

# Das Geschäftsgeheimnisgesetz

## Zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter Berücksichtigung der Whistleblowing-Richtlinie

Von Wiss. Mitarbeiter **Robert Brockhaus**, Frankfurt (Oder)\*

*Den Gegenstand dieses Artikels bilden die strafrechtlich relevanten Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes (GeschGehG), das am 26. April 2019 in Kraft getreten ist und mit dem die Geheimnisschutzrichtlinie der EU umgesetzt wurde. Die Untersuchung verfolgt die Frage nach den Implikationen des Gesetzes für das Whistleblowing. Zunächst wird die Auffassung vertreten, dass sogenannte „illegale“ Geschäftsgeheimnisse nach dem bislang geltenden § 17 UWG nicht geschützt wurden. Diese Position wird in der weiteren Untersuchung auf das Geschäftsgeheimnisgesetz übertragen. In diesem Rahmen werden außerdem die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse in § 2 Nr. 1 GeschGehG und die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG genauer analysiert, von denen abhängt, ob eine Handlung nach § 23 GeschGehG strafbar ist. Diese Vorschriften werden im Einzelnen mit der bisherigen Rechtslage, der Geheimnisschutzrichtlinie und dem zunächst im Bundestag eingebrachten Regierungsentwurf kontrastiert und teilweise im Lichte der ebenfalls im April 2019 beschlossenen Whistleblowing-Richtlinie der EU ausgelegt. Dabei wird etwa die Ansicht entwickelt und begründet, dass § 5 GeschGehG keinen innerbetrieblichen Abhilfeversuch voraussetzt, weshalb einschlägige Missstände unmittelbar gegenüber externen Stellen offengelegt werden können. Zulässig ist es allein, die Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit in bestimmten Fällen an strengere Voraussetzungen zu knüpfen.*

*This paper deals with the German Trade Secrets Protection Act and its implications for whistleblowing from a criminal law perspective. It was enacted on the 26th April 2019 and implemented the European Union's Directive on the Protection of Trade Secrets. The author argues that "illegal" secrets, that is information covering unlawful conduct or conditions, are neither protected under the new legislation nor were they protected under the provisions of the former Act Against Unfair Competition. In the second part, the article examines the new provisions in detail, especially the trade secrets definition, the exception clause which protects, inter alia, whistleblowers and the criminal offences. For this purpose, the new provisions are contrasted with the former legislation, the Trade Secret Directive and the government's draft. They are also interpreted in the light of the whistleblowing directive which was proposed by the European Parliament in April 2019. This then leads to the conclusion that according to the exception clause in Sect. 5 Trade Secrets Protection Act whistleblowers are not obliged to use internal channels before reporting misconduct and other grievances externally to competent authorities. Only public disclosures can in some cases require stricter regulations.*

\* Der Verf. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christian Becker an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

### I. Einleitung

Am 26. April 2019 ist das „Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ in Kraft getreten.<sup>1</sup> Mit ihm wurde die vor drei Jahren beschlossene „Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung“ umgesetzt.<sup>2</sup> Das neue Stammgesetz besteht in erster Linie aus zivilrechtlichen Vorschriften, wie die Legaldefinition von Geschäftsgeheimnissen und die Regelungen erlaubter und verbotener Handlungen. Es enthält aber auch Straftatbestände zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, die aus den §§ 17–19 UWG in das neue Gesetz überführt wurden. Zudem sind in dem Gesetz spezielle Ausnahmetatbestände vorgesehen, die Whistleblower – d.h. Personen, die in einer Organisation (etwa einem Unternehmen oder einer Behörde) arbeiten, von Missständen innerhalb derselben Kenntnis erlangen und diese Informationen intern rügen, an Dritte weitergeben oder gegenüber der Öffentlichkeit preisgeben<sup>3</sup> – vor rechtlichen Sanktionen schützen. Neue Vorgaben zum Schutz von Hinweisgebern ergeben sich aus „Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“.<sup>4</sup>

Bevor die Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes untersucht werden, wird zunächst (II.) auf den Geheimnisbegriff des aufgehobenen § 17 UWG und den Streit eingegangen, ob sogenannte „illegale“ Geschäftsgeheimnisse durch diesen Straftatbestand geschützt wurden, was – entgegen der dazu vertretenen h.M. – verneint wird. Alsdann (III.) werden die für die Strafbarkeit von Whistleblowern relevanten Vor-

<sup>1</sup> BGBl. I 2019, S. 466, im Folgenden „Geschäftsgeheimnisgesetz“ oder „GeschGehG“. Siehe zu dem neuen Gesetz bereits (Stand: September 2019) die praxisorientierte Monographie von Reinfeld, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, 2019, und die Aufsätze von Apel/Walling, DB 2019, 891; Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774; Hauck, GRUR-Prax 2019, 223; Kalbfus, WRP 2019, 692; Leister, GRUR-Prax 2019, 175; Naber/Peukert/Seeger, NZA 2019, 583; Nöhle, ZLR 2019, 153; Ohly, GRUR 2019, 441; Reinbacher, KriPoZ 2019, 148; Richter, ArbRAktuell 2019, 375; Rosenthal/Hamann, NJ 2019, 321; Schulte, ArbRB 2019, 143; Thiel, AuA 2019, 88. Zu den vorhergehenden Gesetzesentwürfen siehe die Nachweise in Fn. 58 f.

<sup>2</sup> RL (EU) 2016/943. Im Folgenden „Geheimnisschutzrichtlinie“ oder „Gs-RL“.

<sup>3</sup> Vgl. die Legaldefinition für den Begriff „Hinweisgeber“ in Art. 5 Nr. 7 RL (EU) 2019/1937: „eine natürliche Person, die im Zusammenhang mit ihren Arbeitstätigkeiten erlangte Informationen über Verstöße meldet oder offenlegt“.

<sup>4</sup> ABl. EU v. 26.11.2019, Nr. L305/17. Im Folgenden „Wb-RL“ oder „Whistleblowing-Richtlinie“.

schriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes, d.h. die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse, die Ausnahmetatbestände zum Schutz von Hinweisgebern und die Straftatbestände, eingehend untersucht und im Lichte der Whistleblowing-Richtlinie ausgelegt. Hierbei werden sie punktuell mit den bisherigen Regelungen des UWG und den Vorgaben der Geheimnisschutzrichtlinie sowie dem vorhergehenden Regierungsentwurf kontrastiert. In Auseinandersetzung mit ersten Publikationen zum Geschäftsgeheimnisgesetz wird die Auffassung vertreten, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse auch nach der neuen Rechtslage nicht geschützt werden. Zudem wird die These entwickelt, dass der Ausnahmetatbestand keinen innerbetrieblichen Abhilfeversuch voraussetzt, d.h. unter den Voraussetzungen des § 5 GeschGehG Missstände unmittelbar gegenüber externen Stellen oder der Öffentlichkeit offengelegt werden dürfen. Allein eine Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit kann in bestimmten Fällen von strengeren Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Abschließend wird der Standpunkt vertreten, dass die Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes, insbesondere die dort vorgesehene Legaldefinition, grundsätzlich auch bei der Auslegung anderer Straftatbestände zu berücksichtigen sind.

## II. Zur bisherigen Rechtslage nach § 17 UWG

Whistleblower, die Geschäftsgeheimnisse offenbarten, riskierten nach bisher geltendem Recht, wegen des Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gemäß § 17 Abs. 1 UWG bestraft zu werden.<sup>5</sup> Danach war es bei Unternehmen beschäftigten Personen untersagt, Dritten ein Geschäftsgeheimnis, das ihnen im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden war, unbefugt mitzuteilen.

### 1. Der Geschäftsgeheimnisbegriff des § 17 UWG

In der Rechtsprechung und Literatur hatte sich eine Definition der Geschäftsgeheimnisse etabliert, die verschiedene Merkmale vorsah: Die jeweiligen Tatsachen mussten mit einem Geschäftsbetrieb im Zusammenhang stehen, nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und damit nicht offenkundig sein sowie nach dem Willen des Unternehmensinhabers geheim gehalten werden.<sup>6</sup> Zudem hatte sich die Ansicht durchgesetzt, dass neben dem Geheimhaltungswillen zusätzlich ein objektiv überprüfbares „berechtigtes Interesse“<sup>7</sup> oder

„berechtigtes wirtschaftliches Interesse“<sup>8</sup> an der Geheimhaltung bestehen müsse (sog. Interessentheorie).<sup>9</sup> Denn wenn der strafrechtliche Geheimnisschutz nur vom Geheimhaltungswillen des Unternehmensinhabers abhänge (sog. „reine“ Willentheorie), könnte dieser, selbst wenn den jeweiligen Informationen kein Geheimniswert zukommt, deren strafrechtlichen Schutz willkürlich aktivieren.

### 2. Kein Schutz sog. „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse nach § 17 UWG

Heftig umstritten war, ob auch sogenannte „illegale“ Geschäftsgeheimnisse<sup>10</sup> durch den Straftatbestand geschützt wurden. Die wohl h.M. bejahte den Schutz dieser Geheimnisse,<sup>11</sup>

eignet wäre, dem Geheimnisträger wirtschaftlichen Schaden zuzufügen“; siehe auch BVerfG MMR 2006, 1041 (1042), zu Art. 12 Abs. 1 GG: „Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein *berechtigtes Interesse* hat.“ (*Hervorhebung durch den Verf.*).

<sup>8</sup> BGH GRUR 1961, 40 (43).

<sup>9</sup> Beyerbach, Die geheime Unternehmensinformation, 2012, S. 97 f.

<sup>10</sup> Der Begriff „illegales“ Geheimnis ist etwas irreführend, denn mit „Geheimnis“ wird nur ein faktischer Zustand bezeichnet, der selbst keine normative Kategorisierung zulässt. Es geht vielmehr darum, dass ein „illegales“ Geheimnis aus verdeckten Informationen besteht, die ein rechtswidriges Verhalten bzw. einen gesetzeswidrigen Zustand belegen. Im Folgenden wird dieser Begriff jedoch gebraucht, da er in den Diskursen zu diesem Thema und auch im StGB verwendet wird (siehe die Überschrift der §§ 97a, 97b StGB).

<sup>11</sup> Brammsen, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93, S. 77 (82 f.); ders., in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, UWG § 17 Rn. 24; Breitenbach, SteuerCDs, Die Strafbarkeit des Datenhändlers und der beteiligten Staatsvertreter, 2017, S. 67–89; Eufinger, WM 2016, 2336 (2338); Ignor/Jahn, JuS 2010, 390 (391); Janssen/Maluga, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 2. Aufl. 2015, UWG § 17 Rn. 35; Koch, ZIS 2008, 500 (503); Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 37. Aufl. 2019, § 17 Rn. 9; Lutterbach, Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings, 2010, S. 70 f.; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 17 Rn. 12; Passarge, CB 2018, 144 (145); Pelchrzim, CCZ 2009, 25 (26); Rahimi Azar, JuS 2017, 930 (933); Rengier (Fn. 6), § 17 Rn. 21; Reinbacher, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, UWG § 17 Rn. 23; ders., KriPoZ 2018, 115 (117); ders., KriPoZ 2019, 148 (152); Rody, Der Begriff und die Rechtsnatur von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen unter Berücksichtigung der Geheimnisschutz-Richtlinie, 2019, S. 118 f.; Satzger, in: Hellman/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach,

<sup>5</sup> Auf §§ 18–19 UWG, die neben § 17 UWG auch in § 23 GeschGehG überführt wurden, wird hier nicht näher eingegangen, da eine Strafbarkeit nach diesen Vorschriften beim Whistleblowing eher fernliegt. – Da sich die Verwendung von zwei Begriffen („Betriebs-“ oder „Geschäftsgeheimnis“) in der Rechtspraxis als überflüssig erwiesen hat, wurde im GeschGehG auf den erstgenannten Begriff verzichtet (BT-Drs. 19/4724, S. 40), weshalb auch im Folgenden nur von Geschäftsgeheimnissen die Rede sein wird.

<sup>6</sup> Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2016, UWG § 17 Rn. 7 m.w.N.

<sup>7</sup> BGH, NSTZ 2014, 325 (326); ein solches „berechtigtes Interesse“ bestehe, wenn „die Aufdeckung der Tatsache ge-

während die Gegenauffassung deren strafrechtlichen Schutz ablehnte.<sup>12</sup> Im Folgenden werden die Argumente der beiden Auffassungen untersucht, in diesem Kontext neue Argumente eingeführt und dadurch begründet, weshalb der Gegenauffassung zu folgen war und ihr auch im Hinblick auf die neue Rechtslage weiterhin zu folgen ist.

---

2011, S. 447 (450); *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, 2012, Kap. 4 Rn. 20; *Schenkel*, Whistleblowing und die Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats, 2019, S. 95–108; *Sieber*, NJW 2008, 881 f.; *Sonn*, Strafbarkeit des privaten Entwendens und staatlichen Ankaufs inkriminierender Kundendaten, 2014, S. 104–107; *Spermath*, NSZ 2010, 307 (308); *Többens*, NSZ 2000, 505 (506); *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65 (67).

