

## Herausgeber

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

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. Christian Alexander

Internet-Vergleichsportale im Fokus

- 1 **Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M.**  
„Equity“ im deutschen Lauterkeitsrecht? Der „Unterlassungsanspruch“ nach der Geschäftsgeheimnis-RL
- 7 **Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.**  
Aktuelle Thesen zur zentralen Vermarktung der Medienrechte an der Fußball-Bundesliga im Lichte von Art. 101 Abs. 3 AEUV
- 17 **Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens**  
Internationale Zuständigkeit für Äußerungsdelikte im Wettbewerb
- 20 **Dr. Ulrich Franz**  
Preisvergleichsportale aus wettbewerbsrechtlicher Sicht
- 29 **Dr. Hermann Dück**  
Franchise-Werbung aus Sicht des Wettbewerbsrechts und Erfordernis eines Regelungsrahmens für das Vertriebsrecht
- 33 **Coty Germany/Parfümerie Akzente**  
EuGH, Urteil vom 06.12.2017 – C-230/16
- 37 **Merck/Merck u. a.**  
EuGH, Urteil vom 19.10.2017 – C-231/16
- 43 **Hansruedi Raimund/Michaela Aigner**  
EuGH, Urteil vom 19.10.2017 – C-425/16
- 46 **Hanssen Beleggingen/Tanja Prast-Knippling**  
EuGH, Urteil vom 05.10.2017 – C-341/16
- 48 **VCAST/RTI**  
EuGH, Urteil vom 29.11.2017 – C-265/16
- 51 **Tabakwerbung im Internet**  
BGH, Urteil vom 05.10.2017 – I ZR 117/16
- 55 **Kommentar von Dr. Simon Apel**
- 56 **Kulturchampignons**  
BGH, Beschluss vom 21.09.2017 – I ZR 74/16
- 60 **Großhandelszuschläge**  
BGH, Urteil vom 05.10.2017 – I ZR 172/16
- 65 **MeinPaket.de II**  
BGH, Urteil vom 14.09.2017 – I ZR 231/14
- 72 **Rückrufsystem**  
BGH, Beschluss vom 05.10.2017 – I ZR 163/16
- 98 **Influencer Marketing**  
KG, Beschluss vom 11.10.2017 – 5 W 221/17

Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge), Erlangen-Nürnberg\*

## „Equity“ im deutschen Lauterkeitsrecht? Der „Unterlassungsanspruch“ nach der Geschäftsgeheimnis-RL

### INHALT

- I. Einführung
- II. Interessenausgleich über die Rechtsdurchsetzung
- III. Ansprüche und Anordnungen zur Durchsetzung von Geschäftsgeheimnissen
  - 1. Nationales Recht zum Geheimnisschutz
    - a) Strafrechtsakzessorische Ansprüche
    - b) Originär zivilrechtlicher Schutz
  - 2. Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-RL
    - a) Schadensersatz
    - b) Urteilsveröffentlichung
    - c) Unterlassung, Beseitigung, Rückruf, Vernichtung
- IV. Der Gedanke differenzierter Rechtsdurchsetzung
  - 1. Four-factor-Test im anglo-amerikanischen Rechtskreis
  - 2. Verhältnismäßigkeit und Flexibilität im Unionsimmaterialgüterrecht
  - 3. Verhältnismäßigkeit und Flexibilität nach der Geschäftsgeheimnis-RL
- V. Konsequenzen für die Fortentwicklung des nationalen Unterlassungsanspruchs
  - 1. Materiell-rechtliche Unterlassungsansprüche
  - 2. Das Ende des Paradigmas des verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruchs
  - 3. Interessenabwägungen statt Ermessen
- VI. Fazit

### I. Einführung

- 1 Anders als die Rechte des Geistigen Eigentums oder auch das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb hat der Geheimnisschutz in Europa länger auf seine Harmonisierung warten müssen. Nun ist es soweit: Die Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 08.06.2016 ist in Kraft und bis zum 09.06.2018 umzusetzen. Während die europäischen Anforderungen an den Geheimnisbegriff (Art. 2 Nr. 1 Geschäftsgeheimnis-RL)<sup>1)</sup> sowie der „Schutzumfang“

(Art. 3 bis Art. 5 Geschäftsgeheimnis-RL) bereits einiges an Aufmerksamkeit erfahren haben,<sup>2)</sup> widmet sich dieser Beitrag explizit der bisher vergleichsweise vernachlässigten Rechtsdurchsetzung. Unter Rechtsdurchsetzung werden hier diejenigen materiell-rechtlichen Normen verstanden, mittels derer festgestellte Geheimnisverletzungen (materielles Recht im engeren Sinne) unmittelbar sanktioniert werden (materielles Recht im weiteren Sinne).<sup>3)</sup> Es geht also um Ansprüche oder in der Terminologie der Richtlinie: um „gerichtliche Anordnungen“ (Art. 12 bis Art. 15 Geschäftsgeheimnis-RL). Unabhängig davon, dass die Übergänge zu herkömmlichen verfahrensrechtlichen Regelungen fließend sind, soll der „Geist“ des europäischen Rechtsfolgenregimes hier schwerpunktmäßig anhand des „Unterlassungsanspruchs“ herausgearbeitet werden. Prozessuale Anforderungen (insbesondere Art. 9 Geschäftsgeheimnis-RL)<sup>4)</sup> einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes (vgl. Art. 10 und Art. 11 Geschäftsgeheimnis-RL)<sup>5)</sup> bleiben ebenso wie die strafrechtliche Rechtsdurchsetzung weitgehend ausgeklammert.<sup>6)</sup>

Nach einem kurzen Blick auf den europäischen Trend, die Rechtsdurchsetzung bei der Herbeiführung des Interessenausgleichs insbesondere im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht gezielt einzusetzen (II.), werden im Folgenden zunächst die einschlägigen Durchsetzungsinstrumente des bisherigen deutschen Rechts sowie jene der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie eingeführt (III.). Die Richtlinie zeichnet sich dabei nicht zuletzt hinsichtlich des „Unterlassungsanspruchs“ durch eine gewisse Flexibilität aus. Unweigerlich weckt dies Assoziationen an die Grundsätze zu *equitable remedies* im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Es zeichnet sich ab, dass sich das europäische „Law of Remedies“ ebenfalls durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. den Gedanken differenzierter Rechtsdurchsetzung charakterisieren lässt (IV.). Welche Konsequenzen dies für das deutsche Recht hat – namentlich für den herkömmlichen Unterlassungsanspruch bei Geheimnisverletzungen –, wird am Ende des Beitrags behandelt (V.).

### II. Interessenausgleich über die Rechtsdurchsetzung

Der isolierte Blick auf die materiell-rechtlichen Durchsetzungsmechanismen lohnt sich aus mehreren Gründen.<sup>7)</sup> Alle hängen damit zusammen, dass die Rechtsdurchsetzung als eigenständi-

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 129.

1) Zu „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391.  
 2) *Alexander*, WRP 2017, 1034; *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009; *Lejeune*, CR 2016, 330; *McGuire*, GRUR 2016, 1000; *Witt/Freudenberg*, WRP 2014, 375; *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 681, 812; zum Geheimnisschutz im Zivilprozess *Hauck*, NJW 2016, 2218, 2222; *McGuire*, GRUR 2015, 424, 427 ff.; grundlegend zur Thematik *Ohly*, GRUR 2014, 1; *Kalbfus*, Know-How-Schutz in Deutschland zwischen Strafrecht und Zivilrecht – welcher Reformbedarf besteht?, 2011 (zur Rechtsdurchsetzung Rn. 308 ff.); *Dorner*, Know-how-Schutz im Umbruch. Rechtsdogmatische und informationsökonomische Überlegungen, 2012.

3) Zur kategorialen Unterscheidung zwischen *Stammrechten* (= Rechtszuweisung) und den zu deren situationsadäquater Durchsetzung zur Verfügung stehenden *Rechtsfolgenrechten* (= Ansprüche) *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 122 ff.  
 4) *Farkas/Koch*, JIPL 2016, 901.  
 5) Vgl. dazu *Lejeune*, CR 2016, 330, 336 f.; §§ 935 ff., 920 ff. ZPO decken diese Vorgabe weitgehend ab.  
 6) Zu den Vorteilen strafrechtlichen Schutzes v. a. mit Blick auf finanzschwache Arbeitnehmer *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1016.  
 7) Dazu *Hofmann*, GRUR 2018, Heft 1.

