



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

Wortprotokoll der 30. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 12. Dezember 2018, 15:02 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Stephan Brandner, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziges Tagesordnungspunkt

Seite 12

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der
Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von
Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb
sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung**

BT-Drucksache 19/4724

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Arbeit und Soziales
Ausschuss für Kultur und Medien

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]
Abg. Dr. Nina Scheer [SPD]
Abg. Fabian Jacobi [AfD]
Abg. Roman Müller-Böhm [FDP]
Abg. Niema Movassat [DIE LINKE.]
Abg. Dr. Manuela Rottmann [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Anwesenheitslisten	Seite 3
Anwesenheitsliste Sachverständige	Seite 9
Sprechregister Abgeordnete	Seite 10
Sprechregister Sachverständige	Seite 11
Zusammenstellung der Stellungnahmen	Seite 38



19. Wahlperiode

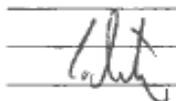
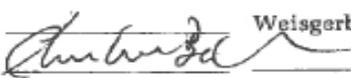


Deutscher Bundestag

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)

Mittwoch, 12. Dezember 2018, 15:00 Uhr

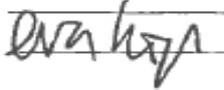
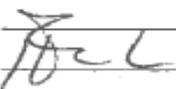
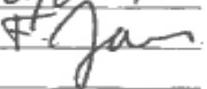
Es gelten die Datenschutzhinweise unter: <https://www.bundestag.de/datenschutz>

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
<u>CDU/CSU</u>		<u>CDU/CSU</u>	
Frieser, Michael	_____	Amthor, Philipp	_____
Heil, Mechthild	_____	Gutting, Olav	_____
Haveling, Ansgar	_____	Hauer, Matthias	_____
Hirte Dr., Heribert		Launert Dr., Silke	_____
Hoffmann, Alexander	_____	Lindholz, Andrea	_____
Jung, Ingmar		Maag, Karin	_____
Luczak Dr., Jan-Marco	_____	Middelberg Dr., Mathias	_____
Monstadt, Dietrich	_____	Nicolaisen, Petra	_____
Müller, Axel	_____	Noll, Michaela	_____
Müller (Braunschweig), Carsten		Schipanski, Tankred	_____
Sensburg Dr., Patrick	_____	Thies, Hans-Jürgen	_____
Steineke, Sebastian	_____	Throm, Alexander	_____
Ullrich Dr., Volker	_____	Vries, Kees de	_____
Wellenreuther, Ingo	_____	Weisgerber Dr., Anja	_____
Winkelmeier-Becker, Elisabeth			_____



19. Wahlperiode

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Mittwoch, 12. Dezember 2018, 15:00 Uhr

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
SPD		SPD	
Brunner Dr., Karl-Heinz	_____	Esken, Saskia	_____
Dilcher, Esther	_____	Högl Dr., Eva	
Fechner Dr., Johannes		Lischka, Burkhard	_____
Groß, Michael	_____	Miersch Dr., Matthias	_____
Heidenblut, Dirk	_____	Müller, Bettina	_____
Ryglewski, Sarah	_____	Nissen, Ulli	_____
Scheer Dr., Nina	_____	Özdemir (Duisburg), Mahmut	_____
Schieder, Marianne	_____	Rix, Sönke	_____
Steffen, Sonja Amalie	_____	Vogt, Ute	_____
BARTHE MATTHIAS Barthe Matthias			
AfD		AfD	
Brandner, Stephan		Curio Dr., Gottfried	_____
Jacobi, Fabian		Hartwig Dr., Roland	_____
Maier, Jens	_____	Haug, Jochen	_____
Maier Dr., Lothar	_____	Seitz, Thomas	_____
Peterka, Tobias Matthias	_____	Storch, Beatrix von	_____
Reusch, Roman Johannes	_____	Wirth Dr., Christian	_____



19. Wahlperiode

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)
Mittwoch, 12. Dezember 2018, 15:00 Uhr