<sup>12</sup> RAG JW 1931, 490; LAG Berlin BB 1970, 710; *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf, 2002, S. 188; *Arians*, in: Oehler (Hrsg.), Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft sowie in Österreich und der Schweiz I, Bd. 2, 1978, S. 307 (338); vgl. auch *Berg*, Geschäftsgeheimnisse, Akteneinsicht und Drittbeteiligung im Kartellverwaltungs- und Beschwerdeverfahren, 1984, S. 7; *Bindschedler*, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse, 1981, S. 25 f.; *Dann*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Hrsg.), Internal Investigations, Ermittlungen im Unternehmen, 2. Aufl. 2016, Kap. 28 Rn. 23; *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (333); *Erb*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach (Hrsg.), in: Heinrich/Jäger/Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 1103 (1107); *Föbus*, Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach § 17 UWG, 2011, S. 105; v. *Gamm*, Betriebsgeheimnisse und bilanzrechtliche Publizität, 1998, S. 35; *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, 2017, S. 64; *Kotthoff/Gabel*, in: Ekey/Klippel/Kotthoff/Kramer/Meckel/Pläß/Brämer/Gabel/Jansen/Kubas (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2005, § 17 Rn. 8; *Maier*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, deutschen und englischen Recht, 1998, S. 281; *Möhrenschlager*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap. 15 Rn. 10; *Preis/Reinfeld*, AuR 1989, 361 (363); *Richters/Wodtke*, NZA-RR 2003, 281 (282); *Rotsch/Wagner*, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 34 C. Rn. 53; *Rützel*, GRUR 1995, 557 (558 ff.); *Schafheutle*, Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat im deutschen und schweizerischen Strafrecht, 1972, S. 87 f.; *Taeger*, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, 1988, S. 96, 232; *Thiele*, Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis in § 17 UWG, 1934, S. 20; *Tuffner*, Der strafrechtliche Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen im Staatsschutzrecht und Wettbewerbsrecht, 1978, S. 59; *Wawrzinek*, Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 2010, S. 127.

a) *Kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse?*

Die h.M. vertrat, dass ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse bestehen könne,<sup>13</sup> was von der Gegenauffassung zurückgewiesen wurde.<sup>14</sup> Die folgenden Erwägungen zeigen, dass sich die Negation des rechtlichen Schutzes „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse wohl nicht aus dem Wort „berechtigt“ deduzieren lässt: Der Begriff des berechtigten Interesses enthält mehr Anforderungen, erfasst daher weniger Interessen, als der bloße Begriff des Interesses. Es stellt sich daher die Frage, welche Interessen mit dem Merkmal „berechtigt“ ausgefiltert werden, welchen Interessen als „unberechtigten“ kein Schutz zukommen soll. Berechtigt heißt nicht nur nach irgendeiner normativen Ordnung legitim, sondern durch die Rechtsordnung anerkannt oder zumindest toleriert. Ein berechtigtes Interesse kann folglich kein Interesse sein, das der Rechtsordnung widerspricht. Das ergibt sich auch aus einem systematischen Vergleich mit Vorschriften, die ihrem Wortlaut nach ein „berechtigtes Interesse“ voraussetzen. So sind berechnete Interessen im Sinne von § 193 StGB nur solche, die von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt werden.<sup>15</sup> Rechts- oder sittenwidrige Interessen scheiden daher von vornherein aus.<sup>16</sup> Entsprechend wird der Begriff der berechtigten Interessen bei § 201 Abs. 2 S. 2 StGB<sup>17</sup> und bei § 201a Abs. 4 StGB ausgelegt.<sup>18</sup> Dasselbe gilt für § 824 Abs. 2 BGB,<sup>19</sup> mit dem der Gesetzgeber den Rechtfertigungsgrund aus § 193 StGB auf das Deliktsrecht übertragen hat.<sup>20</sup> In ähnlicher Weise wird in der Begründung zum GeschGehG-E hervorgehoben, „jedes von der Rechtsordnung gebilligte Interesse“ könne ein berechtigtes Interesse sein.<sup>21</sup>

Mit der Feststellung, dass ein berechtigtes Interesse kein Interesse sein kann, das der Rechtsordnung widerspricht, ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob ein Interesse an der Geheimhaltung eines Rechtsverstoßes der Rechtsordnung per se widerspricht. Da die Geheimhaltung eines Rechtsverstoßes nicht der Rechtsverstoß selbst ist, widerspricht seine Geheimhaltung der Rechtsordnung nicht notwendig. Indiziell

---

<sup>13</sup> Siehe etwa *Janssen/Maluga* (Fn. 11), UWG § 17 Rn. 35; *Rody* (Fn. 11), S. 119.

<sup>14</sup> Siehe etwa *Beyerbach* (Fn. 9), S. 100; *Bindschedler* (Fn. 12), S. 25 f.; in diese Richtung auch *Polenz*, DÖV 2010, 350 (351).

<sup>15</sup> *Joecks/Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 193 Rn. 25.

<sup>16</sup> *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 193 Rn. 9.

<sup>17</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 201 Rn. 27.

<sup>18</sup> *Eisele* (Fn. 17), § 201a Rn. 53.

<sup>19</sup> RGZ 51, 369 (378); *Förster*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 1.2.2020, § 824 Rn. 48.

<sup>20</sup> *Wagner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2017, § 824 Rn. 42; siehe auch *Prinz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 6), S (Spezialthema) 7 Rn. 132.

<sup>21</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 28.

mag die geheim gehaltene Tatsache des Rechtsverstoßes gegen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse sprechen, jedoch gibt es Straftatbestände wie § 203 StGB und § 97a StGB, die sich zweifellos auch auf die Geheimhaltung von Rechtsverstoßen erstrecken. Es erfordert demnach Gründe, die im Folgenden dargelegt werden, um von der Rechtswidrigkeit des geheim gehaltenen Rechtsverstoßes auf die Rechtswidersprüchlichkeit des Geheimhaltungsinteresses zu schließen.

### b) Selbstwiderspruch in der Rechtsordnung

Es lässt sich nicht von der Hand weisen, dass sich die Rechtsordnung in einen „unüberbrückbaren Selbstwiderspruch“ verstricken würde, wenn sie Informationen über gesetzeswidriges Verhalten, wie Steuerhinterziehungen, Kartellverstöße, Korruptionsdelikte, Verstöße gegen das Umweltrecht, das Kriegswaffenrecht etc. durch Strafnormen regelmäßig vor einer Aufdeckung schützen würde<sup>22</sup> und den von solchen Verhaltensweisen Kenntnis erlangenden Arbeitnehmern damit eine Art „Ganoven-treue“ abverlangen würde.<sup>23</sup> Das „Interesse der Rechtsordnung“, Rechtsverstoße zu unterbinden, kann nur erreicht werden, wenn die zuständigen staatlichen Stellen Kenntnis von diesen Rechtsverstoßen erlangen. Deshalb kann „das Interesse der Rechtsbrecher [...], entsprechende Informationen vor behördlicher Kenntniserlangung verborgen zu halten“, nicht gleichzeitig rechtlich geschützt werden – „schon gar nicht mit strafrechtlichen Mitteln“.<sup>24</sup> Dieses Argumentationsmuster tritt auch in Regelungen anderer Rechtsbereiche hervor: Durch § 2 Abs. 1 PatG werden etwa für „Erfindungen, deren gewerbliche Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen würde“, keine Patente erteilt.<sup>25</sup>

### c) Vergleich mit anderen Strafvorschriften

Das Argument des „Selbstwiderspruchs“ wird nicht dadurch widerlegt, dass „illegale“ Geheimnisse auch durch andere Straftatbestände (§ 203 und § 97a StGB) geschützt werden.<sup>26</sup> Denn es bedarf gewichtiger Gründe, um den „Selbstwiderspruch“ durch den Schutz „illegaler“ Geheimnisse zu rechtfertigen. Gründe, die im Gegensatz zur Lage bei § 203 StGB

bei § 17 UWG nicht gegeben waren. So geht es bei § 203 StGB insbesondere darum, das Vertrauensverhältnis zwischen einer Privatperson und einer Person, die einen in dem Straftatbestand genannten Beraterberuf ausübt, besonders zu schützen. Es liegt auf der Hand, dass ein Rechtsanwalt „illegale“ Geheimnisse, die ihm ein Mandant anvertraut, nicht offenlegen darf, indem er etwa Informationen über Straftaten seines Mandanten an die Staatsanwaltschaft übermittelt.<sup>27</sup> Entsprechendes gilt für Geheimnisse, die anderen in § 203 StGB genannten Personen wie Ärzten, Psychologen etc. bei deren Berufsausübung anvertraut werden. An dem besonderen Schutz der dort in Bezug genommenen Vertrauensbeziehungen besteht ein herausgehobenes Interesse, denn eine umfassende Geheimhaltung ist unerlässlich, um die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen und Interessen der Allgemeinheit, wie die Rechtsstaatlichkeit von Verfahren, zu gewährleisten. Auch das Strafprozessrecht widerspiegelt diesen herausgehobenen Schutz der Vertrauensbeziehungen:<sup>28</sup> Während die in § 203 StGB genannten Berufsheimnisträger gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 StPO berechtigt sind, das Zeugnis zu verweigern, steht den „normalen“ Beschäftigten kein vergleichbares sich aus der Betriebszugehörigkeit ergebendes Recht zu. Die Beschäftigten sind deshalb nach § 48 StPO zur Aussage verpflichtet, wenn sie nicht aus anderen Gründen das Zeugnis bzw. die Auskunft verweigern dürfen. Das Interesse an der Strafverfolgung wird durch das Gesetz höher bewertet als das Geheimhaltungsinteresse der Unternehmen.<sup>29</sup>

Was den Hinweis auf § 97a StGB anbelangt, darf nicht unerwähnt bleiben, dass durch § 93 Abs. 2 StGB bestimmte „illegale“ Staatsgeheimnisse, etwa wenn die Tatsachen gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung verstoßen,<sup>30</sup> grundsätzlich vom strafrechtlichen Schutz ausgenommen werden. Nach § 97a StGB werden „illegale“ Staatsgeheimnisse nur geschützt, wenn sie einer fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner mitgeteilt werden. Eine Offenbarung „illegaler“ Staatsgeheimnisse gegenüber inländischen staatlichen Stellen oder der Öffentlichkeit ist nicht strafbar.<sup>31</sup>

### d) Zweck des § 17 UWG

Weiterhin war es mit dem Zweck des § 17 UWG unvereinbar, den tatbestandlichen Schutz auf „illegale“ Geschäftsgeheimnisse zu erstrecken. Denn die Vorschrift sollte ihrerseits vor einem unlauteren Wettbewerb schützen und nicht die Aufrechterhaltung wettbewerbswidriger Zustände durch die

<sup>22</sup> Erb (Fn. 12), S. 1107; Angersbach (Fn. 12), S. 188 f.

<sup>23</sup> Erb (Fn. 12), S. 1110.

<sup>24</sup> Erb (Fn. 12), S. 1107.

<sup>25</sup> Entsprechendes müsse für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen gelten, Wawrzinek (Fn. 12), S. 126. Mit Verweis auf Schafheutle (Fn. 12), S. 87 f. Den gleichen Schluss zieht Dann (Fn. 12), Kap. 28 Rn. 23.

<sup>26</sup> Siehe etwa Erb (Fn. 12), S. 1110; Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333). A.A. Rotsch/Wagner (Fn. 12), § 34 C. Rn. 54, bei § 203 StGB könne „nichts anderes gelten als bei § 17 UWG“. Für diese Auffassung spricht, dass juristische Personen sich bei „illegalen“ Geheimnissen nicht oder nur abgeschwächt auf den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts berufen können, dessen Schutz bei § 203 StGB zentral ist, siehe dazu noch den folgenden Haupttext und Fn. 51.

<sup>27</sup> Abgesehen von der Anzeigepflicht bei bevorstehenden schweren Straftaten aus § 138 StGB, wobei die Nichtanzeige nach § 139 Abs. 3 S. 2 Alt. 1, S. 1 StGB u.U. straffrei sein kann.

<sup>28</sup> Erb (Fn. 12), S. 1108 f.

<sup>29</sup> Satzger (Fn. 11), S. 452.

<sup>30</sup> Von einem derartigen Verstoß wäre etwa im Fall von Edward Snowden auszugehen, wenn seine Strafbarkeit nach deutschem Recht geprüft würde, Huber/de With, NJW 2014, 2698 (2700).

<sup>31</sup> Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 97a Rn. 1 m.w.N.

Protektion „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse begünstigen.<sup>32</sup> Sofern der Straftatbestand demgegenüber als Vermögensdelikt interpretiert wurde, wären die „illegalen“ Geheimnisse auf der Grundlage des überwiegend vertretenen juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs<sup>33</sup> nicht geschützt worden, denn dieser Vermögensbegriff erfasst gerade keine geldwerten Güter, die rechtlich missbilligt werden.<sup>34</sup> Auch der Verweis auf den „Diebesdiebstahl“,<sup>35</sup> der zeigen sollte, dass vom StGB auch „rechtswidrige“ Vermögenswerte geschützt werden, überzeugt nicht. Denn selbst wenn man annimmt, dass der (unberechtigte) Gewahrsam des Diebes durch § 242 Abs. 1 StGB geschützt wird,<sup>36</sup> so wird durch den zweiten Diebstahl jedenfalls *auch* das Eigentum des Berechtigten (erneut) beeinträchtigt.<sup>37</sup> Es geht also letztlich bei der Strafbarkeit des „Diebesdiebstahls“ *auch* um die Wahrung der rechtlich geschützten Interessen des Eigentümers.<sup>38</sup>

*e) Keine Verletzung der arbeitsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht*

Gegen den strafrechtlichen Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse spricht auch, dass Beschäftigte nach einer sich allmählich durchsetzenden, an die Rechtsprechung des BVerfG anknüpfenden Ansicht nicht gegen ihre arbeitsrechtliche, aus der Loyalitätspflicht abgeleitete Schweigepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) verstoßen, wenn sie Gesetzesverstöße bei den zuständigen Behörden anzeigen.<sup>39</sup> Sofern die Be-

schäftigten schon zivilrechtlich nicht verpflichtet sind, „illegale“ Geschäftsgeheimnisse gegenüber den zuständigen Behörden zu verschweigen, kann diesbezüglich auch keine strafrechtliche Unterlassungspflicht bestehen, denn sonst würde das aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitete Subsidiaritätsprinzip verletzt.<sup>40</sup> Nach diesem Prinzip – das auch als ultima ratio-Prinzip bezeichnet wird – darf eine Strafe, d.h. die schärfste Form staatlicher Eingriffe, nur eingesetzt werden, wenn sich der Schutz des jeweiligen Rechtsgutes als gesellschaftlich unentbehrlich erweist und sein Schutz nicht durch mildere Eingriffe gewährleistet werden kann.<sup>41</sup> Durch das Prinzip wird nicht nur die Gesetzgebung gebunden, sondern es kann auch bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen sein, wenn eine Strafnorm mit einer Norm eines anderen Rechtsgebiets kollidiert.<sup>42</sup> Daher war § 17 UWG so auszulegen, dass keine Pflicht besteht, „illegale“ Geschäftsgeheimnisse geheim zu halten; jedenfalls nicht gegenüber den zuständigen Behörden. Denn soweit sich bereits die zivilrechtliche Schweigepflicht nicht auf die Geheimhaltung „illegaler“ Geheimnisse erstreckt, ist deren Schutz durch eine strafrechtliche Schweigepflicht gesellschaftlich nicht unentbehrlich.

fristlose Kündigung als rechtswidrig erkannt, da sie das Grundrecht des Arbeitnehmers zur Strafanzeige (die sich gegen die Arbeitgeberin richtete) aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verletzt habe. Dieses Grundrecht wurde vom BAG mit der Entscheidung NZA 2004, 427, rezipiert (dazu noch Fn. 161) und durch offene Kriterien „verwässert“, *Peter/Rohde-Liebenau*, AuR 2004, 249 (430). Zudem soll sich die Geheimhaltungspflicht von Betriebsratsmitgliedern nach h.M. nicht auf „illegale“ Geheimnisse erstrecken, *Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, in: Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 79 Rn. 3; *Lorenz*, in: Düwell (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 79 Rn. 12; *Kania*, in: Müller/Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, BetrVG § 79 Rn. 6; *Werner*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Arbeitsrecht, Stand: 01.12.2019, BetrVG § 79 Rn. 10. A.A. *Oetker*, in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Bd. 2, 11. Aufl. 2018, § 79 Rn. 20; *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 79 Rn. 16.

<sup>32</sup> Rützel, GRUR 1995, 557 (560).

<sup>33</sup> Nachweise etwa bei *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 263 Rn. 82.

<sup>34</sup> *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (333). Derartige Geheimnisse wären nur geschützt, wenn mittels eines rein ökonomischen Vermögensbegriffs allein auf den wirtschaftlichen Wert eines Gegenstandes abgestellt wird, ebenda. Siehe bereits *Aldoney Ramírez*, Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, 2009, S. 348.

<sup>35</sup> Damit ist der Fall gemeint, dass ein Nichtberechtigter eine Sache bei demjenigen stiehlt, der sie seinerseits dem Eigentümer gestohlen hatte.

<sup>36</sup> Wohl h.M., siehe etwa *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 1 m.w.N.

