung der Informationen und Dokumente zu stellen.

- 16** Ungeklärt ist die Frage, welche Folge eintritt, wenn mit Klage- oder Antragsseinreichung ein Antrag auf Erlass einer Maßnahme nach § 16 (und ggf. § 19) gestellt wird, das Gericht diesen Antrag jedoch ablehnt oder versehentlich übersieht und gleichwohl eine Zustellung der Klage erfolgt. Im ersteren Fall verstößt das Ge-

richt gegen die Verpflichtung aus § 20 Abs. 5 S. 3, derzufolge der Antragsteller vor der Zurückweisung eine Möglichkeit zur Stellungnahme erhalten muss. Diese Regelung impliziert, dass vor einer weiteren Stellungnahme auch keine Zustellung der Klage- oder Antragschrift erfolgen darf.<sup>35)</sup> Das Ausbleiben einer rechtsmittelfähigen Entscheidung über den Antrag bildet einen erheblichen Verfahrensfehler.<sup>36)</sup> Bei einer bewusst oder versehentlich unterlassenen unverzüglichen Entscheidung über den Geheimhaltungsantrag vor Zustellung bestehen im Fall von Nachteilen des Antragstellers auch Amtshaftungsansprüche, weil der Prozessgegner vor Zustellung der Geheimhaltungsanordnung nicht im Umgang mit den erhaltenen Unterlagen eingeschränkt ist. Die Entgegennahme der Klageschrift, der keine Geheimhaltungsanordnung beigefügt ist, erfüllt keines der Erlangungsverbote des § 4 Abs. 1, sodass der Empfänger grundsätzlich keiner Beschränkung nach § 4 Abs. 2 unterliegt. Eine konkludente Geheimhaltungspflicht existiert nicht. Allenfalls in Extremfällen kommt eine Haftung nach § 826 BGB in Betracht, wenn der Empfänger etwa die Klageschrift trotz erkennbarer und schutzwürdiger Interessen des Klägers im Internet zugänglich macht.

### e) Bestimmtheit

Aufgrund des Sanktionscharakters eines Ordnungsgeldes muss für alle Beteiligten der Umfang der Geheimhaltungsanordnung eindeutig bestimmbar sein. Dieses Erfordernis ist nicht erfüllt, wenn das Gericht in der Geheimhaltungsanordnung pauschal auf bestimmte Seiten eines Schriftsatzes oder einer Anlage verweist. Vielmehr müssen der Antrag und die darauf beruhende Anordnung jede einzelne Information, hinsichtlich derer ein Geheimhaltungsbedürfnis besteht und die Schutzvoraussetzungen erfüllt sein können, genau bezeichnen.<sup>37)</sup> Auch bei Konstruktionszeichnungen ist z. B. ein pauschaler Verweis auf die in der Zeichnung enthaltenen technischen Informationen zur Identifizierung der Informationen nicht ausreichend, weil die meisten Konstruktionszeichnungen auch Informationen enthalten, die allgemein bekannt sind. Bei komplexen Anlagen und Zeichnungen kann daher die genaue Identifizierung der relevanten Informationen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Der Antragsteller hat jedoch ein doppeltes Interesse an einer möglichst genauen Identifizierung der geheimzuhaltenden Informationen: Zum einen riskiert der Antragsteller bei ungenauer Beschreibung die Zurückweisung seines Antrags als unzulässig, zum anderen droht der Einwand des Antragsgegners, dass die Informationen entweder bereits vorbekannt oder technisch nicht nachvollziehbar waren.

### f) Anhörung

Gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 ist es zulässig, die betroffene Partei erst nach Anordnung der Maßnahme anzuhören. Diese Beschränkung des rechtlichen Gehörs wird teils unter Hinweis auf die Interessen des Geheimnisinhabers unkritisch befürwortet,<sup>38)</sup> teils im Hinblick auf die Einschränkung des Gegners kritisch hinterfragt.<sup>39)</sup> Wie das Datum der Entwurfsbegründung zum

28) LG Mannheim, 13.10.2021 – 2 O 73/20 ZV II, GRUR-RR 2022, 301 Rn. 32.

29) Steinbrück/Höll, in: Brammsen/Apel (Fn. 14), § 16 Rn. 27; vgl. außerdem zu den Darlegungszwängen Beklagter bzgl. ihrer potentiellen Geschäftsgeheimnisse zur Verteidigung in Patentrechtsstreitigkeiten Zhu/Popp, GRUR 2020, 338, 342.

30) Kalbfus, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 16), GeschGehG, 2020, § 16 Rn. 17.

31) Gregor, in: BeckOK/GeschGehG (Fn. 12), § 16 Rn. 26.

32) Steinbrück/Höll, in: Brammsen/Apel (Fn. 14), § 16 Rn. 31 ff.; Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 16 Rn. 33.

33) Steinbrück/Höll, in: Brammsen/Apel (Fn. 14), § 16 Rn. 34; Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 16 Rn. 33.

34) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 7), § 16 GeschGehG Rn. 20.

35) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 16 Rn. 39.

36) OLG Stuttgart, 19.11.2020 – 2 U 575/19, WRP 2021, 242, Rn. 85 – Schaumstoffsysteme. Trotz dieser klaren Feststellung setzt das LG Stuttgart derzeit noch seine Praxis fort, Anträge nach § 16 nicht vor Zustellung zu bescheiden.

37) OLG Koblenz, 26.10.2020 – 9 U 1382/13, n. v., wir verweisen im Folgenden auf drei unterschiedliche Beschlüsse des OLG unter diesem Az.: einen Beschluss nach §§ 16, 19 GeschGehG vom 10.08.2020, einen Änderungsbeschluss vom 26.10.2020 und einen (zurückweisenden) Beschluss im Ordnungsmittelverfahren vom 25.01.2021; an diesem Verfahren war der Autor Maaßen als Prozessbevollmächtigter der Beklagten/der vermeintlichen Verletzer beteiligt. Auch die Düsseldorfer Patentkammern verlangen die Wiedergabe der konkreten Informationen im Antrag.

38) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 20 Rn. 8; Steinbrück/Höll, in: Brammsen/Apel (Fn. 14), § 20 Rn. 13.