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
FDP		FDP	
Buschmann Dr., Marco		Fricke, Otto	
Helling-Plahr, Katrin		Ihnen, Ulla	
Martens Dr., Jürgen		Schinnenburg Dr., Wieland	
Müller-Böhm, Roman		Skudelny, Judith	
Willkomm, Katharina		Thomae, Stephan	
DIE LINKE.		DIE LINKE.	
Akbulut, Gökay		Jelpke, Ulla	
Mohamed Ali, Amira		Lay, Caren	
Movassat, Niema		Möhring, Cornelia	
Straetmanns, Friedrich		Renner, Martina	
BÜ90/GR		BÜ90/GR	
Bayram, Canan		Kühn (Tübingen), Christian	
Keul, Katja		Künast, Renate	
Rößner, Tabea		Mihalic Dr., Irene	
Rottmann Dr., Manuela		Schauws, Ulle	
Müller-Gewand, Ingrid			

6. Dezember 2018

Anwesenheitsliste
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste, Tagungsbüro
Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32251, Fax: +49 30 227-36339

Seite 3 von 3



Tagungsbüro



Deutscher Bundestag

**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)**

Mittwoch, 12. Dezember 2018, 15:00 Uhr

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU	_____	_____
SPD	_____	_____
AFD	_____	_____
FDP	_____	_____
DIE LINKE.	_____	_____
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	_____	_____

Fraktionsmitarbeiter

Name (Bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
Stehent, Bernhard	CDU/CSU	
Hage, K-H	B 90/Grüne	
ACBERS, CARSTEN	B 90/Gr	
WILDMER NICOLA	SPD	
SHAFAGYAR, MOHAMED	DIE LINKE	
Dr. Leonhardt, Andrea	CDU/CSU	
Muschahik	Linke	
Hornbuss, Dr. Franz	CDU/CSU	
Ritz	AFD	
Ziebel, Kai	CDU/CSU	

Stand: 13. September 2018 / ZT4, Lützenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659
Es gelten die Datenschutzhinweise unter: <https://www.bundestag.de/datenschutz>.



Tagungsbüro

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 12. Dezember 2018, 15:00 Uhr

Seite 3

Bundesrat

Land	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amtsbezeichnung
Baden-Württemberg			
Bayern	Dr. Wegner		ORR
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg			
Hessen			
Mecklenburg-Vorpommern	S. Patermaier		MRin
Niedersachsen			
Nordrhein-Westfalen	Dr. Riem		Ri'LG
Rheinland-Pfalz			
Saarland			
Sachsen			
Sachsen-Anhalt			
Schleswig-Holstein			
Thüringen			

Stand: 13. September 2018 / ZT4, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659
Es gelten die Datenschutzhinweise unter: <https://www.bundestag.de/datenschutz>.

**Anwesenheitsliste der Sachverständigen**

zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am Mittwoch, 12. Dezember 2018, 15.00 Uhr

Name	Unterschrift
Prof. Dr. jur. Christoph Ann, LL.M Technische Universität München Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum	
Dr. Marta Böning Deutscher Gewerkschaftsbund – Bundesvorstand, Berlin, Abteilung Recht Referatsleiterin Individualarbeitsrecht	
Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm Rechtsanwalt, Hamburg	
Dr. Mayeul Hiéramente Rechtsanwalt, Hamburg	
Doris Möller Deutscher Industrie- und Handelskammer- tag e. V., Berlin, Bereich Recht Leiterin des Referats Recht des Geistigen Eigentums, Recht in der digitalen Gesellschaft	
Dr. Christoph Partsch, LL.M. Rechtsanwalt, Berlin	
Dr. Susanne Pfab Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), Berlin	
Arne Semsrott Open Knowledge Foundation Deutschland e. V., Berlin	



