
Aufsätze

Rechtsanwältin Dr. Annette Rosenkötter und Dr. Sebastian Seeger, LL. M.*

Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz

Auswirkungen auf das Akteneinsichtsrecht im Vergabeverfahren

Der Beitrag zeigt auf, was das Inkrafttreten des neuen Geschäftsgeheimnisgesetzes für das Vergaberecht bedeutet.

I. Einleitung

Geschäftsgeheimnisse gehören zur „DNA“ eines Unternehmens. Über § 165 II GWB werden sie auch im Verfahren vor den Vergabekammern geschützt. Dort wirkt sich die Änderung der Definition von Geschäftsgeheimnissen aus, die sich aus der EU-Geschäftsgeheimnisrichtlinie (EU-GeschGehRL)¹ ergibt und durch das am 26.4.2019 in Kraft getretene Geschäftsgeheimnisgesetz (im Folgenden: GeschGehG) umgesetzt wird. Dieser Beitrag zeigt auf, woraus die Veränderung resultiert und wie darauf reagiert werden kann.

II. Spannungsverhältnis zwischen Akteneinsichtsrecht und Geheimnisschutz

§ 165 II GWB regelt, dass die Vergabekammer die Akteneinsicht zu versagen hat, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimnisschutzes oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, geboten ist.

Hinter dem Begriff des Geschäftsgeheimnisses verbergen sich unter anderem Bilanzen, Kalkulationen, Kundendaten, Algorithmen, Strategien und Rezepturen.² Im Kontext des Vergaberechts ist insbesondere an Angebote anderer Bieter mit Preisblättern, technischen Daten, Konstruktionszeichnungen, weitere Ausführungsdetails oder Nebenangebote zu denken.

Nach der Systematik des Gesetzes stellt § 165 II GWB eine Ausnahme zum grundsätzlich uneingeschränkten Recht auf Akteneinsicht der Beteiligten aus § 165 I GWB dar, das dem effektiven Bieterrechtsschutz sowie der Transparenz im Vergabeverfahren zu dienen bestimmt ist.³ Regel und Ausnahme des § 165 GWB stehen in einem Spannungsverhältnis. Hinter diesem Spannungsverhältnis steht eine Kollision von Rechtsgrundsätzen,⁴ für deren Inhalt und Schranken sich Vorgaben aus dem europäischen Rechtsrahmen ableiten lassen.

1. Europäischer Rechtsrahmen

Auf der einen Seite steht hinter dem Akteneinsichtsrecht die Garantie eines kontradiktorischen Gerichtsverfahrens, das zum Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 I EMRK, Art 47 II GRCh) gehört.⁵ Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens umfasst im Allgemeinen das Recht der Verfahrensbeteiligten, Kenntnis von den Beweismitteln und den beim Gericht eingereichten Erklärungen zu nehmen und diese zu erörtern.⁶ In bestimmten Fällen kann es jedoch zur Wahrung der Grundrechte eines Dritten oder zum Schutz wichtiger Interessen der Allgemeinheit erforderlich sein, den Parteien bestimmte Informationen vorzuenthalten.⁷

Auf der anderen Seite ist auch der Schutz von Geschäftsgeheimnissen als allgemeiner Grundsatz anerkannt.⁸ Daraus folgert der *EuGH* in seiner ersten Entscheidung zum Akteneinsichtsrecht im Rahmen vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren – der Rechtssache „Varec“ –, dass der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens keinen An-

