

Umsetzungsdefizite und Nachteile des Entwurfs eines Geschäftsgeheimnisgesetzes

(BT-DRs. 19/4724)

Von RA Dr. Christoph Partsch, LL.M. (Duke University)¹

Der Regierungsentwurf eines Geschäftsgeheimnisgesetzes (nachfolgend der „Entwurf“) soll insbesondere aus dem Blickwinkel der Medien daraufhin untersucht werden, ob er die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/943 umsetzt oder gar die rechtliche Lage der Medien und ihrer Vertreter verschlechtert.

Im **Ergebnis** stellt

erstens der Regierungsentwurf die Medien und ihre Vertreter durch eine Rechtfertigungslösung statt einer von der von Richtlinie vorgesehenen Bereichsausnahme deutlich schlechter und gefährdet insbesondere in der Praxis die Recherche und die Veröffentlichung. Der Regierungsentwurf wird einen chilling effect auf Journalisten haben.

Zweitens weicht der Regierungsentwurf bei der Definition des Geschäftsgeheimnisses ohne Not von der Richtlinie ab. Auch weicht der Regierungsentwurf von der in Rechtsprechung, Lehre und Praxis bewährten Definition eines Geschäftsgeheimnisses ab, wonach ein „berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung“ bestehen musste.

Durch die im Regierungsentwurf gewählte Definition kann jetzt ein m.E. uferloser Geschäftsgeheimnisbegriff Auskunftsansprüchen nach Art. 5 Abs. 1 GG, § 4 bzw. 5 LPresseG oder im Rahmen von Auskunftsansprüchen nach Informationsfreiheits- und Transparenzgesetzen diesen entgegengehalten werden.

1. **Rechtfertigung statt Bereichsausnahme:**

Der Regierungsentwurf gibt den Medien entgegen der Vorgabe in der Richtlinie keine Bereichsausnahme, sondern einen Rechtfertigungsgrund:

Die **Richtlinie** sieht in Art. 5 eine Ausnahmeregelung vor

- „a) zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit gemäß der Charta, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien., sowie
- b) zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit sofern der Antragsgegner in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen,
- c) Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber ihren Vertretern im Rahmen der rechtmäßigen Erfüllung der Aufgaben dieser Vertreter gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht, sofern die Offenlegung zur Erfüllung dieser Aufgaben erforderlich war;
- d) zum Schutz eines durch das Unionsrecht oder das nationale Recht anerkannten legitimen Interesses.“

¹ Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Berlin, Zeitungsverleger in Bayern und vertritt regelmäßig Presse und NGOs

Der **Referentenentwurf** sah stattdessen in § 4 „Rechtfertigungsgründe“ vor

„Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist gerechtfertigt, wenn diese zum Schutz eines berechtigten Interesses erforderlich ist, insbesondere

1. zur rechtmäßigen Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 202 vom 7.6.2016, S. 389), einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;
2. zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen Fehlverhaltens....
3. im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.

(Unterstreichung durch den Verfasser)

Der jetzige **Regierungsentwurf** sieht in § 5 Rechtfertigungsgründe nun vor

„Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist gerechtfertigt, wenn diese zum Schutz eines berechtigten Interesses erforderlich ist, insbesondere

1. zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 202 vom 7.6.2016, S. 389), einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;
2. zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen Fehlverhaltens....
3. im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.

§ 1 definiert den Anwendungsbereich in Absatz 3: „Es bleiben unberührt:2. die Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

§ 3 definiert unter „Erlaubte Handlungen“ eine Reihe von patentrechtlich relevanten Ausnahmetatbeständen.

Rechtliche Würdigung:

Fraglich, ist ob die Ersetzung einer Bereichsausnahme durch einen Rechtfertigungsgrund eine ausreichende Umsetzung der Richtlinie ist und gesetzgeberisch wünschenswert ist.

Bei der Umsetzung einer Richtlinie ist der nationale Gesetzgeber an Art. 288 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union gebunden. Art. 288 Satz 3 besagt: „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“ Der nationale Gesetzgeber hat also einen erheblichen Gestaltungsspielraum.

Entscheidend ist daher, ob eine Rechtfertigungslösung das gleiche Ziel wie eine Bereichsausnahme erfüllt. Dies ist nicht der Fall.