<sup>37</sup> Sofern nur das Eigentum durch § 242 Abs. 1 StGB geschützt werden soll (so etwa *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder [Fn. 16], § 242 Rn. 1/2; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach [Fn. 15], § 242 Rn. 9), geht es auch im Fall des Diebesdiebstahls allein um die Wahrung rechtlich geschützter Interessen.

<sup>38</sup> So schon *Föbus* (Fn. 12), S. 107; ähnlich: *Rützel*, GRUR 1995, 557 (559); *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (331).

<sup>39</sup> Vgl. etwa *Becker*, Whistleblowing – Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft, 2012, S. 83; *Düsel*, Gespaltene Loyalität: Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Großbritannien und Frankreich, 2009, S. 157 f.; *Kreis* (Fn. 12), S. 64 ff., 186 ff.; *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, BGB § 611a Rn. 713. In BVerfG, NJW 2001, 3474 (3475) wurde eine

<sup>40</sup> So bereits *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (119).

<sup>41</sup> *Kaufmann*, in: Roxin/Bruns/Jäger (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 89 (102).

<sup>42</sup> Es kann daher „eine Verpflichtung zur subsidiären Auslegung von Strafnormen“ bestehen (*Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, S. 67, 275), wenn nicht schon aus anderen Gründen, insbesondere der lex specialis-Regel oder den lex superior- und lex posterior-Grundsätzen, eine der Normen den Vorrang genießt, ebenda, S. 68 ff.

## f) Kein Schutz im Informationsfreiheitsrecht

Auch im Informationsfreiheitsrecht setzt sich die Auffassung, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse nicht von Informationsanfragen Dritter ausgenommen werden, allmählich durch. Ein Auskunftsverlangen nach § 1 IFG-Bund kann zwar gemäß § 6 IFG-Bund verweigert werden, wenn ein Geschäftsgeheimnis betroffen ist. Dieser Ausnahmetatbestand soll aber nach zutreffender Ansicht nur „legale“ Geschäftsgeheimnisse erfassen, sodass eine Auskunft bei „illegalen“ Geschäftsgeheimnissen nicht wegen § 6 IFG-Bund verweigert werden darf.<sup>43</sup> Der entsprechende Ausnahmetatbestand im Berliner IFG erfasst ausdrücklich nur „legale“ Geschäftsgeheimnisse, siehe § 7 S. 2 IFG-Bln.<sup>44</sup> Wenn ein Anspruch auf Informationerteilung nicht verweigert werden kann, weil es sich um ein „illegales“ Geschäftsgeheimnis handelt, dann kann die Offenbarung der betreffenden Informationen nicht strafbar sein.<sup>45</sup>

## g) Grundrechtlicher Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse?

Geschäftsgeheimnisse werden nach der Auffassung des BVerfG grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.<sup>46</sup> Andere meinen, sie würden durch Art. 14 Abs. 1 GG erfasst,<sup>47</sup> entweder als Bestandteil des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs<sup>48</sup> oder als geistiges Eigentum.<sup>49</sup> Ob auch „illegale“ Geschäftsgeheimnisse grundrechtlich ge-

schützt werden, ist fraglich.<sup>50</sup> Die Texte der beiden Grundrechtsartikel bieten wegen ihrer Allgemeinheit Raum für beide Interpretationen. Wegen des oben aufgezeigten „Selbstwiderspruchs“ innerhalb der Rechtsordnung bedarf allerdings der Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse und nicht dessen Negation einer besonderen Begründung, die, soweit ersichtlich, noch aussteht.<sup>51</sup> Doch selbst wenn diese besondere Begründung als gegeben unterstellt wird, wären in den geheimnisschützenden Rechtsvorschriften Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu erkennen, anhand derer sich die Grenzen des grundrechtlichen Schutzes von Geschäftsgeheimnissen abzeichnen. Folglich konnte die Antwort auf die Frage, ob § 17 UWG „illegale“ Geschäftsgeheimnisse geschützt hat, nicht in Art. 14 GG gefunden werden, vielmehr steckte der Straftatbestand als Inhalts- und Schrankenbestimmung die Reichweite der Eigentumsfreiheit ab.<sup>52</sup>

## h) Vermeintliche „Strafbarkeitslücken“

Die Vertreter der h.M. klammerten sich zuletzt noch an den Strohalm, es würden unerträgliche Strafbarkeitslücken entstehen, falls „illegale“ Geschäftsgeheimnisse gänzlich vom Schutz des § 17 UWG ausgenommen wären, weil beispielsweise auch Arbeitnehmer straffrei ausgingen, die ein „illegales“ Geheimnis an einen Wettbewerber verkaufen, dem es überhaupt nicht darauf ankommt, Missstände aufzudecken.<sup>53</sup>

<sup>43</sup> Schoch, Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 97 m.w.N. Zur a.A. siehe die Nachweise bei Rn. 96; ders., NJW 2009, 2987 (2991 f.), wer sich gegen die Rechtsordnung wende, könne „für sich schon gar nicht ein ‚Recht auf Intransparenz‘ zur Verschleierung illegalen Verhaltens reklamieren.“

<sup>44</sup> Im Verbraucherinformationsgesetz (VIG) gibt es eine vergleichbare Regelung. Der Informationsanspruch nach § 2 VIG erstreckt sich gem. § 3 S. 1 Nr. 2 lit. c VIG nicht auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse. Dies gilt allerdings nicht, wenn Verstöße gegen Vorschriften des Lebensmittel-, Futtermittel- oder Produktsicherheitsrechts festgestellt wurden, siehe § 3 S. 5 Nr. 1 VIG i.V.m. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 VIG. In diesem Kontext hat schon Polenz, DÖV 2010, 350 (351), auf diese Vorschrift hingewiesen. Der Gesetzgeber erkenne zunehmend, „dass bei einem gesetzes- oder sittenwidrigen Inhalt die Voraussetzungen für die Annahme eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses nicht vorliegen.“

<sup>45</sup> Wohl erstmals findet sich diese Überlegung bei Schuldt, Geheimnisverrat, Die Beteiligung von Journalisten an der Verletzung von Dienstgeheimnissen, 2011, S. 137, 238.

<sup>46</sup> BVerfGE 115, 205 (229).

<sup>47</sup> Zum Streitstand siehe Papier/Shirvani, in: Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 88. Lfg., August 2019, Art. 14 Rn. 204 Fn. 5. Offenlassend: BVerfGE 115, 205 (248).

<sup>48</sup> So etwa Papier/Shirvani (Fn. 47), Art. 14 Rn. 204.

<sup>49</sup> Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 14, Rn. 72.

<sup>50</sup> Vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 9.5.2007 – 15 P 4/06: Zusammensetzung eines inzwischen unerlaubten Lösemittels sei kein schützenswertes Geschäftsgeheimnis; das BVerwG NVwZ 2009, 1114 (1116), meinte dann, ein durch Art. 12, 14 GG behaupteter Schutz dieses Geheimnisses sei zweifelhaft (letztlich offenlassend, da es auf diese Frage nicht ankam), da wohl kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vorliege. Gegen einen grundrechtlichen Schutz auch Colneric, AiB 1987, 260 (265); Dann (Fn. 12), Kap. 28 Rn. 23. Vgl. auch Schenkel (Fn. 11), die auf S. 104 die Gegenauffassung als zirkelschlüssig kritisiert, da stillschweigend vorausgesetzt werde, „dass ‚illegale Geheimnisse‘ in jedem Fall Grundrechtsschutz“ genössen. A.A. Brammsen, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 6), § 17, Rn. 24; so wohl auch Sonn (Fn. 11), S. 105 f. Für diese Auffassung könnte geltend gemacht werden, dass i.R.d. Art. 12 Abs. 1 GG auch davon ausgegangen wird, dass „illegale“ Berufe vom Schutzbereich erfasst werden, so jedenfalls Wieland (Fn. 49), Art. 12 Rn. 43. Vgl. auch BAG NZA 2004, 427 (430): Grundrechtsschutz, sofern „ein selbst nicht rechtswidrig und vorsätzlich handelnder Arbeitgeber betroffen ist.“

<sup>51</sup> Im Gegensatz zu den „illegalen“ höchstpersönlichen Geheimnissen, die als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt werden, wofür insbesondere die Unverletzlichkeit der Menschenwürde spricht, vgl. Cierniak/Niehaus, in: Joecks/Miebach (Fn. 15), § 203 Rn. 6, 22.

<sup>52</sup> Dann (Fn. 12), Kap. 28 Rn. 23. Die „Bemühungen um eine verfassungskonforme Auslegung“ erwiesen sich als „wenig erkenntnisreich“, Schenkel (Fn. 11), S. 104.

<sup>53</sup> Koch, ZIS 2008, 500 (503); vgl. auch Erb (Fn. 12), S. 1107; Satzger (Fn. 11), S. 452 f.; Rahimi Azar, JuS 2017, 930 (933).

Tatsächlich muss aber auch in diesen Fällen die Tatbestandsmäßigkeit entfallen. Denn der Verweis auf unerträgliche Strafbarkeitslücken ist zirkulär, weil solche Lücken eine Rechtsgüterverletzung voraussetzen würden, es bei dem Streit um die „illegalen“ Geheimnisse aber gerade um die Bestimmung der Reichweite des geschützten Rechtsgutes, d.h. das Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens bzw. das Allgemeininteresse an einem lauterem Wettbewerb, geht.<sup>54</sup> Außerdem entfalten zivilrechtliche Ansprüche und soziale Ächtung ein hinreichendes Drohpotential, um derartige maligne Verhaltensweisen zu verhindern.<sup>55</sup> Ein Blick in andere Rechtsordnungen zeigt, dass man (etwa in Großbritannien)<sup>56</sup> sogar gänzlich ohne einen strafrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen auskommt. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb der strafrechtliche Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse hierzulande unverzichtbar sein soll.<sup>57</sup>

Insgesamt war daher mit der Gegenauffassung davon auszugehen, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse nicht durch § 17 UWG geschützt wurden, da letztlich kein berechtigtes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht. Dementsprechend ist der Schutz solcher Geheimnisse auch nach der neuen Rechtslage abzulehnen. Dies ergibt sich, abgesehen von den oben vorgebrachten Argumenten, auch aus der Interpretation der Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes selbst.

### III. Die neue Rechtslage: Das Geschäftsgeheimnisgesetz

Das Geschäftsgeheimnisgesetz ist am 26.4.2019 am Ende eines lebhaften Gesetzgebungsverfahrens, in dessen Verlauf noch kurzfristig einige Vorschriften geändert wurden, in Kraft getreten. Den Ausgangspunkt der Debatte bildete der im April 2018 geleakte Referentenentwurf des BMJV<sup>58</sup>, der kurz darauf offiziell veröffentlicht, kaum verändert im Juli als Regierungsentwurf vorgelegt und im Oktober in den Bundestag eingebracht wurde.<sup>59</sup> Zwei Monate später wurde eine von der Opposition beantragte Sachverständigenanhörung zu dem Entwurf durchgeführt. Verschiedene Vorschläge der Sachverständigen wurden in zwei Änderungsanträgen der Opposition aufgenommen.<sup>60</sup> Die Regierungsfaktionen brachten

daraufhin einen eigenen Änderungsantrag in den Rechtsausschuss ein, der die Anträge der Opposition weitestgehend umsetzte und dementsprechend auf breite Zustimmung stieß.<sup>61</sup> Im Wesentlichen wurden vier Änderungen vorgenommen: Die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse wurde um das Merkmal des berechtigten Interesses erweitert, die im Regierungsentwurf geregelten Rechtfertigungsgründe wurden in Ausnahmetatbestände umgewandelt, das dort vorausgesetzte Absichtsmerkmal wurde gestrichen und in die Strafvorschrift wurde eine Bereichsausnahme zum Schutz journalistischer Tätigkeiten aufgenommen.

Während mittels der Geheimnisschutzrichtlinie ein ausreichender und kohärenter zivilrechtlicher Schutz der Geschäftsgeheimnisse im gesamten Binnenmarkt hergestellt werden soll<sup>62</sup> und bewusst auf eine Konvergenz der nationalen strafrechtlichen Vorschriften verzichtet wurde,<sup>63</sup> hat sich die deutsche Gesetzgebung, mit dem Geschäftsgeheimnisgesetz dafür entschieden, den zivil- und strafrechtlichen Schutz in einem neuen Stammgesetz zu verschmelzen. Deshalb finden sich in dem Gesetz nicht nur die in der Geheimnisschutzrichtlinie vorgesehenen zivilrechtlichen Vorschriften, die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse und der unter anderem das Whistleblowing schützende Ausnahmetatbestand wieder, sondern auch die bisher in §§ 17–19 UWG geregelten Strafvorschriften, die aufgehoben und in § 23 GeschGehG überführt wurden.

Im Folgenden wird zunächst die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse des § 2 Nr. 1 GeschGehG vorgestellt. Dann werden die Vorschriften über die erlaubten und verbotenen Handlungen, § 3 und § 4 GeschGehG, dargestellt. Anschließend werden die in § 5 GeschGehG vorgesehenen Ausnahmen von den Handlungsverboten des § 4 GeschGehG untersucht. Schließlich werden die Straftatbestände des § 23 GeschGehG erläutert, die auf die in § 4 GeschGehG geregelten Handlungsverbote verweisen. Abschließend wird untersucht, ob die Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes auch bei der Anwendung von Straftatbeständen anderer Gesetze anzuwenden sind.

#### 1. Der Geschäftsgeheimnisbegriff in § 2 Nr. 1 GeschGehG

Was ein Geschäftsgeheimnis ist, wird durch § 2 Nr. 1 GeschGehG legaldefiniert: „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

<sup>54</sup> Rützel, GRUR 1995, 557 (561).

<sup>55</sup> Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333).

<sup>56</sup> Maier (Fn. 12), S. 255.

<sup>57</sup> Wenn man den Verkauf „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse an Wettbewerber trotz allem für strafwürdig erachtet, wäre allenfalls an eine Regelung zu denken, die speziell diesen Fall mit Strafe bedroht (vgl. § 97a StGB).

<sup>58</sup> Zu diesem Entwurf *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135; *Passarge*, CB 2018, 144.

<sup>59</sup> BT-Drs. 19/4724. Dazu: *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555; *Brammsen*, BB 2018, 2446; *ders.*, wistra 2018, 449; *Buchert/Buchert*, ZWH 2018, 309; *Höfer*, GmbHR 2018, 1195; *Kiefer*, WRP 2018, 910; *Laoutoumai/Baumfalk*, WRP 2018, 1300; *Müllmann*, ZRP 2019, 25; *Scherp/Rauhe*, CB 2019, 20 (Teil 1) und 50 (Teil 2); *Schmid/Willems*, AuA 2019, 88; *Voigt/Herrmann/Grabenschröer*, BB 2019, 142; *Ziegelmayr*, CR 2018, 693.

<sup>60</sup> BT-Drs. 19/7453 (Bündnis 90/Die Grünen); BT-Drs. 19/7704 (Die Linke).

<sup>61</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 7 f. Allein die AfD-Fraktion stimmte gegen den Änderungsantrag.

<sup>62</sup> Erwägungsgrund 10 Gs-RL.