spruch auf unbegrenzten und uneingeschränkten Zugang zu Informationen verleiht.⁹ Vielmehr ist dieses Zugangsrecht gegen das Recht anderer Wirtschaftsteilnehmer auf Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse abzuwägen.¹⁰ Dabei muss der Grundsatz des Schutzes von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen so ausgestaltet sein, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte der am Rechtsstreit Beteiligten im Einklang steht und sichergestellt ist, dass im Rechtsstreit insgesamt das Recht auf ein faires Verfahren beachtet wird.¹¹ Daraus leitet der *EuGH* zum einen konkret ab, dass die Nachprüfungsinstanz über sämtliche Informationen verfügen muss, die erforderlich sind, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können, also auch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse.¹² Zum anderen muss die Nachprüfungsinstanz dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer angesichts des außerordentlich schweren Schadens, der entstehen kann, wenn bestimmte Informationen zu Unrecht an einen Wettbewerber weitergeleitet werden, die Möglichkeit geben, sich auf die Vertraulichkeit oder das Geschäftsgeheimnis zu berufen, bevor sie diese Informationen an einen am Rechtsstreit Beteiligten weitergibt.¹³

Auch die EU-Vergaberichtlinie¹⁴ fordert Transparenz, unterstreicht aber auch die Bedeutung des Schutzes vertraulicher Daten von Biatern. Gemäß Art. 21 I der EU-Vergaberichtlinie gibt ein öffentlicher Auftraggeber keine ihm von den Wirtschaftsteilnehmern übermittelten und von diesen als vertraulich eingestuften Informationen weiter, wozu insbesondere technische und handelsbezogene Geschäftsgeheimnisse gehören. Dies gilt nach der Norm allerdings nur, sofern im nationalen

* Die Autorin Rosenkötter ist Fachanwältin für Vergaberecht und Fachanwältin für Verwaltungsrecht sowie Equity-Partnerin bei *FPS Rechtsanwälte* in Frankfurt a.M.; der Autor Seeger war dort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

¹ RL 94/2016/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6. 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

² BVerfGE 115, 205 = NZBau 2006, 523 Ls. = NVwZ 2006, 1041 Rn. 87.

³ Vgl. BT-Drs. 13/9340, Begr. zur Vorgängernorm § 121 I GWB-E (RegE).

⁴ Vgl. Halonen, Journal of public procurement, Bd. 16, Ausgabe 4, 2016, 528 (539), die sogar von „struggle of fundamental freedoms“ spricht.

⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2008:91 = NZBau 2008, 403 = NVwZ 2008, 651 Rn. 44 ff. – Varec.

⁶ EGMR, Urt. v. 16.2.2000 – 28901/95 Rn. 60 – Rowe und Davis mwN.

⁷ EGMR, Urt. v. 16.2.2000 – 28901/95 Rn. 61 – Rowe und Davis.

⁸ EuGH, ECLI:EU:C:2008:91 = Slg. 2008, I-601 = EuZW 2008, 209 = NVwZ 2008, 651 = NZBau 2008, 403 Rn. 49 – Varec mwN.

⁹ EuGH, ECLI:EU:C:2008:91 = NZBau 2008, 403 = NVwZ 2008, 651 Rn. 51 – Varec.

¹⁰ EuGH, ECLI:EU:C:2008:91 = NZBau 2008, 403 = NVwZ 2008, 651 Rn. 51 – Varec.

¹¹ EuGH, ECLI:EU:C:2008:91 = NZBau 2008, 403 = NVwZ 2008, 651 Rn. 52 – Varec.

¹² EuGH, ECLI:EU:C:2008:91 = NZBau 2008, 403 = NVwZ 2008, 651 Rn. 53 – Varec.

¹³ EuGH, ECLI:EU:C:2008:91 = NZBau 2008, 403 = NVwZ 2008, 651 Rn. 54 – Varec.

¹⁴ RL 2014/24 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2. 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG.

Recht nichts anderes vorgesehen ist. Damit belässt der europäische Rechtsrahmen dem Mitgliedstaaten letztlich einen beachtlichen Spielraum.¹⁵

2. Deutscher Rechtsrahmen

Im deutschen Recht wurde das Spannungsverhältnis zwischen dem grundsätzlich uneingeschränkten Akteneinsichtsrecht aus § 165 I GWB und dem Geheimnisschutz aus § 165 II GWB bislang in der Literatur und vor Gerichten zum Teil sehr unterschiedlich aufgelöst.¹⁶ Weitgehende Einigkeit herrschte und herrscht insoweit, als sich der Umfang des Akteneinsichtsrechts von vornherein nur auf das zur Rechtsdurchsetzung Erforderliche – das heißt auf die entscheidungsrelevanten Akteninhalte – beschränkt und § 165 I GWB entsprechend teleologisch zu reduzieren ist.¹⁷ Diese Interpretation nähert § 165 GWB an die Parallelnorm zum Akteneinsichtsrecht im Kartellverfahren, § 72 GWB, an.