39) Bühling, in: Hoeren/Münker (Fn. 12), § 20 Rn. 15; Kalbfus, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 16), § 20 Rn. 12.

## Maaßen/Perino-Stiller, Die Geheimhaltungsanordnung nach §§ 16, 19 GeschGehG in der Praxis

GeschGehG vermuten lässt, hat der Gesetzgeber die einige Tage zuvor ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur prozessualen Waffengleichheit nicht berücksichtigt.<sup>40)</sup> Mittlerweile hat das BVerfG wiederholt betont, dass die Anhörung der Gegenseite vor Erlass einer Entscheidung ein „prozessuales Unrecht“ sei, von dem nur in Ausnahmefällen abgewichen werden dürfe.<sup>41)</sup> Zu den anerkannten Ausnahmen gehören das Arrestverfahren der ZPO, die Anordnung von Untersuchungshaft oder Wohnungsdurchsuchungen.<sup>42)</sup> Diese Wertung gilt auch für den Erlass der Geheimhaltungsanordnung in vollem Umfang.<sup>43)</sup> Der Verzicht auf eine Anhörung ist demnach nur zulässig, wenn gerade durch die Anhörung eine zusätzliche Gefährdung der Geschäftsgeheimnisse droht. Dies ist der Fall, wenn der Inhaber den Antrag mit Verfahrenseinleitung stellt und zusätzlich darlegt, dass die Informationen nicht oder nicht in dem schriftsätzlich vorgetragenen Umfang im Besitz der Gegenpartei sind. Soweit der Antragsteller hingegen weiß, dass der Prozessgegner ohnehin im Besitz der Unterlagen ist, ergibt sich aus der Anhörung in der Regel keine zusätzliche Gefährdung. Unzulässig wäre der Verzicht auf eine vorherige Anhörung ferner dann, wenn die Informationen bei Verfahrenseinleitung eingereicht werden und der Antrag erst nachträglich gestellt wird.<sup>44)</sup>

### g) Sicherstellung der Kenntnisnahme

- 19 Von der Geheimhaltungsanordnung betroffen sind über die Parteien des Rechtsstreits hinaus alle an dem Verfahren Beteiligten, insbesondere die Prozessbevollmächtigten, Zeugen und Sachverständige. Der Personenkreis soll im Interesse eines umfassenden Schutzes denkbar weit sein.<sup>45)</sup> Unberücksichtigt blieb in den Regelungen allerdings, dass die Verhängung eines Ordnungsmittels nach § 17 wegen eines Verstoßes gegen die Anordnung ein persönliches Verschulden des Adressaten voraussetzt. Ein Verschulden wiederum kann nur vorliegen, wenn der Betroffene Kenntnis von der Geheimhaltungsanordnung hat.<sup>46)</sup> Damit besteht eine Schutzlücke, wenn das Gericht nicht sicherstellt, dass jeder Beteiligte von der Anordnung tatsächlich Kenntnis erhält. Da die Geheimhaltungsanordnung trotz der Ordnungsmittelandrohung keinen Vollstreckungstitel im Sinne der ZPO bildet,<sup>47)</sup> genügt für die Bekanntgabe eine formlose Mitteilung.<sup>48)</sup>
- 20 Die Mitteilung wirkt aber ausschließlich im Verhältnis zu dem jeweiligen Empfänger. Ist dieser bei Verfahrenseinleitung anwaltlich vertreten, genügt die Mitteilung an den Prozessbevollmächtigten auch im Verhältnis zu der Partei, aber nicht umgekehrt. Erst recht genügt die Bekanntgabe gegenüber Parteien oder deren Prozessbevollmächtigten nicht im Verhältnis zu Zeugen, Sachverständigen oder weiteren Dritten. Es ist daher erforderlich, diese Personen ausdrücklich auf die Geheimhaltungsanordnung und die Folgen eines Verstoßes hinzuweisen.<sup>49)</sup> Ohne vorherige Bekanntgabe mit Hinweis darf mangels Verschulden kein Ordnungsgeld verhängt werden.

### h) Geltungsdauer und Aufhebung

- 21 § 18 S.1 stellt klar, dass die Verpflichtungen der Geheimhaltungsanordnung auch nach Abschluss des Verfahrens fortgelten.

Die Anordnung nach § 16 gilt also potentiell zeitlich unbeschränkt.<sup>50)</sup> Das Ende der Wirkung tritt nach § 18 S. 2 erst ein, wenn das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses rechtskräftig verneint ist oder die Information ihren Geheimnischarakter verliert. Für den Fortbestand der Geheimhaltungsanordnung ist es unerheblich, ob der Geheimnisinhaber obsiegt.<sup>51)</sup> Die Anordnung gilt auch fort, wenn das Gericht das Bestehen eines Geschäftsgeheimnisses feststellt, aber das Vorliegen einer Verletzungshandlung ablehnt.<sup>52)</sup> Selbst in dem Fall, in dem das Gericht zunächst eine Geheimhaltungsanordnung erlässt und das Verfahren dann z. B. durch Klagerücknahme beendet wird, tritt die Anordnung nicht außer Kraft, weil keine rechtskräftige Entscheidung über das Nichtbestehen des Geschäftsgeheimnisses vorliegt. Will der Gegner dieses Risiko vermeiden, bleibt nur die Zwischenfeststellungswiderklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) auf Feststellung des Nichtbestehens der Geschäftsgeheimnisqualität.<sup>53)</sup>

### i) Rechtsmittel gegen die Anordnung

Nach § 20 Abs. 5 S. 4 kann ein stattgebender Beschluss nur gemeinsam mit dem Rechtsmittel der Hauptsache angefochten werden. Der Beklagte muss also die ggf. ungerechtfertigten Beschränkungen während der gesamten ersten Instanz hinnehmen, was die Entwurfsbegründung mit einem pauschalen Hinweis auf die Interessen des Geheimnisinhabers rechtfertigt.<sup>54)</sup> Sofern, etwa im Fall einer Klagerücknahme und nach Abschluss des Verfahrens, kein Rechtsmittel in der Hauptsache besteht, sind der Prozessgegner (und alle Beteiligten) zeitlich unbeschränkt einer Ordnungsgeldandrohung ausgesetzt, die nicht angefochten werden kann.<sup>55)</sup> Der Gesetzgeber ging offenbar davon aus, dass die Abänderungsbefugnis des § 20 Abs. 2 S. 2 eine hinreichende Lösung bietet. Nach dieser Regelung kann eine Geheimhaltungsanordnung jederzeit auf Antrag des Prozessgegners oder von Amts wegen nachträglich abgeändert oder aufgehoben werden.<sup>56)</sup> Dies genügt nach verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht.