<sup>63</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung v. 28.11.2013, KOM (2013) 813 endg., S. 7 (oben).

durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und c) bei der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht“. Mit dieser Vorschrift wird die in Art. 2 Nr. 1 Gs-RL vorgesehene Definition der Geschäftsgeheimnisse umgesetzt, die ihrerseits aus Art. 39 Abs. 2 des 1995 in Kraft getretenen TRIPS-Abkommens<sup>64</sup> übernommen wurde. Im Gegensatz zum Geschäftsgeheimnisgesetz fehlt in den Definitionen der Geheimnisschutzrichtlinie und des TRIPS-Abkommens jedoch das Merkmal eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses. Mehrere Sachverständige hatten in der Anhörung im Rechtsausschuss angeregt, die Definition der Geschäftsgeheimnisse in dem Regierungsentwurf analog zur bisherigen Rechtsprechung, um das Merkmal eines berechtigten Interesses zu erweitern.<sup>65</sup>

## a) Formell-materieller Geheimnisbegriff

Die Legaldefinition konstituiert einen formell-materiellen Geheimnisbegriff. Formell ist er, weil er voraussetzt, dass das jeweilige Geheimnis tatsächlich, durch „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“, geschützt wurde. Der bloße Geheimhaltungswille, ist nun nicht mehr – wie bei § 17 UWG – hinreichend, um den rechtlichen Schutz des Geheimnisses zu begründen, sondern dieser Wille muss sich objektiv in einer angemessenen Sekretierung manifestieren. Einerseits ist es von Vorteil, den Geheimhaltungsschutz nicht länger von einem subjektiven Merkmal abhängig zu machen, denn ob tatsächlich Geheimhaltungsmaßnahmen ergriffen wurden, ist dem Beweis in der Regel leichter zugänglich als das Vorliegen eines subjektiven Merkmals.<sup>66</sup> Andererseits kann es schwierig zu bestimmen sein, in welchen Fällen die Geheimhaltungsmaßnahmen angemessen sind.<sup>67</sup> Materiell ist der

<sup>64</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, BGBl. II 1994, S. 1438 (1740). Die WTO-Mitgliedstaaten verpflichteten sich gemäß Art. 39 Abs. 1 TRIPS, nicht offenbarte Informationen im Sinne des Abs. 2 wirksam gegen einen unlauteren Wettbewerb zu schützen. Dementsprechend wurde teilweise schon bei der Auslegung von § 17 UWG an die Legaldefinition aus Art. 39 Abs. 2 TRIPS angeknüpft, *Ohly* (Fn. 11), § 17 Rn. 6, 8 ff.

<sup>65</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, Stellungnahmen Böning, S. 84, Hiéramente, S. 15, 25 f.; Pfab, S. 18; Semsrott, S. 18, 115 f., Partsch, S. 17, 108, 113. Dafür hatten sich schon *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (556); *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Müllmann*, ZRP 2019, 25 (26), ausgesprochen. Siehe auch *Goldhammer*, NVwZ 2017, 1809 (1810 ff.), aus der Perspektive des Informationsfreiheitsrechts zum Geheimnisbegriff der Geheimnisschutzrichtlinie.

<sup>66</sup> Wobei an dessen Vorliegen keine hohen Anforderungen gestellt wurden, *Rengier* (Fn. 6), § 17 Rn. 18 f.

<sup>67</sup> Das Merkmal der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ wird hier nicht genauer untersucht. Siehe dazu: BT-Drs. 19/4724, S. 24 f. Zudem kann auf die Auslegung zum fast wortlautgleichen Art. 39 Abs. 2 lit. c TRIPS rekurriert werden. *Maaßen*, GRUR 2019, 352; *Kalbfus*, GRUR-Prax 2017, 391 (zur Geheimnisschutzrichtlinie), haben dem Merkmal einen ganzen Beitrag gewidmet. Eingehend dazu auch

Geheimnisbegriff, da er von einem objektiv zu bestimmenden Geheimhaltungsbedürfnis, dem wirtschaftlichen Wert der Informationen und von einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse abhängt.

## b) Kein Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse

„Illegale“ Geschäftsgeheimnisse werden – nach zutreffender Ansicht – nicht durch den Geheimnisbegriff des § 2 Nr. 1 GeschGehG geschützt.<sup>68</sup> Entweder sind solche Informationen schon nicht von „wirtschaftlichem Wert“, was § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG voraussetzt,<sup>69</sup> oder es besteht kein „berechtigtes Interesse“ an ihrer Geheimhaltung, was § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG verlangt.<sup>70</sup>

Die Auffassung, dass „illegalen“ Geschäftsgeheimnissen kein wirtschaftlicher Wert inhärent sei, wurde zu den Vorschriften der Geheimnisschutzrichtlinie entwickelt. Nach Erwägungsgrund 14 der Richtlinie müssen die jeweiligen „Informationen einen – realen oder potenziellen – Handelswert verkörpern“, wovon bei rechtswidrigen Vorgängen wie Kartellrechtsverstößen nicht ausgegangen werden könne.<sup>71</sup> Andererseits kann die Offenlegung „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse die Reputation eines Unternehmens beeinträchtigen und eventuell zu staatlichen Sanktionen führen oder das Unternehmen privatrechtlichen Ansprüchen aussetzen. Erfahren etwa Finanzbehörden durch den Ankauf sog. Steuer-CDs, dass ein Unternehmen Steuern hinterzogen hat, wird es Nachzahlungen ausgesetzt sein. Deshalb erscheint es ebenso vertretbar, dass auch „illegale“ Geschäftsgeheimnisse von wirtschaftlichem Wert sein können.<sup>72</sup>

*Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1775); *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (584); *Ohly*, GRUR 2019, 441 (443 f.); *Scherp/Rauhe*, CB 2019, 50; *Thiel*, WRP 2019, 700 (700, 702 ff.); *Voigt/Herrmann/Grabenschröer*, BB 2019, 142 (144 ff.); *Rosenthal/Hamann*, NJ 2019, 321 (323 f.).

<sup>68</sup> A.A. *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (967); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1776); *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148 (154); *Reinfeld* (Fn. 1), § 1 Rn. 87, 165.

<sup>69</sup> *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1039); *Buchert/Buchert*, ZWH 2018, 309 (313); *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1011); *Schmitt*, RdA 2017, 365 (369).

<sup>70</sup> *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (555); *Hauck*, GRUR-Prax 2019, 223 (224).

<sup>71</sup> Es wäre „offensichtlich wertungswidersprüchlich, wenn die Rechtsordnung derartige Informationen über ein missbilligtes Verhalten schützen und es beispielsweise zulassen würde, dass die sich bei dem Bekanntwerden realisierenden Nachteile nunmehr als Schaden ersetzt verlangt werden könnten“, *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1039). Zudem könnten „illegale“ Geschäftsgeheimnisse sogar, in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung zu sog. schwarzen Kassen (BGH NStZ 2009, 151), als wirtschaftlicher Schaden bewertet werden, *Buchert/Buchert*, ZWH 2018, 309 (313).

<sup>72</sup> *Reinfeld* (Fn. 1), § 1 Rn. 147; so auch *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (119); ders., KriPoZ 2019, 148 (151); *Rody* (Fn. 11), S. 126 f. zur Geheimnisschutzrichtlinie sowie *Passarge*, CB 2018, 144 (145); *Böning/Heidfeld*, AuR 2018,

Sofern ihnen ein wirtschaftlicher Wert zukommt, besteht jedoch kein berechtigtes Interesse an ihrer Geheimhaltung i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG.<sup>73</sup> Die Argumente, die schon i.R.d. § 17 UWG gegen den Schutz „illegaler“ Geheimnisse sprachen (s.o. II. 2.), gelten hier erst recht, da das Merkmal des berechtigten Interesses nun gesetzlich festgeschrieben ist.<sup>74</sup>

Gegen diese Auffassung wird eingewendet, die Regelung in § 5 Nr. 2 Var. 1 GeschGehG wäre überflüssig, wenn „illegale“ Geschäftsgeheimnisse schon nicht von der Legaldefinition des § 2 Nr. 1 GeschGehG erfasst wären.<sup>75</sup> Nach § 5 GeschGehG ist eine Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses nicht verboten, wenn ein berechtigtes Interesse an ihr besteht, wovon nach Nr. 2 Var. 1 insbesondere auszugehen ist, wenn sie zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung erfolgt. Überflüssig ist die Vorschrift dadurch nicht, denn sie bezieht sich auf rechtswidrige Handlungen und damit nicht notwendig auf rechtswidrige Geschäftsgeheimnisse. So kann die Offenlegung eines „legalen“ Geschäftsgeheimnisses nach § 5 Nr. 2 GeschGehG ausnahmsweise erlaubt sein, wenn durch sie eine rechtswidrige Handlung aufgedeckt wird.<sup>76</sup> Wer etwa gegenüber den zuständigen Behörden anzeigt, dass ein Automobilhersteller rechtswidrige Abgasabschalteinrichtungen in seine Motoren einbaut, ist wahrscheinlich, um diesen Vorgang zu beweisen, zugleich gezwungen, auch „legale“ Geschäftsgeheimnisse wie rechtmäßige Konstruktionen des Motors aufzudecken.

#### c) Vereinbarkeit mit der Geheimnisschutzrichtlinie

Teilweise wird bezweifelt, dass das Merkmal des „berechtigten Interesses“ in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG mit der Geheimnisschutzrichtlinie vereinbar sei, da ihr Geheimnisbegriff ein derartiges Interesse nicht voraussetzt.<sup>77</sup> Die Mit-

555 (556), zum Regierungsentwurf. Letztere meinen, der in dem Regierungsentwurf vorgesehene Geheimnisbegriff hätte auch Informationen über rechtswidrige Handlungen erfasst.

<sup>73</sup> Vgl. *Apel/Walling*, DB 2019, 891 (894); *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (555); *Hauck*, GRUR-Prax 2019, 223 (224). A.A. *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (967).

<sup>74</sup> Zudem wird vermutet, dass die Gesetzgebung „illegale“ Geschäftsgeheimnisse durch die Einfügung des Merkmals vom rechtlichen Schutz ausnehmen wollte, *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444). Er weist jedoch darauf hin, dass die Begründung zur Beschlussempfehlung des GeschGehG zu dieser Frage kaum Aufschluss bietet, da einerseits nur auf Erwägungsgrund 14 der Geheimnisschutzrichtlinie verwiesen wird, nach dem der Begriff des Geschäftsgeheimnisses sich nur auf solche Informationen erstrecken soll, bei denen ein „legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht“, und andererseits der „Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes Rechnung getragen werden“ solle, BT-Drs. 19/8300, S. 13 f.

<sup>75</sup> *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1776); vgl. auch *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444 f.).

<sup>76</sup> Siehe bereits *Schmidt*, RdA 2017, 365 (369).

<sup>77</sup> *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444). Skeptisch gegenüber dem Merkmal auch *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (583 f.), da seine Bedeutung in der Rspr. bisher gering gewesen sei

gliedstaaten dürften den Geheimnisbegriff der Richtlinie nicht durch zusätzliche Merkmale einengen, da diese Mindeststandards setze und eine Harmonisierung des Geschäftsgeheimnisbegriffs in der EU anstrebe.<sup>78</sup> Zwar solle nach Erwägungsgrund 14 der Richtlinie die Definition eines Geschäftsgeheimnisses so beschaffen sein, dass der rechtliche Schutz eines Geheimnisses unter anderem von einem legitimen Interesse an der Geheimhaltung der Informationen abhängt, darin komme jedoch nur eine allgemeine Zielsetzung zum Ausdruck.<sup>79</sup> Diese Zielsetzung werde bereits dadurch erreicht, dass nach Art. 2 Nr. 1 Gs-RL nur kommerziell wertvolle Informationen geschützt werden und dieser Schutz zudem durch die Ausnahmen in Art. 5 Gs-RL wegen öffentlicher Interessen durchbrochen wird.<sup>80</sup> Das Merkmal des berechtigten Interesses in der Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse sei daher „entweder überflüssig oder richtlinienwidrig“.<sup>81</sup> Es müsse richtlinienkonform so ausgelegt werden, dass ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung unwiderleglich vermutet werde, „wenn die Voraussetzungen des § 2 Nr. 1 Buchst. a und b GeschGehG erfüllt“ seien.<sup>82</sup>

Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, denn durch sie wird der Spielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien zusteht, zu stark eingeeengt. Die Umsetzung einer Richtlinie ist nicht gleichbedeutend mit ihrer bloßen Übersetzung. Die Einfügung des Merkmals eines berechtigten Interesses in die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse stellt eine vertretbare Umsetzung der Richtlinie dar, zumal in ihr der rechtliche Schutz von dem Bestehen eines legitimen Interesses abhängig gemacht wird.<sup>83</sup> Daher wird die

und es dem Ziel einer Harmonisierung des Geschäftsgeheimnisbegriffs in der EU „kaum gerecht“ werde.

<sup>78</sup> *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444), mit Verweis auf Erwägungsgrund 14 Gs-RL. Siehe auch Art. 1 Abs. 1 Gs-RL aus dem sich ergibt, dass der durch die Richtlinie vorgegebene Schutz der Geschäftsgeheimnisse nicht unterschritten werden darf.

<sup>79</sup> *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444).

<sup>80</sup> *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444).

<sup>81</sup> *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444), wenn sich der EuGH der Ansicht anschließen sollte, „dass Informationen über Straftaten, die im eigenen Betrieb begangen wurden, schon der wirtschaftliche Wert fehlt, [sei] [...] die deutsche Regelung eine zulässige, wenn auch letztlich überflüssige Klarstellung.“ Zum Einwand der Überflüssigkeit siehe bereits oben III. 1. b). An der „Richtlinienkonformität“ zweifelt auch *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148 (152).

<sup>82</sup> *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444).

<sup>83</sup> So bereits *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (556). Letztere meinen gerade wegen Erwägungsgrund 14 sei es erforderlich gewesen, ein Merkmal des „berechtigten Interesses“ in die Legaldefinition aufzunehmen. Zudem würde ein solches Merkmal mit Art. 6 RL 2002/14/EG übereinstimmen; danach soll es u.a. Arbeitnehmersvertretern „nicht gestattet“ sein, „ihnen im berechtigten Interesse der Unternehmen oder Betriebe ausdrücklich als vertraulich mitgeteilte Informationen an Arbeitnehmer oder Dritte weiterzugeben.“

durch Art. 1 Abs. 1 Gs-RL angestrebte Mindestharmonisierung durch das Merkmal des berechtigten Interesses nicht unterschritten. Der Richtliniengeber hat keine Harmonisierung eines rechtlichen Schutzes „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse angestrebt, denn an keiner Stelle der Richtlinie kommt zum Ausdruck, dass solche Geheimnisse geschützt werden sollten. Es ist deshalb nicht zu erwarten, dass der EuGH im Wege eines etwaigen Vorabentscheidungsverfahrens die deutsche Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses als unionsrechtswidrig bewerten wird.