Danach kann das Beschwerdegericht die Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, verlangt wird, anordnen, soweit es für die Entscheidung auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankommt (§ 72 II 4 GWB).

Aus der eingeschränkten Interpretation des § 165 I GWB, die mit Blick auf den Wortlaut und den systematischen Zusammenhang des § 165 GWB zumindest bedenklich ist, resultieren bereits jetzt de facto hohe Anforderungen an das Akteneinsichtsrecht im Vergabeverfahren. Insofern statuiert § 165 II GWB mit seinen Voraussetzungen an das Akteneinsichtsrecht nur eine zusätzliche Hürde. Nach § 165 II GWB ist die Akteneinsicht zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen geboten ist. Als wichtige Gründe ausdrücklich genannt werden der Geheimnisschutz sowie die Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Wie sich die Änderung der Definition eines Geschäftsgeheimnisses (s. unter III) iSd § 165 II GWB auf das Akteneinsichtsrecht im Vergabeverfahren auswirkt (s. unter IV), soll im Folgenden untersucht werden.

III. Änderung der Definition eines Geschäftsgeheimnisses

Vor Inkrafttreten des GeschGehG fehlte eine gesetzliche Definition des Geschäftsgeheimnisses. In der Diktion des BVerfG werden bislang als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge bezeichnet, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat.¹⁸ Die Tatsache soll dabei nach dem bekundeten oder erkennbaren Willen des Inhabers geheim gehalten werden und für die Wettbewerbsfähigkeit des Inhabers eine erhebliche Bedeutung haben, weil ihre Offenbarung konkrete nachteilige Folgen für die Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Unternehmens oder wirtschaftliche Schäden erwarten lässt.¹⁹ Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen im weitesten Sinne; Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen.²⁰ Im Allgemeinen wird das Geschäftsgeheimnis aber als Oberbegriff anerkannt.²¹ An die Voraussetzungen dieser Definition des Geschäftsgeheimnisses wurden bislang keine hohen Anforderungen gestellt. So genügte es, eine Information als Geschäftsgeheimnis zu kennzeichnen.²² Außerdem konnte sich der Geheimhaltungswille sogar „aus der Natur“ der geheim zu haltenden Tatsache ergeben und musste sich nicht durch objektive Maßnahmen manifestieren.²³ Nunmehr definiert § 2 Nr. 1 GeschGehG ein Geschäftsgeheimnis als

„...eine Information,

- a) die weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne Weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und
- b) die Gegenstand von den Umständen nach *angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen* durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und
- c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.“

Diese Definition setzt Art. 2 der EU-GeschGehRL um. Vorbild des Art. 2 GeschGeh-RL war Art. 39 des TRIPS-Übereinkommens, dem wiederum Sec. 1 (4) des US-amerikanischen „Uniform Trade Secrets Act“ Pate stand.²⁴ Aus Sicht des deutschen Rechts neu ist bei dieser Definition, dass den Umständen nach „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ erforderlich sind. Damit rückt das bislang subjektive Element eines Geschäftsgeheimniswillens zugunsten eines objektiven Elements in den Hintergrund. Das Erfordernis angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen stellt eine Obliegenheit dar; wird ihr nicht nachgekommen, verliert eine Information ihren Geheimnisschutz.²⁵

IV. „Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ – Begriffsbestimmung

Was genau sich hinter dem Begriff der angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen verbirgt, lassen sowohl der deutsche Gesetzgeber als auch der europäische Richtliniengieber offen.²⁶ Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffs ergeben sich in erster Linie aus dem Wortlaut des § 2 Nr. 1 GeschGehG und der entsprechenden Entwurfsbegründung. Hinweise lassen sich aber auch den oben genannten Vorbild-Normen im TRIPS und dem Uniform Trade Secrets Acts entnehmen. Zwar finden sich auch darin keine spezifischeren Vorgaben zur Angemessenheit der Maßnahmen. Ihre Rechtsanwendung vermag allerdings Erkenntnisse und Argumente zu liefern.