## Hofmann, Der „Unterlassungsanspruch“ nach der Geschäftsgeheimnis-RL

ger Problemkreis verstanden werden kann, der nicht zuletzt der Herbeiführung eines angemessenen Interessenausgleichs dienen kann.

- 4 Konkret wird dabei erstens der Umfang einer intendierten Güterzuweisung *de facto* durch die Rechtsdurchsetzung mitbestimmt. Überkompensatorische Rechtsbehelfe können beispielsweise dafür sorgen, dass an sich erlaubte Handlungen unterbleiben („chilling effect“). Verengt wird der Schutz hingegen, wenn etwa Schadensersatzansprüche symbolisch bleiben oder Ansprüche im Verfahren nicht effektiv durchsetzbar sind.<sup>8)</sup>
- 5 Zweitens wird das Bewusstsein dafür geschärft, dass unterschiedliche Ansprüche unterschiedlichen Funktionen dienen, die wiederum von der konkreten Durchsetzungssituation abhängen. So kann der Unterlassungsanspruch im Einzelfall überpräventiv wirken oder umgekehrt kann ein einfacher Schadensersatzanspruch vorsätzlichen Rechtsverletzern, die zugleich die Entdeckungswahrscheinlichkeit gezielt verringern, womöglich zu wenig entgegenzusetzen.
- 6 Drittens kann, wie angedeutet, der notwendige Ausgleich der unterschiedlichen Interessen zusätzlich über die „remedy-Ebene“ verfeinert werden. So unterliegt beispielsweise nicht nur das materielle Lauterkeitsrecht Verhältnismäßigkeitsvorbehalten,<sup>9)</sup> sondern auch die Rechtsdurchsetzung (Art. 11, 13 UGP-RL = RL 2005/29/EG).<sup>10)</sup> Wenn der EuGH formuliert, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, für Gewerbetreibende, die auf unlautere Geschäftspraktiken zurückgreifen, eine geeignete Sanktionsregelung vorzusehen und zu gewährleisten, dass diese Sanktionen insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen,<sup>11)</sup> ist dies eine bisher noch nicht ausgeschöpfte Möglichkeit zum Beispiel beim Umgang mit Bagatelverstößen.<sup>12)</sup> Unterstrichen wird dies dadurch, dass der EuGH darauf verweist, dass in diesem Zusammenhang „Umstände wie die Häufigkeit der vorgeworfenen Praxis, die Frage, ob Vorsatz vorliegt und das Ausmaß des Schadens, der dem Verbraucher durch sie entstanden ist, gebührend berücksichtigt werden können.“<sup>13)</sup> Kurzum: Rechtsdurchsetzung sollte nicht als selbstverständlicher Annex verstanden werden, sondern als zusätzliche Chance zur ausgewogenen Gestaltung des materiellen Rechts.<sup>14)</sup>
- 7 Viertens verlangt die zunehmende Harmonisierung der Rechtsdurchsetzung,<sup>15)</sup> dass sich das nationale Recht der Systematik europäischer Rechtsfolgenregelungen anschlussfähig hält. Der EuGH wird die Konturen des europäischen „Law of Remedies“ weiter schärfen. Der breiten Rechtsprechung zu Unterlassungsanordnungen gegenüber Intermediären<sup>16)</sup> sind nun erste Urteile

zum Schadensersatzanspruch nach der Enforcement-RL (RL 2004/48/EG) gefolgt.<sup>17)</sup> Der EuGH legt die einschlägigen Begriffe regelmäßig autonom aus.<sup>18)</sup> Nationale Lösungen müssen sich dabei stets an der Systematik des Unionsrechts messen lassen. Dogmatisch kann beispielsweise die Erweiterung der Passivlegitimation einerseits über die Ausweitung materiell-rechtlicher Tatbestände erfolgen (Beispiele: Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG);<sup>19)</sup> Haftung für wettbewerbsrechtliche Verkehrspflichten nach § 3 Abs. 1, 2 UWG bzw. Art. 5 Abs. 2 UGP-RL)<sup>20)</sup> oder andererseits explizit als Durchsetzungsfrage adressiert werden (Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL; Art. 11 S. 3 Enforcement-RL; Art. 11 UGP-RL).<sup>21)</sup> In jedem Fall muss das nationale Recht die Grundprinzipien der europäischen Systematik zur Kenntnis nehmen,<sup>22)</sup> die – wie noch zu zeigen sein wird – unter anderem durch den Gedanken der Verhältnismäßigkeit geprägt ist (u. IV.). Im vorliegenden Beitrag wird in diesem Zusammenhang zudem gesehen, dass etwa auch der Verschuldensbegriff des Unionsrechts von zentraler Tragweite ist bzw. sein wird.<sup>23)</sup>

### III. Ansprüche und Anordnungen zur Durchsetzung von Geschäftsgeheimnissen

Wie Geheimnisverletzungen bisher im nationalen Recht durchgesetzt werden (1.) und welche Vorgaben die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie macht (2.), wird nun aufgezeigt.

#### 1. Nationales Recht zum Geheimnisschutz

Mit Verstößen gegen §§ 17, 18 UWG korreliert nicht unmittelbar eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage.<sup>24)</sup> Schutz gewähren allerdings privatrechtliche Transformationsnormen (a)). Daneben wird allgemein vertreten, dass originäre zivilrechtliche Ansprüche aus Generalklauseln abgeleitet werden können (b)).

#### a) Strafrechtsakzessorische Ansprüche

Keine Zweifel bestehen, dass §§ 17, 18 UWG Schutzgesetze i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB sind.<sup>25)</sup> Über die entsprechende Anwendung von § 1004 BGB kann zugleich ein Anspruch auf Unterlassung – sowohl in der Variante des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs als auch des Verletzungsunterlassungsanspruchs – geltend gemacht werden.<sup>26)</sup> Auch die Anwendbarkeit von § 3a UWG wird weithin vertreten.<sup>27)</sup> Dies öffnet den Weg zu den allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen. Problematisch ist dabei allerdings, dass der Straftatbestand nicht fahrlässig verwirklicht werden kann, was sich auf die zivilrechtlichen Ansprüche konsequenterweise durchschlägt.<sup>28)</sup>

8) *Raue*, ZUM 2017, 353, 354 (er spricht von „Phantomrechten“ im „Graubereich“ an den Grenzen von Immaterialgüterrechten).

9) *Köhler*, WRP 2017, 1, 4, unter Verweis auf Erwägungsgrund 6, 18 der UGP-RL (RL 2005/29/EG).

10) Vgl. Art. 11 Abs. 2 UGP-RL („in denen sie diese Maßnahmen unter Berücksichtigung aller betroffenen Interessen (...) für erforderlich halten“).

11) EuGH, 16.04.2015 – C-388/13 Rn. 57 f., WRP 2015, 698 – Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC Magyarország Kft.

12) Dazu *Ohly*, Der Schutz unternehmerischer Interessen im Lauterkeitsrecht, 2015 (abrufbar unter <https://www.ihk-muenchen.de/gutachten-uwg-reform-2015.pdf>).

13) EuGH, 16.04.2015 – C-388/13 Rn. 57 f., WRP 2015, 698 – Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC Magyarország Kft.

14) *Fischman Afari*, 29 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (2011), 1, 3 f. („Remedies (...) need to be taken seriously. They should not be viewed simply as a legal by-product of the legal system’s determination that an infringement has taken place, but rather as a complementary means for implementing policy“).

15) Erwägungsgrund 6 Geschäftsgeheimnis-RL beklagt aber noch die fehlende „Kohärenz hinsichtlich der zivilrechtlichen Rechtsbehelfe“.

16) Gegenüber Internetzugangsanbietern EuGH, 27.03.2014 – C-314/12, WRP 2014, 540 – UPC Telekabel; EuGH, 15.09.2016 – C-484/14, WRP 2016, 1486 – McFadden/Sony Music; gegenüber (virtuellen) Marktplatzbetreibern EuGH, 07.07.2016 – C-494/15, GRUR 2016, 1062 – Tommy Hilfiger/Delta Center; EuGH, 12.07.2011 – C-324/09, WRP 2011, 1129 – L’Oréal/eBay.