## 2. Erlaubte Handlungen und Handlungsverbote

Wie in der Richtlinie ist im Geschäftsgeheimnisgesetz geregelt, in welchen Fällen das Erlangen, Nutzen und Offenlegen von Geschäftsgeheimnissen zivilrechtlich erlaubt (§ 3 Erlaubte Handlungen) und in welchen es verboten ist (§ 4 Handlungsverbote).<sup>84</sup>

Erlaubt ist gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG die „eigenständige Entdeckung oder Schöpfung“ und nach Nr. 2 grundsätzlich auch das sog. reverse engineering, das in Deutschland bisher überwiegend als verboten, weil gegen § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG verstoßend, angesehen wurde.<sup>85</sup> Zudem darf ein Geschäftsgeheimnis nach § 3 Abs. 2 GeschGehG „erlangt, genutzt oder offengelegt werden, wenn dies durch Gesetz, aufgrund eines Gesetzes oder rechtsgeschäftlich gestattet ist“.<sup>86</sup> Dazu zählen gem. Art. 21 Abs. 7 Whistleblowing-Richtlinie auch Meldungen oder Offenlegungen, die durch diese Richtlinie geschützt werden.<sup>87</sup>

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG ist es verboten, ein Geschäftsgeheimnis durch unbefugten Zugang, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, Gegenständen etc. zu erlangen. Gemäß Nr. 2 darf das Geschäftsgeheimnis auch nicht durch ein sonstiges Verhalten erlangt werden, „das unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheit entspricht“.<sup>88</sup> Was unter dem Merkmal „unbefugt“ bei § 4 Abs. 1 Nr. 1 Gesch-

GehG-E zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Entwurf nicht genau.<sup>89</sup> Befugt soll handeln, wer „im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses Zugriff auf das Geschäftsgeheimnis hat“.<sup>90</sup> Unbefugt handelt daher etwa, wer durch das Erlangen des Geheimnisses gegen arbeitsrechtliche Pflichten verstößt.<sup>91</sup> Dasselbe gelte für ehemalige Arbeitnehmer, deren Zugriffsrechte erloschen sind, oder für Besucher von Unternehmen, die gegen ein Fotografieverbot verstoßen.<sup>92</sup> Bei § 17 UWG, der das Merkmal „unbefugt“ auch enthielt, war umstritten, ob es sich in einem bloßen Verweis auf Rechtfertigungsgründe erschöpft (so die h.M.) oder ob ihm eine tatbestandliche Funktion zukommt.<sup>93</sup> Im Geschäftsgeheimnisgesetz wird das Merkmal als ein tatbestandliches verwendet, da es ein Verhalten erst als tatbestandsmäßig konstituiert. Das Erlangen eines Geschäftsgeheimnisses ist nicht schon per se verboten, sondern nur, wenn es „unbefugt“ erfolgt. Andernfalls wäre es unverständlich, weshalb das Merkmal nicht auch bei den verbotenen Handlungen des Nutzens und Offenlegens verwendet wurde, die in § 4 Abs. 2 GeschGehG geregelt sind.

Die Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 GeschGehG untersagt, wenn die Person es in verbotener Weise erlangt hat (s.o.), oder nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 verboten, wenn sie hierdurch gegen eine Nutzungsbeschränkung oder eine Verpflichtung verstößt, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen. Dabei ist insbesondere an die aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitete arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht zu denken.<sup>94</sup>

## 3. Die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG

Eine eigentlich nach § 4 GeschGehG verbotene Handlung ist ausnahmsweise nicht untersagt, wenn ein Ausnahmetatbestand<sup>95</sup> des § 5 GeschGehG erfüllt ist, d.h. wenn die Hand-

<sup>84</sup> Die Regelungen entsprechen, von marginalen Abweichungen abgesehen, den Vorgaben der Geheimnisschutzrichtlinie.

<sup>85</sup> *Leister*, GRUR-Prax 2019, 175 (175).

<sup>86</sup> Der Vorrang einer gesetzlichen Erlaubnisnorm ergibt sich jedoch bereits aus dem ultima ratio-Prinzip und ist daher jedenfalls aus strafrechtlicher Perspektive überflüssig. Vgl. bereits *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448): „Letzteres ist klar und hätte keiner Regelung bedurft: Wer ein Geheimnis aufgrund einer vertraglichen Erlaubnis erlangt, nutzt oder offenbart, handelt selbstverständlich nicht ‚unbefugt‘.“

<sup>87</sup> Somit kann schon keiner der in § 23 GeschGehG geregelten Straftatbestände erfüllt sein, wenn die Meldung oder Offenlegung durch die Whistleblowing-Richtlinie erlaubt ist (was grundsätzlich auch für andere geheimnisschützende Straftatbestände gilt).

<sup>88</sup> Auf letztgenanntes Handlungsverbot wird in der Strafvorschrift des § 23 GeschGehG nicht Bezug genommen, was verfassungsrechtlich wegen des Bestimmtheitsgebotes unzulässig wäre, siehe bereits *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1778) m.w.N.

<sup>89</sup> Vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 26 f.

<sup>90</sup> Vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 27.

<sup>91</sup> Vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 27; *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446).

<sup>92</sup> *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446).

<sup>93</sup> Die h.M. vertrat etwa *Brammsen* (Fn. 11 – MüKo Lauterkeitsrecht), § 17 Rn. 55 m.w.N.; a. A. etwa *Ohly* (Fn. 11), § 17 Rn. 26 m.w.N.

<sup>94</sup> Die Frage, ob und inwieweit Arbeitnehmer auch zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, wenn sie nicht mehr bei einem Unternehmen beschäftigt sind, wird nicht beantwortet, worin *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446), einen „der Schwachpunkte der Richtlinie“ erkennt.

<sup>95</sup> So ausdrücklich BT-Drs. 19/8300, S. 14. Im Regierungsentwurf war § 5 GeschGehG-E noch mit „Rechtfertigungsgründe“ überschrieben. Es wurde jedoch befürchtet, „dass bereits die Erfüllung eines Verbotstatbestandes einen abschreckenden Effekt für die Arbeit von Journalisten haben könne, unabhängig davon wie weit ein dann eingreifender Rechtfertigungsgrund gefasst sei“. Siehe dazu Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, Stellungnahme Partsch, S. 108, 110; Böning, S. 63 (für ein Tatbestandsmodell); so bereits *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1037). Auch Art. 5 Gs-RL ist mit „Ausnahmen“ überschrieben und wurde

lung zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt.<sup>96</sup> Zivilrechtliche Ansprüche gemäß §§ 6 ff. GeschGehG auf Beseitigung, Unterlassung, Vernichtung, Herausgabe etc. und erst recht die in § 23 GeschGehG vorgesehenen Strafen sind dann ausgeschlossen.<sup>97</sup> Ein berechtigtes Interesse an der Erlangung, Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses besteht „insbesondere“, wenn eines der in § 5 Nr. 1–3 GeschGehG genannten Regelbeispiele einschlägig ist.<sup>98</sup>

a) Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit (§ 5 Nr. 1 GeschGehG)

Das erste Regelbeispiel, § 5 Nr. 1 GeschGehG, ist erfüllt, wenn die an sich verbotene Handlung zur Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit oder der Informationsfreiheit, „einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien“ erfolgt.<sup>99</sup>

Das bereits in der Geheimnisschutzrichtlinie und dem Regierungsentwurf<sup>100</sup> vorgesehene Regelbeispiel erstreckte sich nach seiner ursprünglichen Formulierung auf die „Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informati-

daher als Tatbestandsausnahme interpretiert, *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1335). Wegen dieser bewussten Änderung durch die Gesetzgebung ist die Vorschrift als Ausnahmetatbestand einzuordnen und kann nicht von der Rspr. als Rechtfertigungsgrund interpretiert werden, so aber Stellungnahme Harte-Bravendamm, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, S. 71.

<sup>96</sup> Das Merkmal des berechtigten Interesses wird also mit entgegengesetzten Zielrichtungen verwendet. Bei § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG muss ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung bestehen. Für einen zivilrechtlichen Anspruch bzw. eine Strafbarkeit muss jedoch gem. § 5 Nr. 2 GeschGehG auch das Nichtvorliegen eines berechtigten Interesses an der Offenlegung bewiesen werden (im Zivilprozess vom Geheimnissinhaber, da es sich um ein negatives Tatbestandsmerkmal handelt, – zur Beweislast bei negativen Tatbestandsmerkmalen siehe BGH NJW-RR 2009, 1142 [1144 Rn. 19] –, im Strafprozess von der Justiz).

<sup>97</sup> Wegen § 5 GeschGehG dürften allgemeine Rechtfertigungsgründe (wie § 34 StGB oder evtl. § 193 StGB analog) kaum noch zur Anwendung kommen, denn die speziellen Ausnahmetatbestände erfassen bereits die meisten Konstellationen, in denen eine Rechtfertigung in Betracht kommen würde.

<sup>98</sup> Im Folgenden wird nur auf die für das Whistleblowing insbesondere relevanten Nr. 1 und Nr. 2 eingegangen. Die in Nr. 3 vorgesehene Möglichkeit, Arbeitnehmervertretern unter bestimmten Voraussetzungen Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren (dazu *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 [587]; *Reinfeld* [Fn. 1], § 3 Rn. 47 ff.), hat wegen bereits bestehender Vorschriften im deutschen Arbeitsrecht wohl kaum eine eigenständige Bedeutung, *Schmitt*, RdA 2017, 365 (370).

<sup>99</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 28: „Die Vorschrift soll insbesondere den Schutz von journalistischen Quellen gewährleisten und so eine Beeinträchtigung des investigativen Journalismus verhindern.“

<sup>100</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 10, 28 f.

onsfreiheit nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [...].“ Es wäre daher ausschließlich in Fällen anwendbar, in denen es um die Durchführung von Unionsrecht geht, denn gemäß Art. 51 Abs. 1 Hs. 2 GrC sind die Grundrechte der Charta nur dann anwendbar.<sup>101</sup> Bevor das Geschäftsgeheimnisgesetz vom Bundestag beschlossen wurde, strich man jedoch die Formulierung „[...] nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [...]“. In der Begründung wurde allerdings hervorgehoben, dass damit keine „inhaltliche Änderung“ verbunden sein solle.<sup>102</sup> Man könnte deshalb meinen, die Vorschrift verweise nach wie vor allein auf die Grundrechte der Charta und nicht auch auf die des Grundgesetzes. Allerdings ist den Gesetzgebungsmaterialien kein weiteres Indiz dafür zu entnehmen, dass das Regelbeispiel allein in unionsrechtlichen Fallgestaltungen zur Anwendung kommen soll. Zumal dafür auch kein guter Grund spricht, ist davon auszugehen, dass das Regelbeispiel auch auf Art. 5 GG verweist und damit auch in rein nationalrechtlich geprägten Fällen zur Anwendung kommt.<sup>103</sup> Außerdem sind auch die Menschenrechte aus Art. 10 EMRK zu berücksichtigen, insbesondere in Fällen, in denen Art. 11 GrC anwendbar ist, denn die Grundrechte der Charta haben gemäß Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrC die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie die in der EMRK geschützten Freiheiten.<sup>104</sup>

Bei der Grundrechtsprüfung, in die das Regelbeispiel führt, wird sich die Praxis maßgeblich an der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu den einschlägigen Grund- bzw. Menschenrechten orientieren. Der BGH hat in seiner Entscheidung im Fall Pättsch aus dem Jahr 1965, in dem es um die Verletzung von Staats- und Amtsgeheimnissen ging, einen Rechtfertigungsgrund aus der Meinungsäußerungsfreiheit entwickelt.<sup>105</sup> Jede Person, auch Beamte und Angestellte

<sup>101</sup> Der EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 19, legt diesen Passus weit aus: Die Grundrechte der Charta würden die Mitgliedstaaten „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ binden.

<sup>102</sup> BT-Drs. 19/83000, S. 14. Die Streichung diene lediglich „der besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit des Gesetzestextes“.

<sup>103</sup> Sollte diese Interpretation abgelehnt und in dem Regelbeispiel allein ein Verweis auf Art. 11 GrC gesehen werden (so wohl *Reinfeld* [Fn. 1], § 3 Rn. 33), kann jedoch ein unbekannter Fall eines berechtigten Interesses vorliegen, wenn die jeweilige Handlung zur Ausübung der in Art. 5 GG niedergelegten Rechte erfolgt.

<sup>104</sup> Siehe auch BT-Drs. 19/4724, S. 28 f.

<sup>105</sup> BGHSt 20, 342. Werner Pättsch, ein Mitarbeiter des Bundesamtes für Verfassungsschutz, hatte Informationen über ein Telefonüberwachungsprogramm des Amtes an die Presse lanciert. Er wurde deshalb später als „Der Edward Snowden der Sechziger“ bezeichnet (so der Titel eines Artikels von *Johst*, Die Zeit v. 17.1.2013, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2013/46/abhoer-affaere-werner-paetsch-1963>). Die Anwendung der vom BGH entwickelten Grundsätze wurde vom BVerfG als verfassungsgemäß bewertet, BVerfGE 28, 191 (204). Der BGH hat sich dabei auf die in BVerfGE 7, 198 (208 f., Lüth-Urteil), entwickelte Wechsel-

des öffentlichen Dienstes, dürfe Missstände und Rechtsverstöße, mit dem Ziel ihrer Abstellung rügen. Bevor die Öffentlichkeit angerufen werde, müssten jedoch die „Wege über die zuständige Stelle und die Volksvertretung“ (Art. 17 GG) gegangen werden.<sup>106</sup> Bei Verstößen gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung dürfe die Öffentlichkeit hingegen sofort informiert werden.<sup>107</sup> Eine Übertragung dieses Modells auf den strafrechtlichen Schutz von privaten Geheimnissen ist möglich. Wenn sogar die strafbewehrte Verletzung der verfassungsrechtlich (Art. 33 Abs. 5 GG) und gesetzlich verankerten Verschwiegenheitspflicht (§ 67 BBG) von Beamten durch die Meinungsfreiheit gerechtfertigt sein kann, gilt dies erst recht für die „nur“ vertragliche aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitete Verschwiegenheitspflicht der Beschäftigten. Zudem steht der Anwendung der Meinungsfreiheit nicht entgegen, dass es beim Schutz privater Geheimnisse vor einer Offenlegung durch Beschäftigte gar nicht um die Abwehr eines staatlichen Eingriffs geht.<sup>108</sup> Denn seit Langem ist anerkannt, dass die Meinungsfreiheit, „als eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“, auch bei der Auslegung des sie beschränkenden Privatrechts zu berücksichtigen ist.<sup>109</sup>

Dementsprechend hat der EGMR seine Whistleblowing-Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK, die er in dem Fall Guja gegen Moldawien<sup>110</sup> entwickelt hat, in dem es um den Schutz

wirkungslehre berufen, nach der „allgemeine Gesetze“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG, die die Meinungsfreiheit einschränken, „ihrerseits wieder im Lichte des Grundgesetzes auszulegen“ seien, BGHSt 20, 342 (362). Die Rspr. des BGH wurde mit § 93 Abs. 2 StGB teilweise gesetzlich positiviert. Sie kann jedoch noch auf „legale“ Staatsgeheimnisse und auf andere geheimnisschützende Straftatbestände, insbesondere § 353b StGB, Anwendung finden.

<sup>106</sup> In diesem Fall ist das Rügerecht also ein abgestuftes Recht, weshalb die Rspr. als „Stufentheorie“ rezipiert wurde, so etwa BVerfGE 28, 191 (203).