Wie das Bundesverfassungsgericht betont, bildet der Grundsatz der Rechtssicherheit einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Dieser Grundsatz wirkt sich im Bereich des Verfahrensrechts unter anderem im Postulat der Rechtsmittelklarheit aus. Es verpflichtet den Staat, dem Rechtsuchenden den Weg zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen klar vorzuzeichnen und insbesondere die Prüfung zu ermöglichen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsmittel zulässig ist.<sup>57)</sup> Diesen Anforderungen genügt § 20 Abs. 2 S. 2 nicht. Die Vorschrift regelt lediglich, dass eine Abänderung oder Aufhebung einer Geheimhaltungsanordnung möglich ist. Alle weiteren Fragen – Antragsbefugnis, Frist, Form, Begründungserfordernis – bleiben offen. Für den Betroffenen ist insgesamt nicht erkennbar, ob und unter welchen Voraussetzungen § 20 Abs. 2 S. 2 die Aufhebung eines Beschlusses nach §§ 16, 19 ermöglicht.

### j) Sanktionen nach Verfahrensabschluss

Für den Verstoß gegen die Geheimhaltungsanordnung besteht eine eigene Sanktionsregelung nach § 17 mit der Möglichkeit zur

40) Die Entwurfsbegründung datiert vom 04.10.2018, die ersten Beschlüsse des BVerfG (1 BvR 1783/17 und 1 BvR 2421/17) stammen vom 30.09.2018, WRP 2018, 1448 und WRP 2018, 1443.

41) Zuletzt BVerfG, 01.12.2021 – 1 BvR 2708/19, WRP 2022, 423 Rn. 26.

42) St. Rspr. zuletzt BVerfG, 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, WRP 2018, 1448 Rn. 15.

43) Kalbfus, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 16), § 20 Rn. 12; einschränkend aber Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 20 Rn. 8.

44) A. A. OLG Koblenz, 10.08.2020 – 9 U 1382/13, n. v., sogar für Informationen in Unterlagen, die 15 Jahre(!) vor Antragstellung eingereicht wurden.

45) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 16 Rn. 45.

46) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 17 Rn. 14.

47) Bühling, in: Hoeren/Münker (Fn. 12), § 17 Rn. 8.

48) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 20 Rn. 40.

49) Richtig Gregor, in: BeckOK/GeschGehG (Fn. 12), § 16 Rn. 44.

50) Reinfeld (Fn. 13), § 6 Rn. 56; vgl. Erwägungsgrund 24 Geschäftsgeheimnis-RL.

51) Gregor, in: BeckOK/GeschGehG (Fn. 12), § 18 Rn. 5.

52) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 7), § 18 GeschGehG Rn. 8.

53) Kalbfus, WRP 2019, 692 Rn. 25.

54) BT-Drs. 19/4724, S. 38.

55) Zu Recht kritisch Bühling, in: Hoeren/Münker (Fn. 12), § 20 Rn. 57.

56) BT-Drs. 19/4724, S. 38; Kalbfus, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 16), § 20 Rn. 16; zustimmend BGH, 18.11.2021 – I ZB 86/20, WRP 2022, 459 Rn. 21 – Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Anordnung gem. § 16 Abs. 1 GeschGehG, an dem Verfahren war der Autor Maaßen als Beschwerdeführer beteiligt.

57) BVerfG, 09.08.1978 – 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148, 164; BVerfG, 30.04.2003 – 1 PBvU 1/02, BVerfGE 107, 395, Rn. 64; BGH, 16.03.2017 – I ZR 39/15, WRP 2017, 962, Rn. 16 m. w. N. – PC mit Festplatte I.

## Maaßen/Perino-Stiller, Die Geheimhaltungsanordnung nach §§ 16, 19 GeschGehG in der Praxis

Festsetzung von Ordnungsgeld oder -haft. Bei Anwendung der Vorschrift ist aufgrund der Anlehnung an § 890 ZPO ein Rückgriff auf die insoweit anerkannten Vorgehensweisen und Beurteilungsmaßstäbe möglich.<sup>58)</sup> Für den Fall, dass eine Sanktion nach Abschluss des Gerichtsverfahrens verhängt werden soll, hat eine Äußerung der Bundesregierung im Gesetzgebungsverfahren Unklarheit hervorgerufen. In der Stellungnahme erläutert die Bundesregierung, dass eine Sanktionierung von Verstößen aufgrund einer ansonsten drohenden Belastung der Gerichte nur bis zum Abschluss des Verfahrens in der Geschäftsgeheimnisstreitsache möglich sein soll.<sup>59)</sup> Entgegen dieser Ansicht findet § 17 nach allgemeiner Ansicht (selbstverständlich) auch nach Abschluss des Verfahrens Anwendung.<sup>60)</sup> Ansonsten hätte die besondere Regelung des § 18 keinen Sinn.<sup>61)</sup> Einzig dieses Verständnis ist auch mit den Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-RL vereinbar.<sup>62)</sup>