17) EuGH, 25.01.2017 – C-367/15, WRP 2017, 534 – Otawaska Telewizja Kablowa; EuGH, 09.06.2016 – C-481/14, GRUR 2016, 1043 – Hansson/Jungpflanzen Grünwald; EuGH, 17.03.2016 – C-99/15, WRP 2016, 821 – Liffers.

18) Vgl. EuGH, 22.06.2016 – C-280/15 Rn. 45, GRUR 2016, 931 – Irina Nikolajeva.

19) EuGH, 14.06.2017 – C-610/15, WRP 2017, 936 – Stichting Brein/Zigo BV; EuGH, 06.04.2017 – C-527/15, WRP 2017, 677 – Stichting Brein; EuGH, 08.09.2016 – C-160/15, WRP 2016, 1347 – GS Media BV/Sanoma; vgl. *Ohly*, ZUM 2017, 793.

20) *Köhler/Fedderson*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 35. Aufl. 2017, § 8 Rn. 2.6 und Rn. 2.8.

21) Zur Problematik *Ohly*, in: FS Ahrens, 2016, 135, 140 ff.; *ders.*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 7. Aufl. 2016, Rn. 123; *Hofmann*, ZfWG 2016, 304, 306 ff.; *ders.*, WRP 2015, 1331, 1332.

22) Mahnend etwa *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2013, 986, 990 („Wieder einmal zeigt sich, dass eine Umsetzung von Richtlinien in ausgetretenen nationalen Pfaden, die mit der Richtlinie nicht identisch sind, den Blick verstellen kann.“).

23) Dazu *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, S. 573 ff., 578.

24) *Köhler* (Fn. 20), § 17 Rn. 51.

25) *Köhler* (Fn. 20), § 17 Rn. 53; *Ohly* (Fn. 21), § 17 Rn. 36.

26) *Köhler* (Fn. 20), § 17 Rn. 64; vgl. *Ohly* (Fn. 21), § 17 Rn. 52 f.

27) *Köhler* (Fn. 20), § 17 Rn. 52; vertiefend und m. w. N. zur Diskussion, ob es sich bei den §§ 17, 18 UWG um Marktverhaltensregelungen handelt *Ohly*, GRUR 2014, 1, 7 f.

28) *Ohly*, GRUR 2014, 1, 8; *Kalbfus* (Fn. 2), Rn. 423; a. A. *Czernik*, ZVrtriebsR 2015, 231, 233, mit Blick auf den Unterlassungsanspruch.

## b) Originär zivilrechtlicher Schutz

- 11 Jenseits möglicher vertraglicher Ansprüche<sup>29)</sup> und lauterkeitsrechtlicher Sondertatbestände (§§ 4 Nr. 3 lit. c, 4 Nr. 4 UWG)<sup>30)</sup> kann über eine Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel nachgedacht werden (§ 3 Abs. 1 UWG).<sup>31)</sup> Vertreten wird auch eine Einordnung des Geheimnisschutzes in § 823 Abs. 1 BGB. Manche sehen hier die Verletzung eines sonstigen absoluten Rechts<sup>32)</sup> oder einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.<sup>33)</sup> Denkbar ist auch ein Anspruch aus § 826 BGB. Umstritten ist schließlich, ob die Eingriffskondiktion aus § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB greift.<sup>34)</sup> Dass sich die Richtlinie stark am immaterialgüterrechtlichen Schutzregime anlehnt,<sup>35)</sup> spricht nunmehr dafür, Zuweisungsgehalt anzunehmen und die bereicherungsrechtliche Rechtsfolge im Ergebnis für die Durchsetzung von Geheimnisverletzungen heranzuziehen. Der Streit, inwieweit der Geheimnisschutz immaterialgüterrechtsähnliche Züge aufweist, sollte damit unter dem Aspekt praktischer Konsequenzen weiter entschärft werden.<sup>36)</sup>
- 12 Mit Blick auf sämtliche Schadensersatzanspruchsgrundlagen gilt im Übrigen, dass der Schaden auf Basis der „dreifachen Schadensberechnung“ berechnet werden kann. Der Geschädigte hat also die Möglichkeit, Herausgabe von Gewinnen zu verlangen oder einen Schaden auf Basis der Lizenzanalogie geltend zu machen.<sup>37)</sup> Flankierend sollen zudem Auskunftsansprüche bestehen.<sup>38)</sup> Gleiches gilt für – dem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt unterstellte – Beseitigungs- bzw. Vernichtungsansprüche.<sup>39)</sup>

## 2. Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-RL

- 13 Offenkundig lehnen sich die Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-RL in den Art. 12 bis 15 zur Durchsetzung von Geheimnisverletzungen eng an die Enforcement-RL (RL 2004/48/EG) an. Vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird gegenüber der Enforcement-RL weiter aufgewertet. Anders als bei der Verortung in Art. 3 Abs. 2 Enforcement-RL bekommt er in Art. 7 Abs. 1 lit. a einen hervorgehobenen Platz.<sup>40)</sup> Auch wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Einzelbestimmungen deutlich stärker konkretisiert als in der Enforcement-RL. Darauf wird noch näher einzugehen sein (u. IV. 3.). Zunächst sollen hier die wesentlichen Durchsetzungsmaßnahmen knapp vorgestellt werden (a)-c)).

### a) Schadensersatz

- 14 So muss nach Art. 14 Geschäftsgeheimnis-RL sichergestellt werden, dass der Inhaber des Geheimnisses im Verletzungsfalle angemessenen Schadensersatz zugesprochen bekommt. Voraussetzung ist eine schuldhaftige Geheimnisverletzung. Ausweislich

von Erwägungsgrund 30 wird dabei nicht die Einführung einer Verpflichtung zu einem als Strafe angelegten Strafschadensersatz bezweckt. Vielmehr geht es darum, den Rechtsinhaber für die ihm tatsächlich entstandenen Schäden möglichst vollständig auszugleichen. Er soll so gestellt werden, wie wenn die Rechtsverletzung nicht eingetreten wäre. Die Kosten des „nachlaufenden Rechtsschutzes“, wie Kosten im Zusammenhang mit der Feststellung der Rechtsverletzung und den Nachforschungen (Erwägungsgrund 30), sind davon umfasst. Da für Art. 13 Enforcement-RL strittig ist, ob er Grundlage für die „dreifache Schadensberechnung“ sein kann,<sup>41)</sup> muss Gleiches für den ähnlich formulierten Art. 14 Geschäftsgeheimnis-RL gelten.<sup>42)</sup> Während der Wortlaut lediglich zwei Berechnungsarten zu kennen scheint (zum einen konkrete Berechnung unter Berücksichtigung aller einschlägigen Faktoren; zum anderen Schadenspauschalierung), spricht vor allem die Gefahr der Überprävention gegen eine Gewinnherausgabe als Regelrechtsfolge.

### b) Urteilsveröffentlichung

Nach Art. 15 Abs. 1 Geschäftsgeheimnis-RL kann die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen (allgemeiner: „geeignete Maßnahmen zur Verbreitung von Informationen über die betreffende Entscheidung“) angeordnet werden. 15

### c) Unterlassung, Beseitigung, Rückruf, Vernichtung

Zentrale „Maßnahmen“ finden sich schließlich in Art. 12 Geschäftsgeheimnis-RL. Eine Regelung für Unterlassungsanordnungen findet sich in Art. 12 Abs. 1 lit. a und lit. b Geschäftsgeheimnis-RL. Im Verletzungsfalle kann die Einstellung oder gegebenenfalls das Verbot der Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses angeordnet werden. Auch ein Verbot des Herstellens, Anbietens, Vermarktens oder der Nutzung rechtsverletzender Produkte oder der Einfuhr, Ausfuhr oder Lagerung entsprechender Produkte für diese Zwecke ist möglich. Die Rechtsdurchsetzungsbestimmungen korrelieren vorbehaltlich von „Ausnahmen“ nach Art. 5 Geschäftsgeheimnis-RL mit den materiell-rechtlichen Verbotstatbeständen aus Art. 4 Geschäftsgeheimnis-RL. Spätestens wenn das Verletzungsgericht eine Verletzung feststellt, weiß der Verletzer um die Rechtswidrigkeit seiner Aktivitäten, so dass die subjektiven Komponenten insbesondere in Art. 4 Abs. 5 Geschäftsgeheimnis-RL für die in die Zukunft zielende Unterlassungsanordnung trotz der im Präteritum stehenden Formulierung „wusste“ bzw. „hätte wissen müssen“ keine Rolle spielen dürften. Wegen der Mindestharmonisierung ist ein vorbeugender Unterlassungsanspruch selbst dann möglich, wenn man in der Bestimmung nur den „Verletzungsunterlassungsanspruch“ geregelt sähe.<sup>43)</sup>

Weiter besteht nach Art. 12 Abs. 1 lit. d Geschäftsgeheimnis-RL die Möglichkeit, die Vernichtung der Geheimnisträger (Dokumente, Gegenstände etc.) anzuordnen. 17

Nach Art. 12 Abs. 1 lit. c Geschäftsgeheimnis-RL können schließlich weitere „geeignete Abhilfemaßnahmen“ hinsichtlich der rechtsverletzenden Produkte erlassen werden. Dazu zählen gemäß Art. 12 Abs. 2 Geschäftsgeheimnis-RL der Rückruf der rechtsverletzenden Produkte vom Markt (lit. a), die Beseitigung der rechtsverletzenden Qualität der rechtsverletzenden Produkte 18

29) Köhler (Fn. 20), § 17 Rn. 54; Ohly (Fn. 21), Vor §§ 17-19 Rn. 10 und § 17 Rn. 37 ff.; Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 17 Rn. 51 ff.