<sup>107</sup> BGHSt 20, 342 (342 f.).

<sup>108</sup> Die AfD-Fraktion hatte aus diesem Grund eine Streichung des § 5 Nr. 1 GeschGehG vorgeschlagen, siehe BT-Drs. 19/8300, S. 10.

<sup>109</sup> BVerfGE 7, 198 (208, Lüth-Urteil); für das Arbeitsrecht siehe bereits BAG NJW 1955, 606 (607). Dies galt auch schon in der Weimarer Republik; nach Art. 118 Abs. 1 WRV hatte „[j]eder Deutsche [...] das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung [...] frei zu äußern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht.“

<sup>110</sup> EGMR, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04 (Guja/Moldawien). Der EGMR kam zu dem Ergebnis, dass die Entlassung des Leiters der Presseabteilung der Generalstaatsanwaltschaft Moldau einen unverhältnismäßigen Eingriff in dessen Meinungsfreiheit darstelle. Herr Guja hatte Briefe und Anweisungen von Politikern, bestimmte Ermittlungsverfahren einzustellen, an eine Zeitung weitergeben. Eine interne Rüge bei dem ihm vorgesetzten Generalstaatsanwalt unterließ Guja, da

staatlicher Geheimnisse ging, auf die spätere arbeitsrechtliche Entscheidung Heinisch gegen Deutschland übertragen.<sup>111</sup> In den Entscheidungen ging es jeweils um die Vereinbarkeit einer Entlassung aus dem öffentlichen Dienst bzw. einer außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses mit der Meinungsfreiheit. In einem dritten Fall wendete der EGMR die „Guja-Kriterien“ an, um die Vereinbarkeit einer Bestrafung mit Art. 10 EMRK zu prüfen.<sup>112</sup> Im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung untersucht der EGMR in diesen Entscheidungen zuerst, ob andere Mittel zur Verfügung standen, um dem Fehlverhalten abzuwehren.<sup>113</sup> Grundsätzlich müssten sich Hinweisgeber zunächst an ihre Vorgesetzten oder an andere zuständige Behörden oder Stellen wenden.<sup>114</sup> Nur wenn dies eindeutig unpraktikabel sei, dürften die Informationen als letztes Mittel gegenüber der Öffentlichkeit offenbart werden. Dann nimmt der Gerichtshof eine Abwägung vor, bei der folgende Aspekte zu berücksichtigen seien: 1. das öffentliche Interesse an den weitergegebenen Informationen, 2. ihre Authentizität, 3. die potentiellen Schäden der betroffenen Behörde bzw. des betroffenen Unternehmens, 4. das Motiv des Hinweisgebers (gehe es ihm allein um persönliche Vorteile, rechtfertige dies kein besonders starkes Maß an Schutz; wichtig sei zudem, dass die Person gutgläubig handle, d.h. von der Echtheit der Informationen, dem Vorliegen des öffentlichen Interesses und des Fehlens diskreterer Mittel der Abhilfe ausgehe), 5. die auferlegte Sanktion und ihre Folgen für den Hinweisgeber unter Berücksichtigung des Eingriffs und seines Ziels.<sup>115</sup>

Es ist denkbar, dass diese Grundsätze auch hierzulande, wie bereits von Luxemburger Gerichten, in einem Strafver-

jener den Einflussnahmen verschiedener Politiker auf Ermittlungsverfahren schon früher nicht widerstanden hatte.

<sup>111</sup> EGMR, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08 (Heinisch/Deutschland), Rn. 63 ff. = NJW 2011, 3501 (3503). Frau Heinisch hatte Missstände in einem Berliner Altenpflegeheim bei der Staatsanwaltschaft angezeigt, nachdem sie die Heimleitung mehrmals auf die Missstände hingewiesen hatte. Die außerordentliche Kündigung der Arbeitgeberin hielt das LAG Berlin für rechtmäßig, der EGMR sah in der Kündigung einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihre Meinungsfreiheit.

<sup>112</sup> EGMR, Urt. v. 8.1.2013 – 40238/02 (Bucur und Toma/Rumänien), Rn. 93 ff. Herr Bucur arbeitete für den rumänischen Inlandsgeheimdienst Serviciul român de informații (Rumänischer Informationsdienst) und deckte, nach erfolglosen internen Rügen, in einer Pressekonferenz auf, dass der Dienst seine Befugnisse zur Kommunikationsüberwachung regelmäßig missbrauche.

<sup>113</sup> EGMR, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04 (Guja/Moldawien), Rn. 73.

<sup>114</sup> Ebenda: „to the person’s superior competent authority or body.“ Es wird also kein Vorrang der internen Anzeige gegenüber der Behördenanzeige begründet, *Colneric*, SR 2018, 232 (234, 238 f.). A.A. etwa *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963 (964); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777); *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1334).

<sup>115</sup> EGMR, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04 (Guja/Moldawien), Rn. 74–79.

fahren angewendet werden, in dem es um den Schutz von Geheimnissen geht.<sup>116</sup> Dabei wäre jedoch darauf zu achten, dass die gesetzlichen Wertungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes nicht obstruiert werden. Im Gegensatz zu der EGMR-Rechtsprechung ist das Motiv des Hinweisgebers nach den Wertungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes unbeachtlich, denn ein entsprechendes Absichtsmerkmal wurde im Gesetzgebungsverfahren gestrichen.<sup>117</sup> Zudem wäre auch zu berücksichtigen, dass nach den Vorschriften der Whistleblowing-Richtlinie internes und externes Whistleblowing rechtlich gleich behandelt werden und allein die Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit an strengere Voraussetzungen geknüpft wird.<sup>118</sup>

Problematisch ist der Verweis auf die Grundrechte, da es in einigen Konstellationen kaum vorhersehbar ist, wie die grundrechtliche Prüfung durch die Gerichte ausgehen wird. Die Abwägungsentscheidungen des EGMR werden dementsprechend als „Mysterien“ kritisiert, da eine Bestimmung und Gewichtung der maßgeblichen Parameter der Abwägung, insbesondere des Begriffs des öffentlichen Interesses, im Vagen bleiben.<sup>119</sup> Diese Kritik führt zu der gerade im Verfassungsrecht kontrovers diskutierten Frage, ob sich Abwägungsvorgänge überhaupt rational begründen lassen.<sup>120</sup> Das hieraus entspringende Argument der Kontingenz von Abwägungsentscheidungen und ihrer damit einhergehenden Unvorhersehbarkeit wiegt im Strafrecht wegen des sich aus Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m. § 1 StGB ergebenden Bestimmtheitsgebots ungleich schwerer, weshalb Abwägungslösungen

<sup>116</sup> Im Zuge der LuxLeaks-Affäre wurde ein Whistleblower von wesentlichen Vorwürfen der Anklage wegen eines auf Grundlage der EGMR-Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsgrundes sui generis freigesprochen, Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urte. v. 15.3.2017 – 117/17 X. Das Revisionsgericht hob weitere Teile der Verurteilung auf, Kassationsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urte. v. 11.1.2018 – 3912. Mitarbeiter von PricewaterhouseCoopers hatten Dokumente bezüglich von Steuervereinbarungen, sog. tax rulings, zwischen dem luxemburgischen Fiskus und über 300 internationalen Unternehmen an einen Journalisten weitergegeben, der die fragwürdigen, wenn nicht unionsrechtswidrigen, Steuerminimierungspraktiken öffentlich machte.

<sup>117</sup> Das Merkmal war in § 5 Nr. 2 GeschGehG-E vorgesehen. Wegen seiner Streichung (dazu noch III. 3. b) aa.) wäre es mit dem Willen der Gesetzgebung nicht vereinbar, es nun über § 5 Nr. 1 GeschGehG vorauszusetzen. Gutgläubigkeit bzgl. der objektiven Voraussetzungen ist jedoch insoweit erforderlich als sich der Vorsatz auf den Ausnahmetatbestand des § 5 GeschGehG beziehen muss.

<sup>118</sup> Vgl. Art. 5, 7, 10 und 15 Wb-RL. Mit diesen Vorgaben ist die in Fn. 114 zitierte „A.A.“ nicht vereinbar.

<sup>119</sup> Fischer-Lescano, in: Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 435 (440).

<sup>120</sup> Diese Frage kann hier nur gestreift werden. Eine recht aktuelle Übersicht zum Diskussionsstand findet sich bei Camilo De Oliveira, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2013.

im Strafrecht, insbesondere auf Tatbestandsebene, soweit wie möglich vermieden werden sollten.<sup>121</sup> Daraus folgt für die Anwendung von § 5 GeschGehG, dass primär die bestimmteren § 5 Nr. 2 und Nr. 3 GeschGehG zu prüfen sind, bevor über § 5 Nr. 1 GeschGehG in die zwar beliebte aber diffuse Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles eingetreten wird.

Problematisch ist der Verweis auf die einschlägigen Grundrechte noch aus zwei anderen Gründen. Mittels des Grundrechtsverweises überlässt es die Gesetzgebung den Gerichten, die Kollisionen zwischen Geheimhaltungs- und Publizitätsinteressen aufzulösen, weshalb sich die Frage aufdrängt, ob sie sich dem Gebot<sup>122</sup> entzieht, grundrechtswesentliche Fragen gesetzlich zu regeln.<sup>123</sup> Außerdem ist fraglich, ob es des Verweises auf die Meinungsfreiheit überhaupt bedurft hätte, denn die geheimnisschützenden Gesetze sind nach der Wechselwirkungslehre des BVerfG ohnehin ihrerseits im Lichte der Verfassung auszulegen. Das Regelbeispiel ist wohl so zu interpretieren, dass der Meinungsfreiheit hier besonderes Gewicht zukommen soll und sie sich regelmäßig gegenüber eventuell entgegenstehenden Grundrechten durchsetzt.

#### *b) Rechtswidrige Handlungen und Fehlverhalten (§ 5 Nr. 2 GeschGehG)*

Das zweite Regelbeispiel, § 5 Nr. 2 GeschGehG, ist erfüllt, wenn eine rechtswidrige Handlung oder ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten aufgedeckt wird und die „Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“.

#### *aa) Zur Streichung des Absichtsmerkmals*

Zudem wurde in § 5 Nr. 2 GeschGehG-E zusätzlich noch vorausgesetzt, dass die Person in der Absicht handeln müsse, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Dadurch sollte verhindert werden, dass ein Geschäftsgeheimnis als Druckmittel verwendet oder aus Rache offenbart wird.<sup>124</sup> Die im Gesetzgebungsverfahren vorgebrachten Einwendungen gegen das Absichtsmerkmal haben jedoch, was zu begründen ist, zu seiner Streichung geführt.<sup>125</sup> Kritisiert wurde, dass es nicht auf eine „Gesinnungsprüfung“ ankommen dürfe, sondern entscheidend sei, ob durch die Offenlegung ein öffentliches Interesse geschützt werde.<sup>126</sup> Zudem wurde moniert, dass das Absichtsmerkmal auf einem Übersetzungsfehler

<sup>121</sup> Im Einzelnen dazu Brockhaus, Jahrbuch für Recht und Ethik 26 (2018), 429 (443 ff.). Kritisch zu Abwägungen beim Whistleblowing auch Abraham, ZRP 2012, 11.

<sup>122</sup> Siehe dazu BVerfGE 77, 170 (230 f.); 49, 89 (126).

<sup>123</sup> Vgl. Fischer-Lescano, AuR 2016, 4 (5).

<sup>124</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 29.

<sup>125</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 14.

<sup>126</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30 Stellungnahme Semsrott, S. 19, 116; BT-Drs. 19/7704, S. 2. Gegen eine „Gesinnungsprüfung“ bereits Buchert/Buchert, ZWH 2018, 309 (315); Hauck, WRP 2018, 1032 (1037).

beruhe.<sup>127</sup> In der englischen Fassung wurde der Begriff „purpose“ verwendet, für den „Zweck“ und nicht „Absicht“ die geeignetere Übersetzung darstelle, sonst wäre der Begriff „intention“ verwendet worden.<sup>128</sup> Des Weiteren geht aus Erwägungsgrund 20 Gs-RL nicht hervor, dass der Schutz von Hinweisgebern von einer bestimmten Motivlage abhängig sein soll. Schon aus diesen Gründen ist die Streichung des Absichtsmerkmals mit der Geheimnisschutzrichtlinie vereinbar.<sup>129</sup> Zudem harmonisiert die Streichung mit den EU-rechtlichen Vorschriften zum Schutz von Whistleblowern im Bereich der Finanzdienstleistungen, die in Reaktion auf die Finanzmarktkrise 2008 beschlossen und in Deutschland insbesondere mit § 4d Abs. 6 FinDAG, § 3b Abs. 5 BörsG und § 53 Abs. 5 GwG umgesetzt wurden und den Vorschriften der Whistleblowing-Richtlinie (s. Art. 7, 10, 15 Wb-RL), denn sie setzen weder ein Absichtsmerkmal noch eine bestimmte Motivlage voraus.

Durch die Streichung des Absichtsmerkmals ist die Prüfung des Vorstellungsbildes jedoch nicht gänzlich entfallen. Bei den Ausnahmetatbeständen handelt es sich um negative Tatbestandsmerkmale. Für eine Bestrafung muss daher nachgewiesen werden, dass sich der Tatbestandsvorsatz auf ihr Nichtvorliegen erstreckt hat.<sup>130</sup> Wenn ein Ausnahmetatbestand objektiv erfüllt ist, aber der Täter hiervon nichts wusste, kommt eine Bestrafung wegen eines untauglichen Versuchs in Betracht.<sup>131</sup> Geht er hingegen irrig davon aus, die Voraussetzungen des § 5 GeschGehG lägen vor,<sup>132</sup> unterliegt er einem Tatumstandsirrtum und handelt gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht vorsätzlich.