## 2. Verhältnis von § 16 zu § 19

Die Regelungen der §§ 16 und 19 ergänzen sich in ihren Schutzzwecken. § 16 stellt den Schutz der Information als solcher in den Vordergrund, indem sie diese als geheimhaltungsbedürftig für alle Verfahrensbeteiligten einstuft. § 19 beschränkt innerhalb dieses Verfahrens den Zugang zu Dokumenten auf die in dem Beschluss genannten Personen.<sup>63)</sup> Sie verringert damit das faktische Risiko der Weitergabe der Information. Der Anordnung einer Zugangsbeschränkung nach § 19 muss eine Anordnung nach § 16 immer vorausgehen, da die Regelungen in einem Stufenverhältnis zueinander stehen.<sup>64)</sup> Die Zugangsbeschränkung begründet einen Schutz daher stets nur in dem Umfang, in dem die in den relevanten Dokumenten enthaltenen Informationen in der Geheimhaltungsanordnung aufgeführt sind. Die Entscheidungen nach §§ 16, 19 müssen damit zwar separat, können aber zeitgleich (und in einer einheitlichen Antragschrift) beantragt werden.<sup>65)</sup> Die in der Zugangsbeschränkung nach § 19 benannten Personen unterliegen den Verpflichtungen der zuvor ergangenen Geheimhaltungsanordnung nach § 16.<sup>66)</sup> Ein formaler Unterschied zwischen § 16 und § 19 besteht bei den Folgen eines Verstoßes, da ein Verstoß gegen § 19 nach dem eindeutigen Wortlaut des § 17 nicht sanktionsbewehrt ist. Eine Schutzlücke ergibt sich daraus allerdings nicht. Soweit die Dokumente als geheimhaltungsbedürftig eingestufte Informationen erfassen, bildet deren Überlassung an Dritte eine sanktionsbewehrte Offenlegung, die als Verstoß gegen § 16 bestraft werden kann. Richtigerweise dürfen die von einer Zugangsbeschränkung erfassten Dokumente aber im Rahmen des § 16, also im Rahmen des Verfahrens, für eine zweckentsprechende Rechtsverteidigung auch an Dritte weitergegeben werden.<sup>67)</sup> Eine formale Änderung des Beschlusses vor einer solchen Weitergabe ist nicht erforderlich. Insbesondere in einem Eilverfahren, das die angebliche Nutzung technisch komplexer Unterlagen betrifft, wäre ein solches Erfordernis vor Einschaltung eines fachlich versierten Beraters auch nicht mit dem Grundsatz auf ein faires Verfahren vereinbar.

58) Gregor, in: BeckOK/GeschGehG (Fn. 12), § 17 Rn. 1, 5 ff.

59) BT-Drs. 19/4724, S. 49 f.

60) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 17 Rn. 17; Bühling, in: Hoeren/Münker (Fn. 12), § 17 Rn. 23 ff.; Gregor, in: BeckOK/GeschGehG (Fn. 12), § 17 Rn. 9b.

61) Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 7), § 17 GeschGehG Rn. 6; Reinfeld (Fn. 13), § 6 Rn. 62; Gregor, in: BeckOK/GeschGehG (Fn. 12), § 17 Rn. 9b.

62) Kalbfus, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 16), § 17 Rn. 9.

63) Erwägungsgrund 25 Geschäftsgeheimnis-RL.

64) Reinfeld (Fn. 13), § 6 Rn. 17, 66; Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 16 Rn. 1; vgl. Entwurfsbegründung zu § 19, BT-Drs. 19/4724, S. 36: „Voraussetzung für eine Anwendung von Absatz 1 ist, dass eine Einstufung nach § 16 Absatz 1 erfolgt ist.“

65) Schregle, GRUR 2019, 912, 916.

66) Schregle, GRUR 2019, 912, 915.

67) Insbesondere ist die Weitergabe an einen Privatgutachter zulässig, OLG Koblenz, 25.01.2021 – 9 U 1382/13, n. v.

## 3. Missbräuchlicher Einsatz von Geheimhaltungsanordnungen

Die §§ 16-20 ermöglichen einen effizienten Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Verfahren. Die mit erheblichen Sanktionen bewehrten Verbote zur Nutzung bestimmter Informationen können aber leicht zur Einschüchterung des Gegners missbraucht werden. Neben der versuchten Einschränkung der Geschäftsaktivitäten des vermeintlichen Verletzers kommt es in der Praxis insbesondere zu dem Versuch, die Rechtsverteidigung des Prozessgegners zu erschweren.

### a) Beschränkung von Geschäftsaktivitäten während des Verfahrens

Als „Standardfall“ der Anwendung von §§ 16-20 hat der Gesetzgeber offenbar die Situation vor Augen, dass der Kläger zur Beweisführung über die behauptete Geschäftsgeheimnisverletzung Unterlagen vorlegen muss, die sein Geheimnis enthalten und durch das Verfahren bekannt werden könnten.<sup>68)</sup> Unausgesprochen ist dabei die Vorstellung, dass der Prozessgegner identische oder zumindest ähnliche Informationen besitzt, weil andernfalls kein GeschGehG-Verfahren eingeleitet würde. Die Nutzung dieser identischen oder ähnlichen Informationen zeigt sich durch Übereinstimmungen am fertigen Produkt, in Angebotsbeschreibungen oder in Zeichnungen. Der Geheimnisinhaber hat nicht selten ein erhebliches Interesse daran, den Gegner am weiteren Vertrieb von Produkten oder am Versand von Angeboten zu hindern, und könnte diesen unter Hinweis auf die Geheimhaltungsanordnung zur Unterlassung dieses Verhaltens auffordern. Ein solches Vorgehen ist indes unzulässig.

Die §§ 16-20 dienen nicht dem Zweck, die geschäftlichen Aktivitäten des Prozessgegners zu behindern. Dies gilt sogar dann, wenn sich nach Abschluss des Verfahrens herausstellt, dass der Prozessgegner tatsächlich gegen die Handlungsverbote des GeschGehG verstoßen hat. Die Anordnung nach § 16 und die Beschränkungen nach § 19 können inhaltlich zwar durchaus die Informationen und Dokumente beider Parteien betreffen (etwa ein Bauplan oder ein Angebot des Beklagten, das die als geheimhaltungsbedürftig eingestuft Informationen des Klägers enthält). Diese Doppelung der Informationen führt aber nicht zu einer Beschränkung des Beklagten. Gemäß § 16 Abs. 2 a. E. sind die Parteien hinsichtlich der von einer Geheimhaltungsanordnung erfassten Informationen nicht zur Geheimhaltung verpflichtet und dürfen diese ohne Sanktion nutzen, wenn sie von ihnen außerhalb des Verfahrens Kenntnis erlangt haben. Diese Voraussetzung ist jedenfalls in dem geschilderten „Standardfall“ gerade für die vom Kläger in das Verfahren eingeführten Informationen erfüllt und sogar unstreitig: Der Kläger behauptet ausdrücklich, dass der Beklagte die streitgegenständlichen Informationen unter Verletzung des GeschGehG erlangt hat. Wenn dieser Vorwurf zutrifft, ist die Erlangung vor und damit „außerhalb des Verfahrens“ erfolgt. Soweit der Beklagte für diesen Umstand beweispflichtig ist, muss er lediglich beweisen, dass sich die konkrete Information vor Verfahrensbeginn in seinem Besitz befand. Demgegenüber muss er zur Vermeidung eines Ordnungsmittels nicht beweisen, dass er diese Information durch eine erlaubte Handlung gemäß § 3 erlangt hat.