Das Strafrecht beruht auf dem sogenannten dreistufigen Deliktsaufbau. Zum einen muss die Tatbestandsmäßigkeit vorliegen, also der Täter muss genau die Handlung begangen haben, die ein Strafgesetz verletzt. Dies allein macht ihn jedoch noch nicht strafbar. Auf der zweiten und dritten Stufe der Prüfung müssen noch die Rechtswidrigkeit sowie die Schuld hinzukommen. Nur wenn der Täter auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, ist er auch strafbar zu machen. Im Zuge der Prüfung der Rechtswidrigkeit wird daher danach geschaut, ob der Täter sich auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann.

Der Journalist oder Vertreter der Medien, die ein Geschäftsgeheimnis von einem whistleblower oder durch Recherche erlangen – und sei es nur zur Recherche, also nicht zur Veröffentlichung, erfüllen zunächst den Tatbestand des § 23 Regierungsentwurf, Verletzung von Geschäftsgeheimnissen.

§ 23 enthält keine eigene Rechtfertigungsnorm, noch verweist § 23 auf die Rechtfertigungsnorm des § 5 Regierungsentwurf. Lediglich in der Begründung zu § 23 Abs. 1 meint der Regierungsentwurf, dass das subjektive Tatbestandsmerkmal „zu Gunsten eines Dritten“ bei Vorliegen der Rechtfertigungsgründe des § 5 ausgeschlossen sei.

Die Medien sind also nach Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestands damit belastet, das Vorliegen einer Rechtfertigungsnorm zu beweisen. Bereits nach allgemeinen Auslegungsnormen sind Ausnahmetatbestände eng auszulegen. Es kommt hinzu, dass der Gesetzgeber in den Gesetzesbegründung seine Aussage:

„Die Anwendbarkeit des Rechtfertigungsgrunds auf investigativ tätige Journalisten ist hierbei unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Offenbarung des Geschäftsgeheimnisses durch die Quelle“

konterkariert durch den Satz:

„Durch die Verweisung auf die Vorschriften der Charta der Grundrechte der Europäischen Union wird diese insgesamt und nicht nur dessen Artikel 11 in Bezug

genommen. Das bedeutet, dass neben dem Grundrecht auch die in der Charta geregelten Schrankenbestimmungen zur Anwendung kommen. Es reicht daher nicht aus, sich auf das Grundrecht lediglich zu berufen, sondern dessen Ausübung muss im Einzelfall in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Charta erfolgen.“

Dies setzt nicht nur voraus, dass der Journalist die Einzelheiten der Vorgaben der Charta jederzeit kennen muss, sondern dass er auch den Polizisten während der Recherche, danach den Staatsanwalt und den Richter davon überzeugen muss, dass seine Recherche in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Charta erfolgt ist, um nicht mit bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft zu werden. Gerade prozessual und in der Praxis führt die vorgeschlagene Lösung zu einer erheblichen Gefährdung und Einschränkung der Pressefreiheit.

Dabei hätte es nahe gelegen, die Bereichsausnahme für die Tätigkeit der Medien entsprechend aus der Richtlinie zu übernehmen, oder die Tätigkeit der Medien als negatives Tatbestandsmerkmal aufzunehmen, vgl. § 331 Abs. 3 StGB.

Die Rechtslage wird zusätzlich durch die unklaren Regel- und Ausnahmeverhältnisse und die Hinweise zum Anwendungsbereich verunklart.

Für die Medien bedeutet das Geschäftsgeheimnisgesetz in der Fassung des Regierungsentwurfs eine Schlechterstellung. Dies kann nicht hingenommen werden im Tausch für die eine mögliche, sinnvolle Besserstellung von Arbeitnehmern oder whistleblowern.

Eindringlich warne ich davor, sich auf anonyme Non-Papers aus Ministeriums- oder Behördenkreisen bei der Auslegung von Gesetzen zu verlassen. Solche Non-Papers wurden bereits bei der Verabschiedung des novellierten BArchG Abgeordneten übergeben.

Bei der nachherigen Gesetzesauslegung durch die Gerichte und die Behörde spielt beispielsweise das Non-Paper des BKA zum BArchG keine Rolle mehr. Die Gerichte (OVG NRW und VG Köln gehen vom Gegenteil dessen aus, was das Non-Paper zur der Auslegung von § 6 BArchG neu behauptete.)