Zuerst zum Wortlaut: Die Wahl des ausfüllungsbedürftigen Begriffs der Angemessenheit legt regelungstechnisch eine Abwägung nahe. Danach ist jeder Einzelfall seinen Umständen nach zu beurteilen. Als Abwägungskriterien zählt die Entwurfsbegründung auf:²⁷

¹⁵ S. a. Halonen, Journal of public procurement, Bd. 16, Ausgabe 4, 2016, 528 (540); s. dort auch die Ausführungen zur Rechtslage in Finnland, wo der Gesetzgeber einen deutlichen Schwerpunkt auf Transparenz legt.

¹⁶ Näher dazu Kus in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 165 GWB Rn. 20 ff.

¹⁷ OLG Düsseldorf, NZBau 2017, 619 (620); OLG Brandenburg, NZBau 2014, 525; OLG München, BeckRS 2010, 28709 = VergabeR 2011, 228, Grönig, NZBau 2000, 366 (369), Kus in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 165 GWB Rn. 25 mwN; aA unter Verweis auf den Wortlaut Glabs, NZBau 2014, 75 (79).

¹⁸ BVerfGE 115, 205 = NZBau 2006, 523 Ls. = NVwZ 2006, 1041.

¹⁹ Kus in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 165 GWB Rn. 48 mwN.

²⁰ BVerfGE 115, 205 = NZBau 2006, 523 Ls. = NVwZ 2006, 1041.

²¹ S. a. Kus in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 165 GWB Rn. 48.

²² Vgl. Hoeren in Dix ua, Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2008, 111.

²³ BGH, NJW 2006, 3424 Rn. 19 mwN.

²⁴ Ohly, GRUR 2019, 441 (443).

²⁵ Ohly, GRUR 2019, 441 (443).

²⁶ Wenngleich das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb Erläuterungen dazu ausdrücklich empfohlen hat, Stellungnahme MPI v. 12.5.2014; GRURInt 2014, 554 (556).

²⁷ BT-Drs. 19/4724, 24 f.

- Wert des Geschäftsgeheimnisses und dessen Entwicklungskosten,
- Natur der Information,
- Bedeutung für das Unternehmen,
- Größe des Unternehmens,
- übliche Geheimhaltungsmaßnahmen in dem Unternehmen,
- Art der Kennzeichnung der Informationen und
- vereinbarte vertragliche Regelungen mit Arbeitnehmern und Geschäftspartnern.

Nicht ganz zufällig mag dabei der Wert des Geschäftsgeheimnisses an erster Stelle der Aufzählung stehen. Ihm kommt nach Auffassung der *Verfasser* besondere Bedeutung zu. So sind bei Algorithmen oder zukünftigen Patenten, die – um nicht veröffentlicht werden zu müssen – noch nicht angemeldet wurden, regelmäßig höhere Anforderungen an die Geheimhaltungsmaßnahmen zu stellen als bei allgemeinen Strategien im Zuge der Vergabe von Beratungsleistungen. Die Aufzählung in der Entwurfsbegründung ist nicht abschließend.²⁸ In der Abwägung berücksichtigt werden sollte so beispielsweise auch die zeitliche Aktualität der Information. Dabei dürfte im Grundsatz gelten, dass aktuelle Kundendaten wichtiger sind als alte Datensätze. Wie sollen diese abstrakten Kriterien nun konkret umgesetzt werden? Dazu kommen folgende Maßnahmen in Betracht, die sich in drei Kategorien systematisieren lassen.²⁹