Teilweise wird gefordert, § 16 Abs. 2, 2. Hs. dahingehend auszulegen, dass sich der Prozessgegner nur auf eine redliche Kenntniserlangung außerhalb des Verfahrens berufen kann. Eine solche teleologische Reduzierung der Ausnahmevorschrift ist jedoch weder erforderlich noch zulässig.<sup>69)</sup> Sie widerspricht

68) Vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 34.

69) So aber Steinbrück/Höll, in: Brammsen/Apel (Fn. 14), § 16 Rn. 45; Kalbfus, WRP 2019, 692 Rn. 20.

dem Regelungszweck der §§ 16 ff. Sie sollen die *im Verfahren offengelegten* Informationen schützen und einer verletzten Partei die Entscheidung für die Einleitung eines Verletzungsverfahrens gegen den mutmaßlichen Verletzer erleichtern.<sup>70)</sup> Gegen die teleologische Beschränkung im Fall rechtswidriger anderweitiger Kenntniserlangung spricht ferner der Umstand, dass eine Geheimhaltungsanordnung, die sich auf die vorprozessual erlangten Informationen bezieht, faktisch wie eine einstweilige Unterlassungsverfügung wirkt. Es wäre jedoch erkennbar unsystematisch, dem Geheimnisinhaber einen solchen Anspruch schon dann zu gewähren, wenn er lediglich den Geheimnischarakter der Informationen glaubhaft macht (§ 20 Abs. 3). Beabsichtigt der Geheimnisinhaber, kurzfristig ein Nutzungsverbot durchzusetzen, muss er nach den allgemeinen prozessualen Regeln (insbesondere innerhalb der Dringlichkeitsfrist) eine einstweilige Verfügung beantragen und auch das Vorliegen der Verletzungshandlung glaubhaft machen. Gelingt dem Geheimnisinhaber dies nicht, kann er keine vergleichbare Wirkung unter Berufung auf die Geheimhaltungsanordnung erreichen.<sup>71)</sup> Versendet er gleichwohl entsprechende Drohschreiben an die Gegenseite, bildet dieses Vorgehen einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, der Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche des Betroffenen begründet.

#### b) Erschweren der F&E-Tätigkeit von Wettbewerbern

**30** Ein weiteres Risiko ergibt sich daraus, dass eine Geheimhaltungsanordnung auch nach einem erfolglosen Verfahren zeitlich unbeschränkt in Kraft bleibt. Der ursprüngliche Antragsteller kann, solange die Informationen Geheimnisqualität haben, auch noch viele Jahre nach Abschluss des Verfahrens einen Bestrafungsantrag wegen eines angeblichen Verstoßes gegen die Anordnung stellen. Sofern es sich bei dem früheren Prozessgegner – was regelmäßig der Fall ist – um einen Wettbewerber handelt, der zwischenzeitlich durch eigene Forschungsarbeiten (§ 3) im selben technischen Gebiet wie der frühere Beklagte einen Fortschritt erzielt, ist dieser erheblichen Beweisrisiken ausgesetzt. Denn der Prozessgegner, der Jahre zuvor die Informationen des früheren Klägers erhalten hat, muss nach der Beweislastverteilung des § 16 Abs. 2, 2. Hs., nun nachweisen, dass die technischen Fortschritte nicht unter Verwendung dieser Informationen erzielt wurden. Ein *non liquet* im Bestrafungsverfahren geht zu seinen Lasten. Abhilfe schafft allenfalls eine sehr sorgfältige Dokumentation der eigenen Entwicklungsarbeit, über die aber gerade kleinere Unternehmen nicht immer verfügen.

**31** Kritische Auswirkungen hat dies bei Unternehmen, in denen sich der (ggf. einzige) für eine Spezialfrage kompetente Mitarbeiter zum Zweck der Rechtsverteidigung mit den übermittelten Informationen auseinandersetzt und später – ohne Rückgriff auf diese Informationen – eigene weitere Forschungen durchführt. Auch wenn der Mitarbeiter dabei nur sein Gedächtnis nutzt, kann sich der Empfänger kaum gegen den – formal berechtigten – Vorwurf verteidigen, die für die Weiterentwicklung erforderlichen Informationen (auch) durch das Verfahren erlangt zu haben. Damit ist es grundsätzlich möglich, durch das strategische Aufdrängen von Informationen in einem Verfahren die spätere F&E-Tätigkeit eines Wettbewerbers zu erschweren und sogar einzelne Mitarbeiter gezielt auszuschalten.

#### c) Beschränkung der Rechtsverteidigung

**32** Ein drittes Missbrauchsrisiko besteht darin, dass der Geheimnisinhaber die Rechtsverteidigung des Gegners beschränkt und z. B.

dessen Prozessvertreter oder sonstige Dritte unter Hinweis auf die Geheimhaltungsanordnung mit Abmahnungen einschüchtert. Auch ein solches Vorgehen ist rechtswidrig.