2. Neudefinition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“:

Die Richtlinie hat in Art. 2 „Geschäftsgeheimnis“ wie folgt definiert

Art. 2 Satz 1 „Geschäftsgeheimnis“

Informationen, die alle nachstehenden Kriterien erfüllen:

- a) Sie sind in dem Sinne geheim, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Information umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind;
- b) sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind;
- c) sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Information besitzt;

Der Referententwurf des BMJV formuliert

§ 1 (1) Nr. 1 Geschäftsgeheimnis

eine Information, die

- a) weder insgesamt noch in Ihren Einzelheiten den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Information umgehen, bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und
- b) Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist;

Der Regierungsentwurf sagt nun

§ 1 (1) Nr. 1 Geschäftsgeheimnis

eine Information, die

- a) weder insgesamt noch in Ihren Einzelheiten den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Information umgehen, bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und
- b) Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist;

(Unterstreichung durch den Verfasser)

Die bisher gängige Definition in der deutschen Rechtsprechung zum Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis lässt sich mit vier Tatbestandsmerkmalen² charakterisieren:

- a) Unternehmensbezug
- b) Nichtoffenkundigkeit der Information
- c) Geheimhaltungswille des Inhabers bezüglich der Information
- d) berechtigtes Interesse des Interessens an der Geheimhaltung

Zwar gibt es zu §§ 17 ff UWG keine obergerichtliche Rechtsprechung, wohl aber eine Reihe von Urteilen des BVerwG zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen als Ausnahmen zu presserechtlichen Auskunftsansprüchen oder solchen nach IFG.

Wenn der Regierungsentwurf glaubt, bei Erhaltung des Normziels der Richtlinie von dem Richtlinienentwurf abweichen zu können, so erscheint unklar, warum der Regierungsentwurf nicht bei der bewährten Konzeption von BVerfG und BVerwG bleibt.

Es böte sich an, in den Referentenentwurf in § (1) Abs. 1 zusätzlich eine Art negatives Tatbestandsmerkmal oder Rückausnahme für die Definition des Geschäftsgeheimnisses aufzunehmen, wie z. B. wie folgt:

Neu

Geschäftsgeheimnis
eine Information, die

- a) weder insgesamt noch in Ihren Einzelheiten den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Information umgehen, bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist und daher von wirtschaftlichem Wert ist und
- b) Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und
- c) einem berechtigten Interesse an der Geheimhaltung unterliegt. Dieses berechnete Interesse besteht dann nicht, wenn die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ebenfalls dem Schutz eines berechtigten Interesses dient. Dieses liegt insbesondere vor zur
 - 1) Ausübung des Rechts zur freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl.C202 vom 7.06.2016, S. 389), einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;
 - 2) zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offen legende Person auch in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;

² Vgl. Partsch, in Berger/Partsch, IFG, 2. Aufl. § 6 Rz. 13 m.w.N.

- 3) Im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.

3. Neudefinition des Begriffs „Rechtsverletzer“:

Eine weitere Möglichkeit wäre es, eine personelle Bereichsausnahme beim Begriff des Rechtsverletzers einzufügen, um zivilrechtliche Ansprüche gegen Journalisten einzuschränken.

§ 2 Abs. 3 lautet im Regierungsentwurf lautet:

Rechtsverletzer

jede natürliche oder juristische Person, die entgegen § 4 ein Geschäftsgeheimnis rechtswidrig erlangt, nutzt oder offenlegt;

Hier könnte die Bereichsausnahme wie folgt eingearbeitet werden:

§ 2 Abs. 3

Rechtsverletzer

jede natürliche oder juristische Person, die entgegen § 3 ein Geschäftsgeheimnis rechtswidrig erlangt, nutzt oder offenlegt; Rechtsverletzer ist nicht, wenn die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ebenfalls dem Schutz eines berechtigten Interesses dient. Dieses liegt insbesondere vor zur

- 1) *Ausübung des Rechts zur freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl.C202 vom 7.06.2016, S. 389), einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;*
- 2) *zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offen legende Person auch in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;*
- 3) *Im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.*

Allerdings wird damit nicht der Täterbegriff in § 23 neu eingeschränkt, was dringend zusätzlich erforderlich ist, s.o.

4. Ergebnis:

Im Ergebnis wird die Tätigkeit investigativer Journalisten erheblichen neuen strafrechtlichen Risiken unterworfen, was sicherlich nicht beabsichtigt ist.