#### bb) Zum Merkmal des allgemeinen öffentlichen Interesses

Die jeweilige Handlung muss zudem geeignet sein, „das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Was Gerichte darunter im Einzelfall verstehen werden, kann angesichts der begrifflichen Unschärfe des Merkmals schwer vorhersehbar sein.<sup>133</sup> In einem Erwägungsgrund der Geheimnisschutzricht-

linie, der in der Beschlussempfehlung des Bundestages rezipiert wird, heißt es hierzu lediglich (was allerdings kaum für mehr Klarheit sorgt), die Offenlegung diene „insoweit dem öffentlichen Interesse [...], als ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird“.<sup>134</sup> Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ wurde auch nicht dadurch geschärft, dass man ihm das Attribut „allgemein“ vorgeschaltet hat. Vielmehr entsteht dadurch ein Pleonasmus, da die Begriffe „allgemeines Interesse“ und „öffentliches Interesse“ in der Rechtsordnung zumeist synonym verwendet werden.<sup>135</sup> Aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtsbestimmtheit, die es im Strafrecht wegen des Gesetzlichkeitsprinzips besonders zu berücksichtigen gilt, ist es bedenklich, „öffentliche Interessen“ als ein Tatbestandsmerkmal zu verwenden.<sup>136</sup> Besser wäre es gewesen, entweder auf diesen Begriff zu verzichten, ihn durch einen bestimmteren zu ersetzen oder ihn zumindest weiter zu präzisieren.<sup>137</sup>

#### cc) Zum Begriff des Fehlverhaltens

Der Tatbestand des § 5 Nr. 2 Var. 2 GeschGehG setzt ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten voraus. Nach der Gesetzesbegründung erfasst die erste Art von Fehlverhalten Verstöße „gegen berufsständische Normen“,<sup>138</sup> weshalb eine bloße „berufsständische Praxis“ nicht ausreichen soll.<sup>139</sup> Vorstellen kann man sich darunter etwa einen Verstoß gegen Regeln des Deutschen Corporate Governance Kodex. Ob ein sonstiges Fehlverhalten vorliege, sei „nach dem allgemeinen, objektivierbaren Rechtsverständnis“ zu bestimmen.<sup>140</sup> Der Begriff erfasse „Aktivitäten [...], die ein unethisches Verhalten darstellen, aber nicht notwendigerweise gegen Rechtsvorschriften verstoßen“.<sup>141</sup> Als sonstiges Fehlverhalten könnten etwa Auslandsaktivitäten eines Unternehmens gewertet wer-

sich u.a. *Dürig*, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“, 1949; *Klein*, Zum Begriff des öffentlichen Interesses, 1969; *Häberle*, „Öffentliches Interesse“ als juristisches Problem, 1. Aufl. 1970 und 2. Aufl. 2006; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999; *Viotto*, Das öffentliche Interesse, 2009. Es wird auch daran gezweifelt, dass dessen Bestimmung überhaupt gelingen kann: Sie möge eine ähnliche Anteilnahme erwecken wie das Erklimmen der Eigernordwand, habe aber nicht die gleichen Erfolgchancen, *Luhmann*, Der Staat, Bd. 1, 1962, Heft 3, 375. Er hält das öffentliche Interesse für gar kein Interesse, sondern für „ein Programm gewordenen Mißverständnis“, *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966, S. 89.

<sup>127</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30 Stellungnahme Semsrott, S. 18 f., 116, vgl. auch a.a.O., Stellungnahme Böning, S. 61 f.

<sup>128</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30 Stellungnahme Semsrott, S. 19. Andererseits deutet die französische Fassung der Richtlinie eher auf ein subjektives Merkmal hin, a.a.O., Hiéramente, S. 26.

<sup>129</sup> So auch *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448).

<sup>130</sup> Vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 31, § 12 Rn. 133. Siehe auch BT-Drs. 19/8300, S. 14, das Geschäftsgeheimnis dürfe „nur zur Abwehr von tatsächlichen oder gutgläubig angenommenen Verletzungen oder Gefährdungen öffentlicher Interessen offengelegt werden“; *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448).

<sup>131</sup> Der Versuch ist nach § 23 Abs. 5 GeschGehG strafbar.

<sup>132</sup> Genauer: Erstreckt sich sein Vorsatz nicht auf das Nichtvorliegen des § 5 GeschGehG.

<sup>133</sup> Eingehend zum Begriff des öffentlichen Interesses im Kontext des Whistleblowings *Brockhaus*, Jahrbuch für Recht und Ethik 26 (2018), S. 429 (447 ff.). Um eine grundlegende Analyse des Begriffs des öffentlichen Interesses bemühen

<sup>134</sup> Erwägungsgrund 20 Gs-RL. So auch BT-Drs. 19/8300, S. 14.

<sup>135</sup> *Viotto*, Das öffentliche Interesse, 2009, S. 22 f. m.w.N.

<sup>136</sup> Vgl. *Brockhaus*, Jahrbuch für Recht und Ethik 26 (2018), 429 (451).

<sup>137</sup> Vgl. etwa die Regelung im britischen Arbeitsrecht, Sect. 43B Public Interest Disclosure Act (PIDA).

<sup>138</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 29.

<sup>139</sup> *Bürkle*, CCZ 2018, 193 (Editorial).

<sup>140</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 14.

<sup>141</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 29.

den, die möglicherweise in den jeweiligen Ländern nicht rechtswidrig sind, aber in Deutschland als Fehlverhalten angesehen werden, „wie zum Beispiel Kinderarbeit oder gesundheits- oder umweltschädliche Produktionsbedingungen“.<sup>142</sup> Zudem wird die LuxLeaks-Affäre implizit als ein hypothetischer Anwendungsfall des Ausnahmetatbestandes eingeordnet, indem darauf verwiesen wird, dass „[a]uch die systematische und unredliche Umgehung von Steuertatbeständen [...] in der öffentlichen Diskussion häufig als unethisches Verhalten angesehen“ werde.<sup>143</sup> Während es in diesen Beispielen einleuchtet, dass die jeweiligen Geheimnisse rechtlich nicht geschützt werden sollten, kann die Bestimmung als sonstiges Fehlverhalten wegen der Vagheit des Begriffs in anderen Fällen schwierig werden. Zugespitzt hängt die Tatbestandsmäßigkeit von der Frage ab, ob eine bestimmte Geschäftspraktik vom Gericht als unethisch oder noch als sittlich vertretbar bewertet wird, wodurch sich auch hier die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot stellt.<sup>144</sup>

Abgesehen von diesen Bedenken ist es überraschend, dass die Gesetzgebung eine Regelung geschaffen hat, die einen Rekurs auf ethische und damit überpositive Maßstäbe zulässt. Denn aus der Perspektive des im jüngeren Rechtsdenken dominierenden Werterelativismus werden vergleichbare Vorschriften wie § 228 StGB oder § 138 BGB eher als gesetzliche Anachronismen betrachtet. Aus dieser Perspektive stellt sich die neue Vorschrift als metaphysischer Aktivismus dar, der erneut, d.h. in der gegenwärtigen Rechtsentwicklung, dazu anhält, über das Verhältnis von Recht und Moral nachzudenken.<sup>145</sup>

#### c) Unbenannte Fälle eines berechtigten Interesses

Wenn keines der Regelbeispiele des § 5 Nr. 1–3 GeschGehG einschlägig ist, kann noch ein unbenannter Fall eines berechtigten Interesses an der jeweiligen Handlung vorliegen. Auch hier wird es in vielen Fällen schwierig sein, vorherzusehen, ob die Gerichte im Einzelfall ein derartiges Interesse anerkennen werden.<sup>146</sup> Dementsprechend schmallippig fällt die

Gesetzesbegründung aus, wenn es heißt, dadurch werde „jedes von der Rechtsordnung gebilligte Interesse“ erfasst.<sup>147</sup> Das Merkmal solle zudem „im Einzelfall zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit“ eine „Abwägung mit den Interessen des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses“ ermöglichen, auch wenn eine solche Abwägung in der Geheimnisschutzrichtlinie nicht vorgesehen sei.<sup>148</sup> Das erscheint vor dem Hintergrund der bereits weiter oben hervorgehobenen Schwierigkeiten, die generell mit Abwägungen verbunden sind, problematisch.

#### d) Verhältnismäßigkeitsprüfung und Eskalations- oder Stufenmodell

Teilweise wird gefordert, dass i.R.d. § 5 GeschGehG nicht nur die dort genannten Merkmale, sondern auch die Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Handlung geprüft werden müsse.<sup>149</sup> Denn andernfalls wäre jede Offenlegung, die zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, ohne innerbetrieblichen Abhilfeversuch zulässig und könnte sogar stets unmittelbar gegenüber der Öffentlichkeit erfolgen. Das aber sei von der Gesetzgebung nicht gewollt und widerspreche der „ausdifferenzierten Rechtsprechung“ von BAG und EGMR.<sup>150</sup> Stattdessen sei mittels einer Verhältnismäßigkeitsprüfung an dem Stufenmodell der Rechtsprechung festzuhalten, nach welchem Informationen über Missstände grundsätzlich nicht unmittelbar an externe Stellen, geschweige denn die Öffentlichkeit, weitergegeben werden dürften, sondern zunächst innerbetrieblich gerügt werden müssten. Die vom BAG und dem EGMR aufgestellten Grundsätze würden gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 4 GeschGehG unverändert fortgelten.<sup>151</sup>

Für diese Auffassung spricht zunächst die bereits weiter oben zitierte Passage, nach der es der Begriff des berechtigten Interesses zulässt, eine Abwägung zur Wahrung der Ver-

---

leisten“, *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586); kritisch auch *Richter*, ArbRAktuell 2019, 375 (377).

<sup>142</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 28.

<sup>143</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 29. Wobei die Kommission (siehe die Pressemitteilung v. 21.10.2015) davon ausging, dass die offengelegten tax rulings (siehe bereits Fn. 116) gegen das Beihilferecht der EU verstießen. Danach wären sie, mangels berechtigten Geheimhaltungsinteresses, schon keine Geschäftsgeheimnisse i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG bzw. ein Fall des § 5 Nr. 2 Var. 1 GeschGehG.

<sup>144</sup> Für zu unbestimmt halten den Begriff etwa *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586 m.w.N.). Kritisch auch *Brammsen*, BB 2018, 2446 (2449); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777).

<sup>145</sup> Was i.R.d. Textes nicht weiter vertieft werden kann.

<sup>146</sup> Zu Recht wird daher an § 5 GeschGehG kritisiert, die Vorschrift erschöpfe sich „weitgehend in der Übernahme unbestimmter Rechtsbegriffe“ aus Art. 5 Gs-RL, „ohne eine wirkliche Umsetzung in nationales Recht oder auch nur eine Einordnung in das bereits bestehende nationale Gefüge zu

<sup>148</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 28. Es ist etwas überraschend, dass gerade das SPD-geführte BMJV hier auf richterrechtliche Abwägungen setzt, da es im Entwurf der SPD für ein „Hinweisgeberschutzgesetz“ aus dem Jahr 2012 zum status quo noch geheißen hatte (BT-Drs. 17/8567, S. 5): „Diese auf Richterrecht beruhende Abwägung im Einzelfall führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Eine unmissverständliche Wertung des Gesetzgebers hinsichtlich der Voraussetzungen der Berechtigung zur Abgabe von Hinweisen schafft Klarheit und Verständlichkeit für die Bürgerin und den Bürger.“

<sup>149</sup> *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586); *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448), bezüglich § 5 Nr. 2 GeschGehG; *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777) für „eine Abwägung der im Einzelfall widerstreitenden Interessen“.

<sup>150</sup> *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586).

<sup>151</sup> *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777). Zu dieser Vorschrift siehe noch weiter unten.

hältnismäßigkeit vorzunehmen.<sup>152</sup> In welchen Fällen es zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kommen soll, bleibt unklar. Das federführende BMJV scheint sich diesbezüglich selbst unsicher gewesen zu sein.<sup>153</sup> Zudem wird in Erwägungsgrund 21 der Geheimnisschutzrichtlinie auf den „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ Bezug genommen und betont, dass sichergestellt werden solle, „dass die zuständigen Gerichte über das Ermessen verfügen, die Interessen der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien und die Interessen Dritter [...] gegeneinander abzuwägen“.

Im Gegensatz dazu begrüßen andere Autoren die neue Regelung in § 5 GeschGehG, da mit ihr die von der Rechtsprechung angewendete Verhältnismäßigkeitsprüfung weggefallen und die Hinweisgeber dadurch von einem nur schwer kalkulierbaren Prognoserisiko befreit worden seien.<sup>154</sup> Für diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut des § 5 GeschGehG, denn er enthält weder Hinweise auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung noch auf ein abgestuftes Offenbarungsrecht.<sup>155</sup> Ob eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne Weiteres als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in die Regelung hineingelesen werden kann, ist deshalb fraglich. Zudem wäre § 5 GeschGehG überflüssig, wenn ohnehin das bislang von der Rechtsprechung über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung praktizierte Abwägungsmodell fortgelten würde.

Dem Verweis auf Erwägungsgrund 21 der Geheimnisschutzrichtlinie lässt sich entgegenhalten, dass eine Abwägung ausdrücklich in Art. 5 der Richtlinie hätte geregelt werden können, wenn sie dort für erforderlich gehalten worden wäre.<sup>156</sup> In anderen Artikeln der Richtlinie wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal ausdrücklich gefordert, weshalb wohl auch nur bei ihnen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen soll. Beispielsweise sind nach Art. 7 Abs. 1 lit. a die in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen „in einer Art und Weise anzuwenden, [...] die verhältnismäßig ist“.<sup>157</sup> Im Geschäftsgeheimnisgesetz wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ausdrücklich nur in § 9 und § 11 Abs. 1 vorausgesetzt. Eine „Abwägung aller Umstände“ verlangt allein § 19 Abs. 1 S. 2 GeschGehG.

Zudem besteht die Gefahr, dass durch Verhältnismäßigkeitsprüfungen die in § 5 GeschGehG vorgenommenen gesetzgeberischen Wertungen verwässert werden, und zwar noch dazu durch Entscheidungsvorgänge, deren Ausgang für die Betroffenen häufig kaum vorhersehbar ist. Außerdem

wird die Komplexität der Normstruktur durch Verhältnismäßigkeitsprüfungen aufgebläht, da unter die sichtbare Wortlautebene, die ohnehin schon mit mehreren unbestimmten Rechtsbegriffen operiert, eine kasuistisch determinierte und nur noch für Rechtsexperten verständliche Ebene gezogen wird. Zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sollte es daher, wenn überhaupt, nur in einer eng und klar umgrenzten Anzahl von Fällen kommen.

Allerdings ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zumindest bei § 5 Nr. 1 GeschGehG möglich, denn dort wird auf Grundrechte verwiesen, deren Reichweiten von den Gerichten mittels Verhältnismäßigkeitsprüfungen bestimmt werden.<sup>158</sup> Zudem soll eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der Gesetzgebung zufolge bei den unbenannten Fällen eines berechtigten Interesses möglich sein. Dies sollte jedoch auf Fälle beschränkt werden, in denen ein Geschäftsgeheimnis gegenüber der Öffentlichkeit offengelegt wird.<sup>159</sup> Denn diese Art der Preisgabe wird in der Rechtsprechung der Höchstgerichte, aber auch in der neuen Whistleblowing-Richtlinie, an strengere Voraussetzungen geknüpft als eine interne Rüge oder eine Weitergabe an externe Stellen. Das Primat der internen Rüge wurde in der zweiten Fassung der im Trilog-Verfahren abgestimmten Whistleblowing-Richtlinie, im Gegensatz zur ersten Fassung der Richtlinie, aufgegeben.<sup>160</sup> Auch in den oben bereits erwähnten Vorschriften der § 4d Abs. 6 FinDAG, § 3b Abs. 5 BörsG und § 53 Abs. 5 GwG, die auf europarechtlichen Vorgaben beruhen, wird kein innerbetrieblicher Abhilfeversuch vorausgesetzt, sondern Hinweisgebende können sich unmittelbar an externe Stellen wenden.

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist außerdem bei den § 5 Nr. 2 und Nr. 3 GeschGehG ausgeschlossen. Diese Regelbeispiele sind nämlich Ausdruck von Interessenabwägungen der Gesetzgebung, in welchen Fällen das öffentliche Interesse an der Information den entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen der Vorrang einzuräumen ist. Diese Wer-

<sup>152</sup> Dazu oben III. 3. a).