30) Köhler (Fn. 20), § 17 Rn. 52; Ohly (Fn. 21), Vor §§ 17-19 Rn. 10.

31) Harte-Bavendamm (Fn. 29), 2016, § 17 Rn. 43 ff.; Ohly, GRUR 2014, 1, 8; vgl. Kalbfus (Fn. 2), Rn. 309 ff.

32) Vgl. Ann, GRUR-Prax 2016, 465, 466; Alexander, WRP 2017, 1034, 1035; Ohly (Fn. 21), § 17 Rn. 49 (Einordnung als Rahmenrecht).

33) Zum Ganzen Köhler (Fn. 20), § 17 Rn. 53.

34) Dafür Ohly (Fn. 21), § 17 Rn. 50; zur Diskussion und selbst kritisch Kalbfus (Fn. 2), Rn. 477 ff.

35) Baranowski/Glaßl, BB 2016, 2563, 2567, 2569; Gärtner, NZG 2014, 650, 651; Ann, GRUR-Prax 2016, 465, 467; McGuire, GRUR 2016, 1000, 1007; namentlich Auskunftsansprüche fehlen, vgl. Niebel, in: FS Fezer, 2016, S. 799, 813; ders. plädiert dafür, sich beim Rechtsschutz des „immaterialgüterrechtlichen Instrumentenkastens“ zu bedienen.

36) Vgl. auch Ohly, GRUR 2014, 1, 8 f.

37) Köhler (Fn. 20), § 17 Rn. 58; Harte-Bavendamm (Fn. 29), § 17 Rn. 63 f.; Ohly (Fn. 21), § 17 Rn. 51.

38) Köhler (Fn. 20), § 17 Rn. 65a; Ohly (Fn. 21), § 17 Rn. 55; Czernik, ZVertriebsR 2015, 231, 233.

39) Köhler (Fn. 20), § 17 Rn. 65; Harte-Bavendamm (Fn. 29), § 17 Rn. 58.

40) Harte-Bavendamm, in: FS Köhler, 2014, S. 235, 249; vgl. Ohly (Fn. 21), Vor §§ 17-19 Rn. 7.

41) Raue, Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 103 ff.; vgl. Kalbfus/Harte-Bavendamm, GRUR 2014, 453, 457; ablehnend mit Blick auf die Sortenschutz-VO (VO (EG) Nr. 2100/94) EuGH, 09.06.2016 - C-481/14, GRUR 2016, 1043 Rn. 41 f. - Hansson/Jungpflanzen Grünwald.

42) Befürwortend mit Blick auf Art. 14 Geschäftsgeheimnis-RL Ann, GRUR-Prax 2016, 465, 467.

43) Vgl. die weitergehende Formulierung in Art. 89 Abs. 1 Gemeinschaftsgeschmacksmuster-VO (VO (EG) 6/2002) („Stellt ein Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht in einem Verfahren wegen Verletzung oder drohender Verletzung fest, dass der Beklagte ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster verletzt hat oder zu verletzen droht, so erlässt es, wenn dem nicht gute Gründe entgegenstehen, folgende Anordnungen“).

## Hofmann, Der „Unterlassungsanspruch“ nach der Geschäftsgeheimnis-RL

(lit. b) und die Vernichtung rechtsverletzender Produkte oder ggf. ihre Marktrücknahme (lit. c). Ob ein Rückruf zugleich vom Unterlassungsanspruch gedeckt ist, wurde vom Bundesgerichtshof zuletzt mehrfach bejaht.<sup>44)</sup> Ob Gleiches für die Geschäftsgeheimnis-RL gilt, wird der EuGH zu entscheiden haben.<sup>45)</sup> Von Relevanz ist die Frage für den Antrag. Während nach dem BGH der Rückruf vom Tenor der Unterlassungsverpflichtung auch ohne ausdrückliche Erwähnung umfasst ist, müsste der selbständige Rückruf nach Art. 12 Abs. 1 lit. c, Abs. 2 lit. a Geschäftsgeheimnis-RL ausweislich der Formulierung in Abs. 1 („auf Antrag“) explizit beantragt werden.<sup>46)</sup>

- 19 Was die aufgezählten Maßnahmen des Art. 12 Geschäftsgeheimnis-RL anbelangt, sticht der diese Norm ergänzende Art. 13 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-RL heraus.<sup>47)</sup> Die Anordnungen können jeweils unter bestimmten Voraussetzungen durch alternative Maßnahmen – mit Blick auf Unterlassungsanordnungen durch Zahlung einer einfachen Lizenzgebühr (Art. 13 Abs. 3 Unterabsatz 2), ansonsten durch eine „Abfindung an den Geschädigten“ – substituiert werden. Jenseits davon, dass eine Primärmaßnahme aufgrund einer Verletzung potenziell angeordnet werden können muss, unterliegt dies vier kumulativen Voraussetzungen. Erstens wusste die betreffende Person zum Zeitpunkt der Nutzung oder Offenlegung nicht und hätte unter den gegebenen Umständen nicht wissen müssen, dass sie über eine andere Person in den Besitz des Geschäftsgeheimnisses gelangt ist, die dieses Geschäftsgeheimnis rechtswidrig genutzt oder offen gelegt hat (Art. 13 Abs. 3 lit. a). Zweitens würde der betreffenden Person bei Durchführung der betreffenden Maßnahmen ein unverhältnismäßig großer Schaden entstehen (Art. 13 Abs. 3 lit. b) und drittens erscheint die Zahlung einer Abfindung an die geschädigte Partei als angemessene Entschädigung (Art. 13 Abs. 3 lit. c). Viertens bedarf es eines Antrags der Person, der die Maßnahme auferlegt werden soll (Art. 13 Abs. 3 Unterabsatz 1 Geschäftsgeheimnis-RL).

#### IV. Der Gedanke differenzierter Rechtsdurchsetzung

- 20 Letztere Bestimmung steht für den Gedanken, dass Rechte – je nach der konkreten Durchsetzungssituation – differenziert durchgesetzt werden können. Eine bestimmte, an sich passende Rechtsfolge muss nicht in jedem konkreten Einzelfall richtig sein. Dies ist ein Gedanke, der sich im anglo-amerikanischen Rechtskreis mit Blick auf *discretionary remedies* findet (1.), aber auch dem Unionsrecht nicht unbekannt ist (2.). Ein näherer Blick auf die Geschäftsgeheimnis-RL verstärkt dies wiederum nochmals (3.).

##### 1. Four-factor-Test im anglo-amerikanischen Rechtskreis

- 21 Rechtsfolgen wie *specific performance* (Erfüllung), *account of profits* (Gewinnherausgabe) und *injunctions* (Unterlassung) unterliegen im anglo-amerikanischen Rechtskreis (mehr oder weniger

weitreichendem)<sup>48)</sup> richterlichem Ermessen (*discretionary remedies*).<sup>49)</sup> Dass dies auch im Patentrecht gilt, hat der US Supreme Court in der Entscheidung *eBay Inc. v. MercExchange* in Erinnerung gerufen. Das Gericht hat sich hierbei an folgenden „four-factor test“ angelehnt: „According to well-established principles of equity, a plaintiff seeking a permanent injunction must satisfy a four-factor test before a court may grant such relief. A plaintiff must demonstrate: (1) that it has suffered an irreparable injury; (2) that remedies available at law, such as monetary damages, are inadequate to compensate for that injury; (3) that, considering the balance of hardships between the plaintiff and defendant, a remedy in equity is warranted; and (4) that the public interest would not be disserved by a permanent injunction.“<sup>50)</sup> Trotz Unterschieden liegt die strukturelle Verwandtschaft zu Art. 13 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-RL auf der Hand.