1. Rechtliche Maßnahmen

Zu den rechtlichen Maßnahmen ist die Überarbeitung von Verträgen mit Mitarbeitern und Geschäftspartnern und die Anpassung von Geheimhaltungsvereinbarungen (non-disclosure agreements) zu zählen. Eine statistische Untersuchung von Entscheidungen der US-amerikanischen Gerichte zur Angemessenheit von Schutzmaßnahmen zeigt, dass besonders häufig auf den Abschluss von Geheimhaltungsvereinbarungen mit Arbeitnehmern oder Geschäftspartnern abgestellt wird.³⁰

2. Technische Maßnahmen

Technische Maßnahmen sollten die IT-Infrastruktur in den Blick nehmen und elektronische Zugangsbeschränkungen im Intranet, Firewalls und Verschlüsselungen vorsehen, die von Zugangskontrollen zu physischen Räumen begleitet werden. Klassisch ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob und gegebenenfalls welche Mitarbeiter im Home-Office ihren eigenen Computer verwenden dürfen.³¹

3. Organisatorische Maßnahmen

Zu organisatorischen Maßnahmen gehört es, zunächst zu identifizieren, welche Informationen in einem Unternehmen als Geschäftsgeheimnis geschützt werden sollen. Anschließend kann mit der Ausarbeitung eines Geheimschutzkonzepts begonnen werden. Darin sollte eine Kategorisierung von Informationen vorgenommen werden. Wie wertvoll ist eine Information? Wie und durch wen sollen die Informationen verwendet werden (dürfen)? Es empfiehlt sich ganz grundsätzlich ein abgestuftes System von Zugriffsberechtigungen zu implementieren. Auch auf dieses so genannte Need-to-know-Prinzip stellen die US-amerikanischen Gerichte überwiegend ab.³² Dabei sind insbesondere Geschäftspartner zu berücksichtigen, die Zugang zu Geschäftsgeheimnissen haben, etwa im Rahmen von Audit-Rechten. In dem Schutzkonzept sollten einerseits die Zuständigkeiten klar verteilt werden, andererseits aber der Schutz von Geschäftsgeheimnissen auch als Querschnitts- und Daueraufgabe anerkannt werden.³³

Die zuständige Einheit ist insbesondere mit regelmäßigen Schulungen von Mitarbeitern zu betrauen. Der Mensch ist ein Risikofaktor, auch im Hinblick auf Geschäftsgeheimnisse. Deshalb sollten in regelmäßigen Abständen auch Kontrollen der Umsetzung des Schutzkonzepts durchgeführt werden. Nicht zuletzt kommt der Dokumentation von Geheimhaltungsmaßnahmen große Bedeutung zu. Denn wenn es zum Schwur kommt, trägt der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses die Darlegungs- und Beweislast für die Umsetzung und Einhaltung angemessener Maßnahmen.³⁴

V. Auswirkungen auf das Akteneinsichtsrecht im Vergabeverfahren

Mit dem Inkrafttreten des § 2 Nr. 1 GeschGehG ändert sich die Definition des Geschäftsgeheimnisses iSd § 165 II GWB. Der in beiden Norm enthaltene Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist gleich auszulegen. Weder aus den Erwägungsgrund 18 der EU-GeschGehRL noch aus der Gesetzesbegründung lässt sich überzeugend schließen, dass sich die Änderung der Definition des Geschäftsgeheimnisses nicht auf das Vergaberecht auswirkt.³⁵ Nach Erwägungsgrund 18 S. 4 soll die Richtlinie die Behörden nicht von ihrer Pflicht zur Geheimhaltung von Informationen entbinden, die ihnen von Inhabern von Geschäftsgeheimnissen übermittelt werden. Die Verschärfung der Definition eines Geschäftsgeheimnisses um das Kriterium der angemessenen Maßnahmen entbindet die Vergabekammer im Rahmen des § 165 II GWB nicht von ihrer Pflicht zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen. Sie statuiert lediglich höhere Anforderungen an das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses. Schließlich entspricht es der Regelungslogik von Richtlinien, Bereichsausnahmen nicht in den Erwägungsgründen zu verstecken, sondern in den Text der Richtlinie aufzunehmen. Mit Blick auf die Gesetzesbegründung, wonach das GeschGehG die Rechtsfolgen der Erlangung, Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zwischen Privaten, nicht aber das Verhältnis zwischen Privaten und öffentlichen Stellen regelt,³⁶ ist zwar zuzugeben, dass es sich bei den Vergabekammern iSd § 165 II GWB um eine staatliche Stelle handelt, von der eine Information (Einsicht in die Akten) verlangt wird. Allerdings liegt dem Verfahren vor der Vergabekammer letztlich eine Streitigkeit zwischen Privaten zugrunde.