§ 16 Abs. 2 erlaubt die Nutzung der als geheimhaltungsbedürftig eingestuften Information durch Parteien, Prozessvertreter und andere im Rahmen des Verfahrens. Die Vorschrift regelt einen Sonderfall des nicht abschließenden Katalogs von Ausnahmen nach § 5, weil die Verwendung der Information zum Zweck der Rechtsverteidigung zum Schutz eines berechtigten Interesses (Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 47 GR-Charta) erfolgt. Die Privilegierung des § 16 Abs. 2 gilt nicht nur für das Verfahren, in dem die Informationen vorgelegt und die Geheimhaltungsanordnung erlassen wurden, sondern auch für alle weiteren Verfahren zwischen den konkreten Parteien, die inhaltlich das Geschäftsgeheimnis betreffen.<sup>72)</sup> Die Privilegierung wirkt sich unmittelbar auf § 19 aus, da der Schutz der Dokumente nicht weiter geht als der Schutz der darin verkörperten Informationen. Die Partei und ihr Prozessbevollmächtigter dürfen also die geheimhaltungsbedürftigen Informationen und Dokumente in jeder Form nutzen, die für eine zweckentsprechende Rechtsverteidigung erforderlich ist.<sup>73)</sup> Insbesondere ist die Weitergabe der Informationen an einen Dritten zur Erstellung eines Parteigutachtens zulässig, wenn mit dem Dritten eine übliche, nicht zwingend vertragsstrafenbewehrte Geheimhaltungsvereinbarung abgeschlossen wird.<sup>74)</sup> Maßstab für die Beurteilung ist der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit. Die Geheimhaltungsanordnung darf nicht dazu führen, dass eine Prozesspartei in ihrer Möglichkeit eingeschränkt wird, die zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbstständig geltend zu machen.<sup>75)</sup>

### IV. Wirkungen und (mangelnder) Rechtsschutz für Drittbetroffene

Bislang kaum thematisiert ist die Auswirkung einer Geheimhaltungsanordnung auf verfahrensbeteiligte Dritte, insbesondere deren Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Anordnung nach § 16 Abs. 2 richtet sich nicht allein an die Parteien, sondern auch an Prozessvertreter, Zeugen, Sachverständige, sonstige Vertreter und alle sonstigen Personen, die an Geschäftsgeheimnisstreitsachen beteiligt sind oder Zugang zu Verfahrensdokumenten haben. Die §§ 16–20 sind insgesamt darauf ausgerichtet, dass nicht nur gegenüber der gegnerischen Partei, sondern auch gegenüber den sonstigen Beteiligten der Geheimnisschutz gewahrt bleibt.<sup>76)</sup> Zur Erreichung dieses Zwecks hat der Gesetzgeber jedoch die Rechte der Dritten in empfindlicher Weise beschnitten und teils völlig übergangen.

#### 1. (Keine) Anhörung der Drittbeteiligten

§ 20 Abs. 2 beschränkt die Verpflichtung zur Anhörung auf die (andere) Partei. Hinsichtlich der weiteren Beteiligten wird eine Anhörung allenfalls dann in Betracht gezogen, wenn der Dritte selbst Dokumente eingereicht hat.<sup>77)</sup> Im Übrigen soll eine Anhörung entbehrlich sein, weil die Dritten durch die Anordnung nicht in eigenen subjektiven Rechten betroffen werden und aus diesem Grund keinen Anspruch auf rechtliches Gehör haben.<sup>78)</sup>

70) Vgl. Erwägungsgrund 22 der Geschäftsgeheimnis-RL; so auch OLG Koblenz, 25.01.2021 – 9 U 1382/13, n. v.

71) Wie hier ausführlich Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 16 Rn. 60.

72) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 16 Rn. 54; Kalbfus, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 16), § 16 Rn. 45.

73) Gregor, in: BeckOK/GeschGehG (Fn. 12), § 16 Rn. 41 f.

74) OLG Koblenz, 25.01.2021 – 9 U 1382/13, n. v.; Kalbfus, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 16), § 16 Rn. 41.

75) Vgl. BVerfG, 22.01.1959 – 1 BvR 154/55, BVerfGE 9, 124, 130 f.; BVerfG, 03.07.1973 – 1 BvR 153/69, BVerfGE 35, 348, 355; BVerfG, 08.10.1974 – 2 BvR 747/73, BVerfGE 38, 105, 111.

76) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 16 Rn. 44 ff.

77) Bühling, in: Hoeren/Münker (Fn. 12), § 20 Rn. 13.

78) Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 20 Rn. 10.



## Maaßen/Perino-Stiller, Die Geheimhaltungsanordnung nach §§ 16, 19 GeschGehG in der Praxis

Dies überzeugt nicht. Die Anordnung verpflichtet den Dritten unmittelbar dazu, aktiv organisatorische Vorkehrungen zur sicheren Verwahrung von Dokumenten zu treffen.<sup>79)</sup> Sie schafft also auch für die beteiligten Anwälte, Sachverständigen und Zeugen unmittelbare Handlungs- und Unterlassungspflichten (Nutzung und Weitergabe), bei deren Verletzung ein Ordnungsgeld droht. Allein diese Androhung bildet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits eine Grundrechtsbeeinträchtigung und Beschwer.<sup>80)</sup> Bloße verfahrensökonomische Erwägungen können den Verzicht auf eine Anhörung der Beteiligten nicht rechtfertigen, zumal diese – wie das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat<sup>81)</sup> – kurzfristig und sogar telefonisch erfolgen kann.

**36** Eine Anhörung ist auch erforderlich, wenn Beteiligte erst im Laufe des Verfahrens dazu stoßen (etwa bei Benennung von Sachverständigen oder Ladung von Zeugen). Auch bei diesen Personen entstehen unmittelbare und potentiell zeitlich unbeschränkte Pflichten. Es wäre rechtsstaatlich befremdlich, einen Zeugen unter Androhung von Ordnungsmitteln (§ 380 Abs. 1 ZPO) zum Erscheinen vor Gericht zu zwingen und diesem weitere Ordnungsmittel hinsichtlich der Geheimhaltung bestimmter in der Verhandlung diskutierter Informationen anzudrohen, ohne ihn zuvor auch nur anzuhören.

## 2. (Unklarer) Umfang der Verpflichtungen Drittbeteiligter

**37** Für die sonstigen Beteiligten stellt sich die Frage, welche Anforderungen die Geheimhaltungsanordnung an sie stellt. Nach der gesetzlichen Vorgabe sind die Dritten in gleicher Weise wie die Parteien verpflichtet, die Informationen und Dokumente „vertraulich zu behandeln“. Es bleibt aber offen, ob an alle Beteiligten dieselben Anforderungen an die Vertraulichkeit gestellt werden oder diese bei Zeugen, Sachverständigen und den Prozessbevollmächtigten aufgrund einer offensichtlich abweichenden Interessenlage unterschiedlich ausfallen. Zumindest bei Rechtsanwälten sind bei Einhaltung der nach berufsrechtlichen Pflichten üblichen Standards<sup>82)</sup> keine weiteren Maßnahmen zur Wahrung der Vertraulichkeit erforderlich. Handelt es sich bei dem „Prozessvertreter“ im Sinne von § 16 Abs. 1 nicht um einen einzelnen Anwalt, sondern um eine Sozietät, ist eine weitere personelle Unterteilung oder die Einrichtung von „Chinese Walls“ nicht geboten. Im Gegensatz zu einem Unternehmen ist jeder Mitarbeiter einer Kanzlei in gleicher Weise zur Vertraulichkeit verpflichtet, so dass eine weitere Unterteilung nicht erforderlich ist. Anders kann dies bei Sachverständigen oder Zeugen zu beurteilen sein, die keiner beruflichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen.