##### 2. Verhältnismäßigkeit und Flexibilität im Unionsimmaterialgüterrecht

Schon Art. 3 Abs. 2 Enforcement-RL zeigt, dass Rechtsbehelfe im Unionsimmaterialgüterrecht verhältnismäßig zu sein haben.<sup>51)</sup> Konkret sind namentlich Unterlassungsanordnungen nicht stets verfügbar. In Art. 130 Unionsmarken-VO (Verordnung (EU) 2017/1001) heißt es in Abs. 1: „Stellt ein Unionsmarkengericht fest, dass der Beklagte eine Unionsmarke verletzt hat oder zu verletzen droht, so verbietet es dem Beklagten, die Handlungen, die die Unionsmarke verletzen oder zu verletzen drohen, fortzusetzen, sofern einer solchen Anordnung nicht besondere Gründe entgegenstehen.“ Auch gemäß Art. 89 Abs. 1 Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung steht eine Unterlassungsanordnung unter dem Vorbehalt, dass ihr nicht „gute Gründe entgegenstehen“. <sup>52)</sup> Vergleichbar mit Art. 13 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-RL kennt auch Art. 12 Enforcement-RL eine Ablösemöglichkeit.

Im Rahmen der Intermediärhaftung auf Basis von Art. 11 S. 3 Enforcement-RL (bzw. Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL) betont der EuGH, dass mit Blick auf Anordnungen (z. B. Internetsperren) ein „angemessenes Gleichgewicht“ zwischen den betroffenen Grundrechten hergestellt werden muss.<sup>53)</sup> Anordnungen gegen Marktplatzbetreiber müssen „gerecht und verhältnismäßig sein“. Sie dürfen daher „nicht übermäßig kostspielig sein und auch keine Schranken für den rechtmäßigen Handel errichten“. Konsequenterweise kann auch von einem herkömmlichen Marktplatzbetreiber „keine generelle und ständige Überwachung seiner Kunden verlangt werden“, so dass etwaige Markenverletzungen durch die Mieter von Marktständen proaktiv verhindert werden. „Hingegen kann die Mittelsperson gezwungen werden, Maßnahmen zu treffen, die dazu beitragen zu vermeiden, dass erneute derartige Verletzungen durch denselben Händler auftreten.“<sup>54)</sup>

Verhältnismäßigkeitsüberlegungen führt der EuGH auch bei Schadensersatzansprüchen nach Art. 13 Enforcement-RL ein. So führt er aus, dass nicht auszuschließen ist, „dass der Ersatz eines Schadens, der auf der Grundlage des Doppelten der hypothetischen Vergütung berechnet wurde, den tatsächlich erlittenen Schaden in Ausnahmefällen so eindeutig und beträchtlich über-

44) BGH, 04.05.2017 – I ZR 208/15, WRP 2017, 944 Rn. 26 – Luftentfeuchter; BGH, 29.09.2016 – I ZB 34/15, WRP 2017, 305 Rn. 24 – Rückruf von RESCUE-Produkten; BGH, 19.11.2015 – I ZR 109/14, WRP 2016, 854 Rn. 34 – Hot Sox.

45) Eine Vorlagemöglichkeit hat der BGH womöglich bereits in einem derzeit anhängigen Verfahren zur unionsrechtlichen Unterlassungsanordnung aus Art. 102 UMV (nunmehr Art. 130 UMV), vgl. OLG Frankfurt a. M., 19.09.2016 – 6 W 74/16, WRP 2017, 98 – Quarantäne-Buchung; die Rechtsbeschwerde wird beim BGH unter dem Az. I ZB 96/16 geführt; vgl. *Dissmann*, GRUR 2017, 986, 991 f.

46) Vgl. EuGH, 22.06.2016 – C-280/15, GRUR 2016, 931 Rn. 26 ff. – Irina Nikolajeva.

47) Vgl. ähnlich § 100 UrhG.

48) Für ein enges Verständnis *Burrows*, Remedies for Torts and Breach of Contract, 3. Aufl. 2009, S. 11.

49) *HTC Corp. v. Nokia Corp.* [2013] EWHC 3778 (Pat) („An injunction is an equitable remedy. Even if the claimant establishes that his legal rights have been infringed, and that there is a threat by the defendant to continue the infringing acts, the court has a discretion as to whether or not to grant an injunction.“); vgl. *Burrows* (Fn. 48), S. 514 ff., 523 ff.

50) *eBay Inc. v. MercExchange*, L.L.C. 547 U.S. 388 (2006).

51) Kritisch zur dogmatischen Herleitung aus Art. 3 Abs. 2 Enforcement-RL *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, Dissertation München 2017, Kap. 12 B (erscheint demnächst).

52) Vgl. EuGH, 22.06.2016 – C-280/15, GRUR 2016, 931 Rn. 32 f. – Irina Nikolajeva; EuGH, 13.02.2014 – C-479/12, WRP 2014, 821 Rn. 48 – Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG/Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH.

53) EuGH, 27.03.2014 – C-314/12, WRP 2014, 540 Rn. 45 f. – UPC Telekabel.

54) EuGH, 07.07.2016 – C-494/15, GRUR 2016, 1062 Rn. 34 – Tommy Hilfiger/Delta Center.

## Hofmann, Der „Unterlassungsanspruch“ nach der Geschäftsgeheimnis-RL

schreitet, dass eine diesbezügliche Forderung einen nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48 verbotenen Rechtsmissbrauch darstellen könnte.“<sup>55)</sup>

- 25 Auf die Betonung des Gedankens der Verhältnismäßigkeit durch den EuGH bei der Durchsetzung der Bestimmungen der UGP-RL wurde in der Einleitung bereits hingewiesen.<sup>56)</sup>

### 3. Verhältnismäßigkeit und Flexibilität nach der Geschäftsgeheimnis-RL

- 26 Der Gedanke der Verhältnismäßigkeit von Anordnungen wird in Art. 7 Abs. 1 lit. a Geschäftsgeheimnis-RL besonders hervorgehoben.<sup>57)</sup> Obwohl die Richtlinie nur eine Mindestharmonisierung anstrebt, können die Mitgliedstaaten just davon nicht abweichen. Nach Art. 1 Abs. 1 Geschäftsgeheimnis-RL kann weder Art. 7 Abs. 1 lit. a noch der den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisierende Art. 13 (einschließlich der bereits erwähnten Ablösemöglichkeiten) verschärft werden. Insoweit besteht Vollharmonisierung. Während der Gedanke der Verhältnismäßigkeit mehr als ein Dutzend Mal erwähnt wird, ist vor allem die Flexibilität beim Zuspruch von Unterlassungsansprüchen bemerkenswert. Die Richtlinienbestimmungen werden in der Literatur gar dahingehend interpretiert, „dass sich die Waagschale zu Gunsten des vermeintlichen Verletzers neigt“.<sup>58)</sup> Verhältnismäßigkeit darf allerdings nicht mit Verkürzung von Rechtsschutz gleichgesetzt werden. Stattdessen geht es um einen angemessenen Interessenausgleich.
- 27 Bereits die Formulierung „können“ (englische Sprachfassung: „may order“) in Art. 12 Abs. 1 Geschäftsgeheimnis-RL sorgt für Diskussionen. Da dies an die zum Einheitspatent geführte Debatte erinnert,<sup>59)</sup> wird überlegt, ob bereits Art. 12 Abs. 1 unbedingten „negatorischen Ansprüchen“ entgegensteht.<sup>60)</sup> Deutlich ist demgegenüber die Ablösemöglichkeit nach Art. 13 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-RL, die bereits vorgestellt wurde (o. III. 2. c)). Zentrale Voraussetzung ist hier allerdings, dass kein Verschulden vorliegt. Aus deutscher Perspektive würde freilich bereits leichte Fahrlässigkeit die Ablösemöglichkeit ausschließen.<sup>61)</sup> Der subjektive Maßstab in Art. 13 Abs. 3 lit. a Geschäftsgeheimnis-RL wird allerdings autonom bestimmt.<sup>62)</sup> So stellt sich die Frage, ob der Maßstab des Unionsrechts womöglich strenger ist als das herkömmliche nationale Verständnis.<sup>63)</sup> Unabhängig von der praktischen Bedeutung beim Geheimnisschutz<sup>64)</sup> scheiden hingegen im Lauterkeitsrecht Aufbrauchsfristen im Falle leicht fahrlässigen Verhaltens nicht zwingend aus.<sup>65)</sup> Auch bedarf es hierfür anders als bei Art. 13 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-RL keines Antrags.<sup>66)</sup> Schließlich schließt die Aufbrauchsfrist nur den Unterlassungsanspruch, nicht hingegen den Schadensersatzanspruch aus.<sup>67)</sup> Art. 13 Abs. 3 Unterabsatz 2 beschränkt die Höhe

mit Blick auf Unterlassungsanordnungen auf eine einfache Lizenzgebühr und stellt den verletzenden Nutzer im Ergebnis dem rechtmäßigen Nutzer gleich.<sup>68)</sup>