Die Verschärfung der Definition des Geschäftsgeheimnisses entspricht einem rechtspolitisch nachvollziehbaren Bedürfnis. Die Nichtanwendung der Neudeinition des Geschäftsgeheimnisses im Vergaberecht würde zu einer gespaltenen Auslegung des Begriffs führen. Für eine Abweichung vom Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung besteht hier aber nach Einschätzung der *Verfasser* kein nachvollziehbares Bedürfnis.

Bislang prüft die Vergabekammer nach einem Antrag auf Akteneinsicht zunächst, ob die begehrte Information überhaupt entscheidungserheblich ist und keine andere Möglichkeit der Sachaufklärung besteht. Erst dann erfolgt die Prüfung der Voraussetzungen des § 165 II GWB. Die Vergabekammer hört dazu den von der Offenlegung Betroffenen

28 „Insbesondere können berücksichtigt werden“, BT-Drs. 19/4724, 24.

29 S. a. Peter/Wiebe in Busche/Stoll/Wiebe, TRIPS, 2. Aufl. 2013, Art. 39 Rn. 23.

30 Maaßen, GRUR 2019, 352 (355), m. Verweis auf Almeling et al., 46 Gonz. L. Rev. (2011), 57, 81-83.

31 Vgl. dazu das Verfahren des Tribunale di Bologna, Urt. v. 27.7.2015 – Nr. 2340/2015, (Zivilsache Az. 1658/2012) zu Art. 98 I Codice della Proprietà Industriale, der Art. 39 TRIPS-Übereinkommen entspricht.

32 Maaßen, GRUR 2019, 352 (355), m. Verweis auf Almeling et al., 46 Gonz. L. Rev. (2011), 57, 81-83.

33 So auch Maaßen, GRUR 2019, 352 (356).

34 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.3.2008 – VII-Verg 12/08, BeckRS 2008, 10359.

35 So aber Schippel, VergabeR 2019, 480 (483).

36 BT-Drs. 19/4724, 23.

an,³⁷ der nach dem allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz das Vorliegen der für ihn günstigen Umstände, hier das Vorliegen der Voraussetzungen des Geschäftsgeheimnisses, darlegen muss.³⁸ Das bloße Berufen auf ein Geschäftsgeheimnis ohne nähere Bezeichnung und Erläuterung genügt nicht.³⁹ Hier liegt das Einfallstor der neuen Definition eines Geschäftsgeheimnisses mit dem Erfordernis angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen. Folgt man der Logik der bisherigen Spruchpraxis der Vergabesenate – es sind keine Anhaltpunkte ersichtlich, dies nicht zu tun –, dann verschärft sich zukünftig die Rechtslage für den von der Offenlegung Betroffenen. Er muss darlegen und letztlich beweisen, angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen zu haben. Zu diesem Übel kommt Folgendes hinzu: Wie nach der bisherigen Rechtslage gilt weiterhin, dass selbst bei Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses ein Akteneinsichtsrecht nicht grundsätzlich zu verneinen ist. Vielmehr nehmen die Vergabekammern eine Abwägung vor, ob und wieweit die Versagung des Akteneinsichtsrechts geboten ist.⁴⁰ In Anlehnung an die Parallelnorm des § 72 II 4 GWB stehen sich dabei das Offenlegungs- und das Geheimhaltungsinteresse gegenüber. Anders als bei Privatpersonen gibt es hierbei keinen absolut geschützten Kernbereich, so dass grundsätzlich alle Geschäftsgeheimnisse von einer Offenlegung betroffen sein können. Weder dem Offenlegungs- noch dem Geheimhaltungsinteresse kommt prinzipiell ein Vorrang zu; entscheidend ist die Beurteilung des Einzelfalls.⁴¹ Dabei ist zugunsten des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses insbesondere zu berücksichtigen, welche Nachteile wahrscheinlich sind, die er im zukünftigen Wettbewerb durch die Offenlegung erleiden könnte. Er hat deshalb aufzuzeigen, inwieweit die Kenntnis des Gegners von den fraglichen Informationen seine Stellung im zukünftigen Wettbewerb außerhalb des konkreten Nachprüfungsverfahrens beeinträchtigen könnte.⁴²