## 3. (Kein) Rechtsmittel Dritter

**38** Ein grundlegendes und vom Gesetzgeber offenbar übersehenes Problem ist die Frage, welche Rechtsmittel den Drittbetroffenen zur Verfügung stehen. Nach dem Wortlaut von § 20 Abs. 5 S. 4 besteht ein Rechtsmittel gegen eine Anordnung nur für die Parteien des Rechtsstreits. Dies ergibt sich daraus, dass die „Einstufung als geheimhaltungsbedürftig (...) nur gemeinsam mit dem Rechtsmittel in der Hauptsache angefochten werden“ kann. Ein Rechtsmittel können nur die Parteien des Ausgangsverfahrens einlegen, sodass auch nur ihnen die Möglichkeit zur Anfechtung des Beschlusses offen steht. Während die Entwurfsbegründung die eingeschränkte Anfechtbarkeit der Geheimhaltungsanordnung mit den überwiegenden Interessen des Geheimnisinhabers

rechtfertigt,<sup>83)</sup> geht sie nicht auf die Frage ein, ob auch die anderen Adressaten eines Beschlusses ein Rechtsmittel einlegen können. Das Schrifttum vertritt, soweit diese Frage diskutiert wird, die Ansicht, dass den weiteren Adressaten des Beschlusses kein Rechtsmittel zusteht, weil sie durch den Beschluss nicht in ihren Rechtspositionen berührt seien.<sup>84)</sup>

Diese Ansicht lässt indes die mittlerweile vom BGH bestätigte unmittelbare Auswirkung der Anordnung auf Dritte unberücksichtigt.<sup>85)</sup> Da die Geheimhaltungsanordnung auch nach Abschluss des Verfahrens fortgilt, sind die Dritten für unbegrenzte Zeit einer erheblichen Sanktionsandrohung ausgesetzt. In Bezug auf Prozessbevollmächtigte, die von der Geheimhaltungsanordnung betroffen sind, kam der BGH zu dem Ergebnis, dass auch ihnen ein Rechtsmittel zustehe. Der eingeschränkte Wortlaut des § 20 Abs. 5 S. 4 führe nicht zu einem Ausschluss des Rechtsmittels der Prozessbevollmächtigten, welches allerdings nur gemeinsam mit der Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache statthaft sei.<sup>86)</sup> Der BGH erkennt also, dass der Rechtsschutz von Prozessbevollmächtigten (und weiteren Drittbeteiligten) von der Verfahrensführung der Partei abhängig ist, die allein zur Einlegung eines Rechtsmittels befugt ist.<sup>87)</sup> Mit den Folgefragen und -problemen setzt sich das Gericht nicht auseinander. Insbesondere lässt der Senat ausdrücklich offen, welches Rechtsmittel den Drittbeteiligten zusteht, wenn – wie im entschiedenen Fall – durch die Parteien kein Rechtsmittel eingelegt wird.<sup>88)</sup> Soweit der BGH in den weiteren Ausführungen auf die Möglichkeit einer Aufhebung gemäß § 20 Abs. 2 S. 2 verweist, ist dies nicht ausreichend.

Da schon die Androhung eines Ordnungsmittels für den Betroffenen eine Rechtsbeeinträchtigung und damit eine gegenwärtige und unmittelbare Beschwer darstellt,<sup>89)</sup> muss jedem Betroffenen – auch den Drittbeteiligten – ein Rechtsmittel gegen die Androhung zustehen. Auch wenn, wie der I. Zivilsenat weiter erläutert, das Rechtsstaatsprinzip keinen Instanzenzug, sondern nur eine einmalige Befassung eines Gerichts garantiert, genügt die gegenwärtige Ausgestaltung mit einer möglichen Aufhebung auf der Grundlage von § 20 Abs. 2 S. 2 nicht. Wie ausgeführt, ist bereits für die Parteien nicht ersichtlich, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsmittel gegen eine Geheimhaltungsanordnung zulässig ist. Noch weniger genügt die Norm, die ausdrücklich nur auf die Parteien verweist, für den Rechtsschutz der Drittbeteiligten. Selbst wenn man den gesetzgeberischen Willen, auch den Drittbeteiligten ein Rechtsmittel zu eröffnen, unterstellen wollte, ist diese Ausgestaltung unzulässig, weil die Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen bestenfalls unklar ist.

## V. Fazit und Ausblick

Auch wenn zahlreiche Detailfragen noch zu klären sind, hat der Gesetzgeber mit den §§ 16–20 ein wertvolles Instrument zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen geschaffen. Die Regelungen sind allerdings unausgewogen und einseitig auf das Vorgehen eines redlichen Geheimnisinhabers gegen einen unredlichen Verletzer zugeschnitten. Die schutzwürdigen Interessen redlicher Beklagter und die prozessualen Nachteile für Drittbetrof-

79) BGH, 18.11.2021 – I ZB 86/20, WRP 2022, 459 Rn. 9 – Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Anordnung gem. § 16 Abs. 1 GeschGehG.

80) BVerfG, 01.04.2008 – 1 BvR 1620/04, NJW 2008, 1287 Rn. 59.

81) BVerfG, 11.01.2021 – 1 BvR 2681/20, WRP 2021, 736 Rn. 35.

82) Zu den Maßstäben Gasteyer, in: Hartung/Scharmer, BORA, 8. Aufl. 2022, § 2 Rn. 69.

83) BT-Drs. 19/4724, S. 38.

84) Kalbfus, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus (Fn. 16), § 20 Rn. 41; Schönknecht, in: Keller/Schönknecht/Glinke (Fn. 9), § 20 Rn. 44.