Die Geschäftsgeheimnis-RL hält aber noch eine weitere Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor. In Art. 13 Abs. 1 Geschäftsgeheimnis-RL heißt es, „die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte bei der Prüfung eines Antrags auf Erlass gerichtlicher Anordnungen und von Abhilfemaßnahmen nach Artikel 12 und bei der Beurteilung von deren Verhältnismäßigkeit den besonderen Umständen des Falls Rechnung tragen müssen“. Im Anschluss wird eine Reihe von Faktoren aufgelistet. Sämtliche betroffenen Interessen sind zu gewichten und auch das Verhalten des Verletzers ist zu würdigen. Das wiederum bedeutet, dass eine Einschränkung des Unterlassungsanspruchs auch jenseits von Art. 13 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-RL möglich ist. Auch im Urheberrecht wird bekanntlich zwischen § 100 UrhG und potenziellen Aufbrauchsfristen unterschieden.<sup>69)</sup> Die im deutschen Recht diskutierte Möglichkeit der zeitlichen Begrenzung von Unterlassungsansprüchen, um Wettbewerbsvorsprung zu neutralisieren,<sup>70)</sup> passt jedenfalls ins Bild des flexiblen Ansatzes der Richtlinie (vgl. aber dort Art. 13 Abs. 1 Unterabsatz 1).

## V. Konsequenzen für die Fortentwicklung des nationalen Unterlassungsanspruchs

Nach der Betrachtung der Durchsetzungsbestimmungen der Geschäftsgeheimnis-RL fallen vor allem drei Punkte ins Auge, die im Folgenden aus Sicht des nationalen Rechts beleuchtet werden sollen: Können die „Anordnungen“ als materiell-rechtliche Ansprüche verstanden werden (1.)? Wie steht es um das Paradigma der Verschuldensunabhängigkeit von Unterlassungsansprüchen (2.)? Und stehen Ansprüche nunmehr im „Ermessen“ des Gerichts (3.)?

### 1. Materiell-rechtliche Unterlassungsansprüche

Die Terminologie der Richtlinie ist prozessual geprägt. Sie erinnert vielfach an das „remedy-System“ des anglo-amerikanischen Rechtskreises oder auch an den vom materiellen Recht gelösten einstweiligen Rechtsschutz im deutschen Recht.<sup>71)</sup> „Rechtsbehelfe“ (englische Sprachfassung: „remedies“) sollen „beantragt“ werden können (Art. 4 Abs. 1 Geschäftsgeheimnis-RL) und das „zuständige Gericht“ kann „Maßnahmen gegen den Rechtsverletzer erlassen“ (Art. 12 Abs. 1 Geschäftsgeheimnis-RL). Gerichte sind zu „ermächtigen, effektive und geeignete Maßnahmen anzuordnen“ (Erwägungsgrund 28). Die aktive Rolle des Gerichts wird dadurch unterstrichen, dass Erwägungsgrund 21 den Gerichten „Ermessen“ zugesteht, um sämtliche Interessen abzuwägen. Das Bild ist allerdings nicht einheitlich: So wird einerseits von „Rechtsbehelfen“ gesprochen, andererseits aber auch – wie in Erwägungsgrund 23 – von „materiellen Ansprüchen“ (*substantive claims*).

Während dies teils übergangen wird,<sup>72)</sup> orientieren sich andere streng an der verfahrensmäßigen Einbettung.<sup>73)</sup> Auch wenn dadurch hervorgehoben wird, dass die Rechtsdurchsetzung vom

55) EuGH, 25.01.2017 – C-367/15, WRP 2017, 534 Rn. 31 – Oławska Telewizja Kablowa.

56) EuGH, 16.04.2015 – C-388/13 Rn. 57 f., WRP 2015, 698 – Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC Magyarország Kft.

57) Gärtner, NZG 2014, 650, 651; Koós, MMR 2016, 224, 227, 228; Rauer, GRUR-Prax 2014, 2, 4; auch Ohly, GRUR 2014, 1, 11, betont die „Flexibilität“.

58) Gärtner, NZG 2014, 650, 651.

59) Vgl. nur Schröder, GRUR Int. 2013, 1102, 1107 f.

60) Vgl. Kalbfus/Harte-Bavendamm, GRUR 2014, 453, 457.

61) Vgl. für § 100 UrhG Wimmers, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 100 Rn. 4.

62) Vgl. Heinze (Fn. 23), S. 578.

63) Vgl. Gärtner, NZG 2013, 650, 651.

64) Mit Blick auf das Patentrecht hat der BGH den Weg für Aufbrauchsfristen jüngst zumindest im Grundsatz, wenn auch unter (zu) strengen Voraussetzungen geöffnet, BGH, 10.05.2016 – X ZR 114/13, GRUR 2016, 1031 – Wärmetauscher; nachdrücklich befürwortend Osterieth, in: FS Fezer, 2016, S. 1035.

65) Bornkamm, (Fn. 20), § 8 Rn. 1.75.

66) Bornkamm (Fn. 20), § 8 Rn. 1.80; § 712 ZPO macht den Schuldnerschutz bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit hingegen von einem verfahrensrechtlichen Antrag abhängig.

67) Bornkamm (Fn. 20), § 8 Rn. 1.74.

68) Koós, MMR 2016, 224, 227; Gärtner, NZG 2014, 650, 651.

69) Wimmers (Fn. 61), § 100 Rn. 11.

70) Harte-Bavendamm (Fn. 29), § 17 Rn. 59; Ohly, GRUR 2014, 1, 9.

71) Vgl. Hofmann (Fn. 3), S. 13 ff., 61 f.

72) Besonders deutlich BGH, 07.10.2004 – I ZR 91/02, WRP 2005, 616 – Lila Schokolade, wo in einem Markenverletzungsverfahren zur Unionsmarke ein „Unterlassungsanspruch“ aus Art. 14 Abs. 1 S. 2, 9 Abs. 1 S. 2 lit. b GMV i. V. m. §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG abgeleitet wurde; Rauer, GRUR-Prax 2014, 2, 3 f. sieht in der Geschäftsgeheimnis-RL „Anspruchsgrundlagen“; vgl. auch Kalbfus, GRUR 2016, 1009, 1015.

73) Koós, MMR 2016, 224, 227, bespricht die Rechtsfolgenbestimmungen unter der Überschrift „Verfahrensrecht“; ähnlich Baranowski/Glaßl, BB 2016, 2563, 2567 f. („VII. Prozessuales“).