<sup>153</sup> Der Begriff der „Offenlegung“, der in § 5 GeschGehG verwendet wird, erfasst eine Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit, BT-Drs. 19/4724, S. 27.

<sup>154</sup> Siehe bereits *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963 (968). Zwar weisen *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777), auf Art. 7 Abs. 2 Wb-RL hin, in dem es heißt, dass sich die Mitgliedstaaten dafür einsetzen, „dass die Nutzung interner Kanäle der externen Meldung in den Fällen bevorzugt wird, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet“. Die Vorschriften über die externe Meldung von Verstößen sind aber in der Richtlinie nicht an strengere Vorgaben gebunden als die interne Meldung. Deshalb mögen Anreize für den Vorrang des internen Whistleblowings angestrebt werden; was die Sanktionierung von Whistleblowing angeht, ist das externe Whistleblowing jedoch nicht mehr von strengeren Voraussetzungen abhängig als das interne Whistleblowing. Nur an eine Offenlegung, d.h. eine Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit (Art. 5 Nr. 6 Wb-RL), werden strengere Anforderungen gestellt, siehe Art. 15 Wb-RL.

<sup>152</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 28. Zudem werden die in § 5 GeschGehG normierten Merkmale in der Beschlussempfehlung als „Abwägungselemente“ bezeichnet, BT-Drs. 19/8300, S. 15.

<sup>153</sup> *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135 (137).

<sup>154</sup> *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135 (137).

<sup>155</sup> So auch *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448). Es sei denn, es wird wie in BT-Drs. 19/4724, S. 28 davon ausgegangen, die Verhältnismäßigkeitsprüfung ergebe sich aus dem Merkmal des berechtigten Interesses.

<sup>156</sup> *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135 (137).

<sup>157</sup> Zudem setzen die Art. 9 Abs. 3, Art. 11 Abs. 2, 13 Abs. 1, Abs. 3 lit. b, 15 Abs. 3 und Art. 16 Gs-RL eine Verhältnismäßigkeitsprüfung voraus.

tungen dürfen nicht mittels mehr oder weniger kontingenten Abwägungsentscheidungen durch die Gerichte nivelliert werden.

Die Auffassung, die BAG-Rechtsprechung zum Whistleblowing sei bei der Auslegung des GeschGehG heranzuziehen, sodass deren Stufenmodell<sup>161</sup> anzuwenden sei, beruht auf einer Fehlinterpretation von § 1 GeschGehG. Die Vorschrift regelt den „Anwendungsbereich“ des Geschäftsgeheimnisgesetzes und nach ihrer Nr. 4 bleiben „die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen“ unberührt. Das Arbeitsrecht<sup>162</sup> soll demnach durch das Geschäftsgeheimnisgesetz nicht überlagert werden. Damit werden die arbeitsrechtlichen Wertungen jedoch nicht auf das Geschäftsgeheimnisgesetz übertragen. Die BAG-Rechtsprechung zum Whistleblowing wird daher nicht in das Geschäftsgeheimnisgesetz inkorporiert. Geht es etwa in einem Strafverfahren um eine Bestrafung aus § 23 GeschGehG, wird der Ausnahmetatbestand des § 5 GeschGehG nicht durch die Wertungen des BAG beschränkt oder verdrängt.

#### 4. Die Strafvorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes

Mit § 23 GeschGehG werden die bisher in §§ 17–19 UWG geregelten Straftatbestände gebündelt und ersetzt. Die neue Strafvorschrift verhält sich akzessorisch zu den zivilrechtlichen Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes, denn ob eine strafatbestandsmäßige Tathandlung in der Form des Erlangens, Nutzens oder Offenlegens eines Geschäftsgeheimnisses vorliegt, richtet sich nach den in § 4 GeschGehG geregelten Handlungsverboten, auf die § 23 GeschGehG verweist.<sup>163</sup>

Wer bei einem Unternehmen beschäftigt ist und ein Geschäftsgeheimnis während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses entgegen § 4 Abs. 2 Nr. 3 GeschGehG offenlegt, d.h. gegen eine Verpflichtung verstößt, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen, erfüllt den objektiven Tatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 3 GeschGehG. Durch diesen

Straftatbestand wurde § 17 Abs. 1 UWG ersetzt, der das Mitteilen von Geschäftsgeheimnissen durch Beschäftigte mit Strafe bedrohte.

Die anderen Straftatbestände des § 23 GeschGehG setzen kein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Täter und dem Inhaber des Unternehmens voraus. Gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG macht sich strafbar, wer ein Geschäftsgeheimnis durch unbefugten Zugang, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren erlangt. Zudem macht sich gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG strafbar, wer ein derart erlangtes Geschäftsgeheimnis nutzt oder offenlegt. Äquivalente Straftatbestände enthielten § 17 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 UWG, die das unbefugte Sich-Verschaffen oder Sich-Sichern eines Geschäftsgeheimnisses bzw. das sich anschließende unbefugte Verwerten oder Mitteilen mit Strafe bedrohten. Hat der Täter das Geschäftsgeheimnis durch die Handlung eines Dritten erlangt, die ihrerseits den Tatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 erfüllt, macht er sich nach § 23 Abs. 2 GeschGehG strafbar, wenn er das so erlangte Geschäftsgeheimnis nutzt oder offenlegt.

In subjektiver Hinsicht erfordern die Straftatbestände des § 23 GeschGehG zunächst einen Tatbestandsvorsatz, der sich nicht nur auf ein in § 4 GeschGehG geregeltes Handlungsverbot beziehen muss, sondern auch auf das Nichtvorliegen der in § 5 GeschGehG geregelten Tatbestandsausnahmen.<sup>164</sup> Als zusätzliches subjektives Merkmal setzen die Straftatbestände aus § 23 Abs. 1 und Abs. 2 GeschGehG voraus, dass der Täter „zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht“ handelt, „dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen“. Die subjektiven Anforderungen sind demnach nahezu identisch mit denen des aufgehobenen § 17 UWG.

Weiterhin ist die unbefugte Nutzung oder Offenlegung geheimer Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, die bisher in § 18 UWG mit Strafe bedroht wurde, nun nach § 23 Abs. 3 GeschGehG strafbar. In § 23 Abs. 4 GeschGehG sind Qualifikationen vorgesehen, die bisher in § 17 Abs. 4 UWG als besonders schwere Fälle geregelt waren.<sup>165</sup> Der Versuch der verschiedenen Straftatbestände ist gemäß § 23 Abs. 5 GeschGehG strafbar.

Durch Journalisten, genauer: die in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO genannten Personen, begangene Beihilfehandlungen sind nach § 23 Abs. 6 GeschGehG nicht rechtswidrig, „wenn sie sich auf die Entgegennahme, Auswertung oder Veröffentlichung des Geschäftsgeheimnisses beschränken“. Dieser Absatz war im Regierungsentwurf nicht vorgesehen und wurde noch kurzfristig in das Gesetz aufgenommen, um „den in der Sachverständigenanhörung im Hinblick auf mögliche Abschreckungseffekte auf Journalisten geäußerten Bedenken Rechnung“ zu tragen.<sup>166</sup> Der Absatz wurde aus dem fast identischen § 353b Abs. 3a StGB, der 2012 in Reaktion auf

<sup>161</sup> Das BAG prüft, ob die Offenlegung eine unverhältnismäßige Reaktion des Arbeitnehmers auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten darstellt, BAG NZA 2004, 427 (430). Dies könne gegeben sein, wenn sich der Arbeitnehmer ohne innerbetriebliche Rüge sogleich an Dritte wendet. Von einer internen Rüge könne absehen, wer sich durch die Nichtanzeige selbst „einer Strafverfolgung aussetzen würde“, wenn es um schwerwiegende Straftaten geht, wenn der Arbeitgeber selbst Straftaten begangen hat oder wenn berechtigterweise nicht zu erwarten sei, dass der Anzeige abgeholfen werde (a.a.O., so auch BAG, NJW 2007, 2204 [2205 f.]). In BAG NJOZ 2013, 1064 (1068 f.), hat das BAG erklärt, diese Grundsätze seien mit der Whistleblower-Rechtsprechung des EGMR vereinbar.

<sup>162</sup> Genauer: rechtsgeschäftliche Vereinbarungen in Arbeitsverträgen und spezialgesetzliche arbeitsrechtliche Regelungen im Bereich der Mitbestimmung, BT-Drs. 19/8300, S. 13.

<sup>163</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 40; *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1778). Zur Zivilrechtsakzessorietät der strafrechtlichen Verschwiegenheitspflicht siehe bereits II. 2. e).

<sup>164</sup> Siehe dazu im Einzelnen bereits III. 3. a) aa).

<sup>165</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 41.

<sup>166</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 15; Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, Stellungnahmen Partsch, S. 17, 24, 108; Semsrott, S. 22, 117.

die sog. Cicero-Affäre zur Privilegierung journalistischer Aktivitäten in den Straftatbestand aufgenommen wurde, übernommen.<sup>167</sup> Dadurch sollen „die Wertungen des Kernstrafrechts auf das Nebenstrafrecht übertragen und so die Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung sichergestellt“ werden.<sup>168</sup>

### 5. Zur Anwendbarkeit auf andere Straftatbestände

Neben § 23 GeschGehG gibt es einige andere Strafvorschriften, die Geschäftsgeheimnisse schützen. Sie sind Tatobjekte der Kernstrafrechtstatbestände §§ 203, 204 Abs. 1, 355 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Im Nebenstrafrecht werden sie durch § 85 GmbHG, § 333 HGB, § 404 AktG, § 151 GenG, § 120 BetrVG, § 35 SprAuG und § 69 SchwbG geschützt. In diesen Straftatbeständen werden Geschäftsgeheimnisse jedoch nicht definiert, weshalb sich die Frage stellt, ob bei ihrer Anwendung die neue Legaldefinition des § 1 Nr. 2 GeschGehG und die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG heranzuziehen sind.

Nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG bleibt „der berufs- und strafrechtliche Schutz von Geschäftsgeheimnissen, deren unbefugte Offenbarung von § 203 des Strafgesetzbuches erfasst wird“ unberührt.<sup>169</sup> Daher werden die Legaldefinition und die Ausnahmetatbestände des Geschäftsgeheimnisgesetzes bei der Auslegung des Geschäftsgeheimnisbegriffes des § 203 StGB nicht berücksichtigt. Der Geheimnisschutz ist bei § 203 StGB folglich nicht von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen abhängig und es werden nach wie vor auch „illegale“ Privatgeheimnisse geschützt.

Die anderen oben (unter 5.) genannten Straftatbestände – das ergibt sich im Umkehrschluss aus § 1 Abs. 3 Nr. 1 – bleiben von den Regelungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes nicht unberührt. Demzufolge sind bei den anderen Straftatbeständen die Legaldefinition und die Ausnahmetatbestände des Geschäftsgeheimnisgesetzes zu berücksichtigen. Dafür spricht auch der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung. Gegen eine Übertragung der Legaldefinition auf § 85 GmbHG und §§ 404, 93 Abs. 1 S. 3 AktG wird eingewendet, dass dort kein Geheimhaltungswille vorausgesetzt wird, während sich ein solcher bei der Legaldefinition im Geschäftsgeheimnisgesetz in angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen manifestieren muss, weshalb eine Ausdehnung auf das GmbHG „vom Gesetzgeber wohl nicht gewollt“ sei.<sup>170</sup> Dies überzeugt jedoch nicht, denn mit der Geheimnisschutzrichtlinie wird ein homogener Geschäftsgeheimnisbegriff in der EU angestrebt.<sup>171</sup> Dem lässt sich entgegenhalten, dass sich die Harmonisierungsbestrebungen nur auf das Zivilrecht und nicht auch auf das Strafrecht erstrecken. Dies trifft zwar im Ansatz zu, jedoch wird etwa im Aktiengesetz der Geschäftsgeheim-

nisbegriff nicht nur in der strafrechtlichen Vorschrift des § 404 AktG verwendet, sondern auch in anderen, zivilrechtlichen Vorschriften des Gesetzes (§§ 93, 393 und 394 AktG). Jedenfalls im Rahmen dieser zivilrechtlichen Vorschriften sind die einschlägigen Bestimmungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes zu berücksichtigen. Es wäre dann kaum vertretbar, allein in § 404 AktG eine andere Definition der Geschäftsgeheimnisse anzulegen.

### IV. Fazit

Die im Gesetzgebungsverfahren vorgenommenen Änderungen, auf die sich fast alle Bundestagsfraktionen verständigt haben, sind durchweg zu begrüßen. Durch die umfassende Ausnahme journalistischer Tätigkeiten aus dem Bereich strafbaren Verhaltens werden befürchtete Einschränkungen der Berichterstattung vermieden. Mit dem in die Legaldefinition eingefügten Merkmal des berechtigten Interesses wird unterstrichen, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse nicht geschützt werden. Konsequenterweise und in der Sache richtig ist auch die Streichung des Absichtsmerkmals aus der Vorschrift zum Schutz von Hinweisgebern, denn ein bestimmtes Motiv wird auch in vergleichbaren Regelungen nicht vorausgesetzt und der Schutz einer Offenlegung sollte in erster Linie von dem Informationsinteresse an den aufgedeckten Informationen abhängen. Allerdings evoziert die Regelung der Ausnahmetatbestände mit ihren verschiedenen vagen Begrifflichkeiten eine Reihe von Auslegungsfragen, die es erheblich erschweren, den Ausgang von Gerichtsentscheidungen vorherzusehen: Was ist ein berechtigtes Interesse und was ein öffentliches Interesse? In welchen Fällen ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, in deren Rahmen Geheimhaltungs- und Informationsinteressen abgewogen werden können? Ist dabei zunächst ein interner Abhilferversuch erforderlich? Und unter welchen Voraussetzungen ist eine Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit erlaubt? Hier hätte die Gesetzgebung Farbe bekennen können und bei der Umsetzung der – insoweit auch unklaren – Geheimnisschutzrichtlinie ein eigenes differenziertes Konzept vorlegen können, um die seit einiger Zeit bekannten, mit dem Whistleblowing verbundenen Probleme einer interessengerechten Lösung zuzuführen. Vor dem Hintergrund der Whistleblowing-Richtlinie erscheint es jedenfalls nicht mehr vertretbar, die Ausnahmetatbestände des Geschäftsgeheimnisgesetzes so auszulegen, dass sie zunächst einen erfolglosen internen Abhilferversuch voraussetzen. Es besteht daher ein Wahlrecht, ob die jeweiligen Missstände zunächst innerbetrieblich gerügt oder unmittelbar gegenüber den zuständigen externen Stellen offengelegt werden. Eine unmittelbar gegenüber der Öffentlichkeit erfolgende Offenbarung kann hingegen in bestimmten Fällen von strengeren Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

<sup>167</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 15.

<sup>168</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 15.

<sup>169</sup> *Brammsen*, BB 2018, 2446 (2448), meint, die Regelung sei überflüssig, da andere „Geschäftsgeheimnisnormen“ ohnehin unberührt vom Geschäftsgeheimnisgesetz fortgelten würden.

<sup>170</sup> *Höfer*, GmbHR 2018, 1195 (1197).

<sup>171</sup> Siehe Erwägungsgrund 14 Gs-RL.