85) BGH, 18.11.2021 – I ZB 86/20, WRP 2022, 459 Rn. 9 – Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Anordnung gem. § 16 Abs. 1 GeschGehG.

86) BGH, 18.11.2021 – I ZB 86/20, WRP 2022, 459 Rn. 7 ff. – Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Anordnung gem. § 16 Abs. 1 GeschGehG.

87) BGH, 18.11.2021 – I ZB 86/20, WRP 2022, 459 Rn. 12 – Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Anordnung gem. § 16 Abs. 1 GeschGehG.

88) BGH, 18.11.2021 – I ZB 86/20, WRP 2022, 459 Rn. 19 – Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Anordnung gem. § 16 Abs. 1 GeschGehG.

89) BGH, 18.11.2021 – I ZB 86/20, WRP 2022, 459 Rn. 9 – Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen Anordnung gem. § 16 Abs. 1 GeschGehG.

fene blieben ebenso unberücksichtigt wie die Missbrauchsrisiken, die mit diesem neuen Instrument einhergehen. Der großzügig gehandhabte Verzicht auf die Anhörung von Betroffenen und das Fehlen von Rechtsmitteln ist verfassungsrechtlich bedenklich. Während die missbräuchliche Nutzung von Geheim-

haltungsanordnungen nicht der Regelfall werden dürfte und hoffentlich von Gerichten eingedämmt werden kann, ist zur Verbesserung des Rechtsschutzes des Empfängers von Informationen und der Drittbeteiligten eine zügige Nachschärfung durch den Gesetzgeber geboten.

Vors. Richter am OLG Lars Meinhardt, München\*

## Aktuelles Wettbewerbsverfahrensrecht 2021 (Teil 1)

### INHALT

#### Teil 1

##### I. Einleitung

##### II. Die Parteien lauterkeitsrechtlicher Auseinandersetzungen

###### 1. Gläubiger lauterkeitsrechtlicher Ansprüche

- Mitbewerber gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG a. F.
- Rechtsfähige Verbände gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG a. F.

###### 2. Schuldner lauterkeitsrechtlicher Ansprüche

- Täter
- Besonderheiten beim Geschäftsführer
- Besonderheiten der Haftung gem. § 8 Abs. 2 UWG

##### III. Wiederholungsgefahr als Anspruchsvoraussetzung

##### IV. Die Abmahnung

##### V. Der Verletzungsprozess

###### 1. Bestimmtheit eines Unterlassungsantrags gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO

###### 2. Streitgegenstand

###### 3. Zuständigkeit

- Internationale Zuständigkeit
- Örtliche Zuständigkeit

###### 4. Anzuwendendes Recht

#### Teil 2

##### 5. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis/Rechtsmissbrauch

- Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
- Rechtsmissbrauch

##### 6. Verjährung

##### 7. Hinweispflichten des Gerichts/Darlegungs- und Beweislast/Feststellung des Verkehrsverständnisses

- Hinweispflichten
- Darlegungs- und Beweislast
- Feststellung des Verkehrsverständnisses

##### 8. Berufung

##### 9. Streitwert

##### 10. Besonderheiten bei der einstweiligen Verfügung

- Verfügungsgrund
- Rechtsmissbrauch im Verfügungsverfahren
- Entscheidungsfindung durch das Gericht
  - Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit
  - Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung, § 937 Abs. 2 ZPO
- Anforderungen an die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung

##### VI. Urteilsveröffentlichung gem. § 12 Abs. 2 UWG (§ 12 Abs. 3 UWG a. F.)

##### VII. Ordnungsmittelverfahren, § 890 ZPO

Der Beitrag wird in der nächsten Ausgabe fortgesetzt. Teil 2 findet sich dort.

#### Teil 1

##### I. Einleitung

Der vorliegende Rechtsprechungsbericht knüpft an den Beitrag <sup>1</sup> zum aktuellen Wettbewerbsverfahrensrecht 2020<sup>1)</sup> an und behandelt die in 2021 veröffentlichten Entscheidungen. Die aufgrund des Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs<sup>2)</sup> erfolgten Änderungen haben sich in diesem Zeitraum nur zum Teil ausgewirkt, da einige der in 2021 veröffentlichten Entscheidungen bereits vor Inkrafttreten der entsprechenden Änderungen des Gesetzes ergangen sind und ungeachtet dessen im Anwendungsbe-  
reich des § 15a UWG auch bei Entscheidungen aus der Zeit danach altes Recht anzuwenden war. Soweit im Folgenden über Entscheidungen berichtet wird, die die alte Rechtslage betreffen, werden die entsprechenden Normen mit „a. F.“ gekennzeichnet.

##### II. Die Parteien lauterkeitsrechtlicher Auseinandersetzungen

###### 1. Gläubiger lauterkeitsrechtlicher Ansprüche

###### a) Mitbewerber gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG a. F.

Der BGH hatte zu beurteilen, ob zwischen dem klagenden Anbieter von Kapitallebensversicherungsverträgen und -anlageprodukten und der beklagten Inkassodienstleisterin und gewerblichen Ankäuferin von Forderungen und Rechten aus Versicherungsverträgen ein Wettbewerbsverhältnis besteht, und dieses unter Anwendung der seitens der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze<sup>3)</sup> bejaht.<sup>4)</sup> Die Beklagte wirke, indem sie sich u. a. an Kunden der Klägerin wende und die von den Versicherungsnehmern übernommenen Verträge regelmäßig kündige, zielgerichtet unmittelbar auf die geschäftlichen Verhältnisse der Klägerin ein. Der Erfolg der Beklagten habe seine Grundlage in dem Nachteil, den die Klägerin erleide. Das Verhältnis zwischen den Parteien sei auch durch ein Konkurrenzmoment geprägt, da beide

1) Meinhardt, WRP 2021, 852 ff., 978 ff.

2) BGBl. I 2020, 2568.

3) BGH, 05.11.2020 – I ZR 234/19, WRP 2021, 184, Rn. 15 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen m. w. N.

4) BGH, 05.11.2020 – I ZR 234/19, WRP 2021, 184, Rn. 28 – Zweitmarkt für Lebensversicherungen.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1322.