## Hofmann, Der „Unterlassungsanspruch“ nach der Geschäftsgeheimnis-RL

„materiellen Recht im engeren Sinne“ gelöst zu betrachten ist (in einer „idealen Welt“, in der das materielle Recht ohne Weiteres beachtet wird, bedürfte es keiner Rechtsdurchsetzungsrechte), spricht folgende Erwägung dafür, die Bestimmungen gleichwohl als vom eigentlichen *Verfahrensrecht* getrennt zu betrachten: Gerade Durchsetzungsbestimmungen wie „Unterlassungsanordnungen“ etc. bestimmen *de facto* den „Schutzbereich“ des eigentlichen Geheimnisschutzes unmittelbar mit. Der Ausschluss eines Anspruchs oder die Statuierung einer „Schranke“ bzw. „Ausnahme“ (vgl. Art. 5 Geschäftsgeheimnis-RL) lassen sich darüber hinaus nicht immer trennscharf abgrenzen. Das materielle Recht muss aber die maßgeblichen Wertungen selbst vorhalten. An sich neutrale reine Verfahrensbestimmungen können dies nicht übernehmen. Während etwa die jüngste Reform des Telemediengesetzes erneut veranschaulicht, dass eine Sensibilisierung für das europäische Konzept hilfreich ist,<sup>74)</sup> lässt sich die gezeigte prozessuale Konnotation dadurch auflösen, dass die Durchsetzungsbestimmungen zwar einerseits von den materiell-rechtlichen Regelungen im engeren Sinne (insbesondere Art. 3 bis 5 Geschäftsgeheimnis-RL) kategorial getrennt werden, andererseits aber eben durch das materielle Recht auszufüllen sind. Zudem sollten die Rechtsfolgenregelungen der Geschäftsgeheimnis-RL dahingehend verstanden werden, dass sie dem Berechtigten korrespondierende *Rechtsfolgenrechte* vermitteln.<sup>75)</sup> Ob er Rechtsschutz bekommt, darf wegen der materiell-rechtlichen Determinierung des Umfangs seiner *Abhilferechte* nicht konstitutiv in die Hände des Gerichts gelegt werden. Letzteres hat sich auch bei Leistungsklagen letztlich passiv darauf zu beschränken, den im materiellen Recht vorgefundenen Rechtsschutz festzustellen.<sup>76)</sup> Wie sich etwaiges „Ermessen“ bzw. die Flexibilität beim Rechtsfolgenausspruch darauf auswirkt, wird sogleich diskutiert (u. V. 3.).

## 2. Das Ende der Paradigmas des verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruchs

32 Nach überkommener Ansicht ist der Unterlassungsanspruch verschuldensunabhängig. Da vom Verletzer „nur“ verlangt werde, sein verbotenes Verhalten einzustellen, könne vom Verschuldensvorwurf abgesehen werden.<sup>77)</sup> Dieses traditionelle Paradigma wird in der Richtlinie in Frage gestellt. Auch wenn allein fehlendes Verschulden („Gutgläubigkeit“) nicht ausreicht, um die Ablösemöglichkeit des Art. 13 Abs. 3 Geschäftsgeheimnis-RL auszulösen,<sup>78)</sup> belegt Art. 13 Abs. 3 lit. a Geschäftsgeheimnis-RL die Rolle subjektiver Elemente. Auch Art. 13 Abs. 1 lit. c Geschäftsgeheimnis-RL will das Verhalten des Antragsgegners als einen Faktor unter anderem beim Zuspruch von Unterlassungsanordnungen berücksichtigen wissen.<sup>79)</sup> Tatsächlich sind Unterlassungsanordnungen nicht immer harmlos. Unterlassungsanordnungen haben selbst Schadenspotential (vgl. Erwägungsgrund 29). So kann ein Vertriebsstopp den Verletzer teuer zu stehen kommen.<sup>80)</sup> Ist die Rechtsverletzung geringfügig, erweist sich ein gleichwohl gewährter Unterlassungsanspruch als unpassend, zumal wenn dem Verletzer kein schwerwiegender Vorwurf gemacht werden kann. Gleichzeitig bleibt ein finanzieller Ausgleich in Form einer Lizenzgebühr, die auch bei rechtmäßiger Nutzung zu zahlen gewesen wäre, gerechtfertigt.<sup>81)</sup>

74) Vgl. Hofmann, GPR 2017, 176, 181 f.

75) So auch im Ergebnis Kalbfus, GRUR 2016, 1009, 1015.

76) Allgemein für Leistungsklagen vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 18 Rn. 67.

77) Brox/Walker, Besonders Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 53 Rn. 17; vgl. Sprau, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 823 Rn. 40.

78) Koós, MMR 2016, 224, 227 f.

79) Vgl. für die UGP-RL EuGH, 16.04.2015 – C-388/13 Rn. 57 f., WRP 2015, 698 – Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/UPC Magyarország Kft.

80) Vgl. Kalbfus/Harte-Bavendamm, GRUR 2014, 453, 457; vgl. auch Osterrieth (Fn. 64), S. 1035, 1044.

81) Gärtner, NZG 2014, 650, 651.

Oder mit Blick auf Aufbrauchsfristen: Auch wenn leichte Fahrlässigkeit ihrer Gewährung nicht entgegensteht, bleibt der Anspruch auf Schadensersatz davon unberührt.<sup>82)</sup> Während namentlich derartige Aufbrauchsfristen zeigen, dass der Gedanke differenzierter Rechtsdurchsetzung dem nationalen Recht bereits *de lege lata* nicht fremd ist,<sup>83)</sup> erweist sich eine undifferenzierte Anwendung des Unterlassungsanspruchs endgültig als überholt. Rechte müssen situativ differenziert durchgesetzt werden, wobei eben auch der Verschuldensgrad eine Rolle spielen kann. Freifahrtscheine für Verletzer begründet dies nicht. Im Gegenteil: Dem Vorsatztäter könnte situationsadäquat womöglich gar mit strengeren Rechtsfolgen, etwa Strafvorschriften,<sup>84)</sup> entgegengetreten werden.

## 3. Interessenabwägungen statt Ermessen

Die Diskussionen um den „Unterlassungsanspruch“ beim Einheitspatent haben die Frage aufgeworfen, inwieweit dem Gericht ein „Ermessensspielraum“ zukommen muss.<sup>85)</sup> Auch *equitable remedies* im anglo-amerikanischen Rechtskreis unterliegen wie gezeigt dem Ermessen (*discretion*) des Gerichts. Die Erwähnung richterlichen Ermessens in Erwägungsgrund 21 holt die Diskussion in das Recht zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Auch hier spricht aber die oben begründete materiell-rechtliche Vorzeichnung der Rechtsfolgen von Geheimnisverletzungen dafür, dass Art und Umfang der Rechtsdurchsetzungsinstrumente wiederum vom materiellen Recht selbst zu lösen sind. Flexibilität bedeutet nicht Regellosigkeit. Namentlich im englischen Recht wird vertreten, dass das Ermessen durchaus „regelgebunden“ (*rule-based*) ist.<sup>86)</sup> Eine gute Übersetzung für den Begriff des vermeintlichen Ermessens liefert das Konzept der Interessenabwägung.<sup>87)</sup> Mit derartigen justiziablen Interessenabwägungen ist (nicht nur) das deutsche Lauterkeitsrecht – wiederum speziell bei Aufbrauchsfristen – vertraut. In der Kommentarliteratur wird ausdrücklich hervorgehoben, dass die Gewährung einer Aufbrauchsfrist keine „Ermessensentscheidung“ ist. Es komme stattdessen darauf an, ob eben die Voraussetzungen für eine solche vorlägen.<sup>88)</sup> So lässt sich auch die Richtlinie verstehen: Ob eine bestimmte Rechtsfolge gewährt werden kann, hängt eben teils an einer (komplexen) Abwägung betroffener Interessen. In bestimmten Fällen besteht ein entsprechender Anspruch schlichtweg nicht – und zwar nicht aufgrund gerichtlicher „Entscheidung“, sondern wegen der sich so darstellenden materiellen Rechtslage.

Konsequenzen hat dies im Zusammenhang mit § 308 ZPO. Wer eine unverhältnismäßige Variante beantragt oder in überkommener Terminologie: einen Anspruch einklagt, der in diesem Umfang nicht besteht, erfährt eine Teilabweisung seiner Klage.<sup>89)</sup> Mitunter wirkt sich dies aber wegen § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO kostenmäßig nicht aus.<sup>90)</sup> Umgekehrt darf das Gericht einen um die Aufbrauchsfrist verkürzten Unterlassungsanspruch ausurteilen. Dies ist als *minus* vom Hauptantrag umfasst.<sup>91)</sup> Aber auch eine statt des Unterlassungsgebots gewährte Entschädigung verstößt überzeugenderweise nicht gegen § 308 ZPO. Für das Einheitspatent hat Paschold herausgearbeitet, dass bei der Ablehnung eines Unterlassungsanspruchs nicht nur ein stattdessen gewähr-

82) Bornkamm (Fn. 20), § 8 Rn. 1.74 und Rn. 1.75.