Dieser Vorgang ist heikel, weil das Geschäftsgeheimnis durch diese möglichst konkrete Darlegung nicht offenbart werden soll. Als hilfreich kann sich bei dieser Argumentation das unternehmerische Konzept zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und seine Dokumentation erweisen.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Die neue Definition des Geschäftsgeheimnisses durch das GeschGehG stellt höhere Anforderungen an den Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Ein Geschäftsgeheimnis liegt nunmehr nur noch dann vor, wenn die Information auch durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen geschützt wird. Was sich hinter diesem Begriff verbirgt, bleibt aufgrund fehlender Definition durch den Gesetzgeber letztlich durch die Gerichte zu bestimmen. Ausgehend von Erfahrungen mit den Vorbildnormen des § 2 Nr. 1 GeschGehG werden konkrete rechtliche, technische und organisatorische Maßnahmen empfohlen. Dabei ist die Bedeutung der Ausarbeitung, Implementierung und Dokumentation eines Geheimschutzkonzeptes noch einmal zu unterstreichen. Unternehmen, die an Ausschreibungen teilnehmen, ist im Hinblick auf die Sicherung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in möglichen Nachprüfungsverfahren dringend anzuraten, sich für die Darlegung getroffener Maßnahmen nach dem GeschGehG zu präparieren.

Der aufmerksame Leser mag sich bei der Lektüre dieses Beitrags an die Zeit der Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung erinnert fühlen. Die Schutzmaßnahmen für Datenschutzkonzepte weisen Ähnlichkeiten zum hier vorgestellten Geheimnisschutzkonzept auf. Mit der Implementierung der Datenschutzkonzepte kann bereits wertvolle Vorbereitung zur Umsetzung eines Geheimnisschutzkonzeptes geleistet sein. Aber eben auch nur Vorbereitung. ■

³⁷ Bei Verstoß: Anhörungsprüfung nach § 71 a GWB.

³⁸ OLG München, NZBau 2016, 591 (592); OLG Frankfurt a. M., NZBau 2015, 514 (517); OLG Celle, NZBau 2014, 784 (789); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.3.2008 – VII-Verg 12/08, BeckRS 2008, 10359.

³⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.3.2008 – VII-Verg 12/08, BeckRS 2008, 10359.

⁴⁰ BGHZ 214, 11 = NZBau 2017, 230 (234) Rn. 48; OLG Naumburg, BeckRS 2011, 21710 = VergabeR 2012, 250 (251); OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 742 = VergabeR 2008, 281 (286); aa mit Blick auf Verschiedenheiten des Wortlauts, der Systematik und des Sinn und Zwecks von § 165 II und § 72 II GWB; Kus in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 165 GWB Rn. 64.

⁴¹ OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 742 = VergabeR 2008, 281 (286).

⁴² BGHZ 214, 11 = NZBau 2017, 230 (234) Rn. 48 mwN.