83) Zuletzt BGH, 10.05.2016 – X ZR 114/13, GRUR 2016, 1031 – *Wärmetauscher*; s. a. Osterrieth (Fn. 64), 1035; allgemein Ohly, GRUR Int. 2008, 787, 795 ff.

84) Kalbfus, GRUR 2016, 1009, 1015.

85) Vgl. nur Schröder, GRUR Int. 2013, 1102, 1107 f.

86) Birks, 20 O.J.L.S. (2000), 1, 24.

87) Vgl. Ohly (Fn. 21), Vor §§ 17–19 Rn. 7; Rauer, GRUR-Prax 2014, 2, 4.

88) Bornkamm (Fn. 20), § 8 Rn. 1.80.

89) Bornkamm (Fn. 20), § 8 Rn. 1.80.

90) Vgl. Bornkamm (Fn. 20), § 8 Rn. 1.80.

91) Bornkamm (Fn. 20), § 8 Rn. 1.80.

tes *minus* vom Antrag erfasst ist, sondern auch ein für den beantragten Anspruch gewährtes *aliud*.<sup>92)</sup> Tatsächlich substituiert die ausgesprochene Rechtsfolge die begehrte Rechtsfolge.

## VI. Fazit

- 35 Das nationale Rechtsfolgenregime zur Durchsetzung von Geschäftsgeheimnissen steht vor dem Hintergrund der Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-RL 2016/943 nicht vor unüberwindbaren Herausforderungen. Mit differenzierter Rechtsdurchsetzung einschließlich Interessenabwägungen im Einzelfall ist das nationale Lauterkeitsrecht namentlich mit Blick auf Unterlassungsansprüche letztlich bereits vertraut. In der Rechtspraxis droht kein Paradigmenwechsel.<sup>93)</sup> Was den theoretischen Blick auf die Rechtsdurchsetzung anbelangt, verfestigt sich freilich der Eindruck, dass der Gedanke möglichst weitreichender Rechtsdurchsetzung nicht zuletzt durch den Einfluss des Unionsrechts der Idee differenzierter Rechtsverwirklichung weicht. Speziell die Verfügbarkeit des Unterlassungsanspruchs ist kein selbstverständlicher „Automatismus“, sondern ebenso wie der Schutz von Geheimnissen an sich rechtfertigungsbedürftig. Dass der Unterlassungsanspruch häufig „richtig“ ist, bedeutet gleichwohl nicht, dass der Ausschluss in bestimmten Fällen als systemwid-

rig zu begreifen ist. Es gilt vielmehr: Dies ist dem „Law of Remedies“ immanent. Eine Umsetzung der Richtlinie innerhalb des Lauterkeitsrechts würde im Übrigen – jedenfalls mit Blick auf das Rechtsfolgenregime – nicht zu Verwerfungen führen.<sup>94)</sup> Im Gegenteil: Womöglich würde damit noch deutlicher, dass Verhältnismäßigkeitsabwägungen ein grundlegendes Prinzip interessengerechter Rechtsdurchsetzung sind (z. B. Art. 11 UGP-RL). Dass sich die hier diskutierten Vorgaben zur Rechtsdurchsetzung über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen hinaus bemerkbar machen („weiche Harmonisierung“), wäre weder falsch noch überraschend.

92) *Paschold*, Verfahrensprinzipien des Einheitlichen Patentgerichts, Münchener Dissertationsschrift, Teil 3, § 2 B. IV. (im Erscheinen).

93) Eine richtlinienkonforme Auslegung der Regelungen zum Unterlassungsanspruch erscheint problemlos möglich; in diese Richtung *Harte-Bavendamm*, WRP 2017, Heft 5 (Editorial); *ders.*, (Fn. 29), Vor §§ 17–19, Rn. 10a.

94) Im Ergebnis überzeugt allerdings die Umsetzung in Gestalt eines eigenen Gesetzes, *Alexander*, WRP 2017, 1034, 1037, 1044 f.; *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1015 f.; *Ann*, GRUR-Prax 2016, 465, 467; *McGuire*, GRUR 2016, 1000, 1008; *Harte-Bavendamm*, WRP 2017, Heft 5 (Editorial); vgl. bereits *Ahrens/McGuire*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum: Normtext und Begründung, 2012, § 10 Buch 1; mit Blick auf die im Beitrag diskutierte Flexibilität bei der Rechtsdurchsetzung ist der Umsetzungsvorschlag von *Kalbfus* (Fn. 2), Rn. 584, Rn. 615 ff., allerdings zu zurückhaltend.

Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M. (Univ. of Wisconsin), Bayreuth\*

# Aktuelle Thesen zur zentralen Vermarktung der Medienrechte an der Fußball-Bundesliga im Lichte von Art. 101 Abs. 3 AEUV

## INHALT

### I. Einleitung

### II. Thesen

#### 1. Grundfragen für die kartellrechtliche Bewertung

- Inhaber der Übertragungsrechte
- Abgrenzung der relevanten Märkte
- (Potentielle) Wirtschaftliche Auswirkungen einer Intensivierung des Wettbewerbs auf den Märkten für Übertragungsrechte an der Fußball-Bundesliga für die Erfolgsaussichten deutscher Teams in europäischen Ligawettbewerben
- Stellenwert einer mittel- bis langfristigen, wirtschaftlichen und sportlichen Ausgeglichenheit innerhalb einer Sportliga (sog. *competitive balance*)

#### 2. Denkbare kartellrechtliche Anknüpfungspunkte

#### 3. Art. 101 Abs. 3 AEUV

- Grundlagen für Effizienzerwägungen
- Effizienzvorteile und -nachteile einer Bündelung von Übertragungsrechten auf dem Übertragungsmarkt
- Auswirkungen auf Endkunden der Gruppen 1 und 2, Rechteinhaber und Medienanbieter
- Auswirkungen auf Endkunden der Gruppen 3 und 4
- Effizienzvorteile und -nachteile einer exklusiven Veräußerung von Übertragungsrechten auf dem Rechtemarkt sowie auf dem Übertragungsmarkt
- Gesamtökonomische Auswirkungen einer Intensivierung des Wettbewerbs

#### 4. Umsetzung neuer zusätzlicher Wettbewerbselemente

### III. Fazit

## I. Einleitung

Die zentrale Vermarktung der Medienrechte an der Fußball-Bundesliga, aber auch an der UEFA Champions League hatte bislang bei allen Beteiligten für überwiegend zufriedene Gesichter gesorgt. Spätestens seit August 2017 haben indes deutsche Fußballfans, die regelmäßig Live-Bildübertragungen von Spielen der Fußball-Bundesligen verfolgen, mit einiger Überraschung zur Kenntnis genommen, dass der bisherige Platzhirsch Sky nicht länger „Alle Spiele, alle Tore!“ bietet. Wer in der Saison 2017/2018 sämtliche Bundesliga-Spiele seines Lieblingsclubs live im Fernsehen verfolgen möchte, benötigt nun ein weiteres Abonnement des Senders Eurosport.<sup>1)</sup> Noch härter wird es Fans deutscher Teilnehmer an der UEFA Champions League ab der Saison 2018/2019 treffen. Bislang konnten sie darauf vertrauen, dass die Spiele ihres Lieblingsclubs vereinzelt im (unter Vernachlässigung der Fernsehgebühren) frei empfangbaren Fernsehsender ZDF, zumindest aber vollständig und in voller Länge vom Bezahlsender Sky live übertragen werden. Künftig werden jedoch sämtliche Spiele in der UEFA Champions League (mit Ausnahme des Finales) ausschließlich von den Bezahlsendern Sky und Dazn live präsentiert werden. Durch ein ausgeklügeltes System der Rechtaufteilung ist sichergestellt, dass Fans nicht bei einem einzigen Sender allein sämtliche Spiele eines bestimmten Bundesliga-Teilnehmers an der UEFA Champions League live und in voller Länge werden verfolgen können, sondern zwei Abonne-

1) Vgl. stellvertretend *Scheler*, zeit.de v. 04.08.2017 („Fast alle Spiele, fast alle Tore – Wer alle Spiele der Bundesliga live sehen will, braucht zum ersten Mal mehrere Abos. Die neue Saison hat schon jetzt einen Verlierer: den Fan am Fernseher.“), <http://www.zeit.de/sport/2017-07/fussball-bundesliga-bezahlfernsehen-sky-eurosport>.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 129.