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Dr. Matthias Bartke (SPD)	32
Vorsitzender Stephan Brandner (AfD)	12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 29, 31, 32, 33, 35, 36, 37
Dr. Johannes Fechner (SPD)	21
Fabian Jacobi (AfD)	21
Ingmar Jung (CDU/CSU)	20, 32
Dr. Jürgen Martens (FDP)	21, 23
Niema Movassat (DIE LINKE.)	19, 32
Beate Müller-Gemmeke (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	19, 32
Martin Rabanus (SPD)	33
Dr. Manuela Rottmann (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	21, 32
Tabea Röbner (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	20, 31
Elisabeth Winkelmeier-Becker (CDU/CSU)	20



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Prof. Dr. Christoph Ann, LL.M Technische Universität München Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum	12, 29
Dr. Marta Böning Deutscher Gewerkschaftsbund – Bundesvorstand, Berlin, Abteilung Recht Referatsleiterin Individualarbeitsrecht	13, 27, 33
Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm Rechtsanwalt, Hamburg	14, 26, 35
Dr. Mayeul Hiéramente Rechtsanwalt, Hamburg	15, 24
Doris Möller Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V., Berlin, Bereich Recht Leiterin des Referats Recht des Geistigen Eigentums, Recht in der digitalen Gesellschaft	16, 24
Dr. Christoph Partsch, LL.M. Rechtsanwalt, Berlin	16, 23, 36
Dr. Susanne Pfab Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), Berlin	17, 22, 23
Arne Semsrott Open Knowledge Foundation Deutschland e. V., Berlin	18, 22, 37



Der Vorsitzende **Stephan Brandner**: Meine Damen und Herren, ich begrüße Sie herzlich zu unserer 30. Sitzung, die gleichzeitig eine öffentliche Anhörung ist. Ich begrüße herzlich die Abgeordneten, ich begrüße Sie, die acht Sachverständigen, und ich begrüße den Vertreter der Bundesregierung und die Zuschauer auf der Tribüne. Wir führen heute eine öffentliche Anhörung durch zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943, die sich mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen befasst. Der Ablauf der Anhörung ist wie folgt: Jeder Sachverständige erhält zunächst die Gelegenheit zu einer Eingangsstellungnahme von vier Minuten. Dort oben sehen Sie eine Uhr, die rückwärts läuft. Nach drei Minuten und dreißig Sekunden ertönt ein leises Geräusch, nach Ablauf der Zeit wird diese rot angezeigt. Sie können Ihren Satz dann aber natürlich noch zu Ende führen. Die vier Minuten sollten für die Eingangsstellungnahme aber eigentlich reichen, zumal ja auch die schriftlichen Stellungnahmen vorliegen. Die Reihenfolge der Eingangsstellungnahmen ist alphabetisch, beginnt heute bei A und endet bei S. Danach schließen sich dann eine oder mehrere Fragerunden an. Bei der ersten Antwortrunde beginnen wir bei S und gehen zu A. Bei der zweiten Frage- bzw. Antwortrunde geht es wieder anders herum. Die Abgeordneten selbst können ebenfalls Anmerkungen machen und haben die Möglichkeit, zwei Fragen zu stellen. Entweder zwei Fragen an einen Sachverständigen oder eine Frage an zwei Sachverständige. Die Anhörung ist öffentlich. Es wird auf Grundlage der Tonaufzeichnungen ein Wortprotokoll angefertigt, gleichwohl ist es nicht gestattet, von der Tribüne aus Ton- oder Bildaufnahmen zu machen. Ebenso ist es untersagt, von der Tribüne aus Missfallens- oder Beifallskundgebungen abzugeben. Wenn das geschieht, handelt es sich um Ordnungswidrigkeiten, möglicherweise sogar um Straftaten, die – was ich bis vor einiger Zeit noch gar nicht wusste – von Amts wegen verfolgt werden. Also bitte halten Sie sich auf der Tribüne daran, wir haben da schon einmal unangenehme Erfahrungen gemacht. Wenn es keine Fragen mehr gibt, beginnen wir. Herr Ann macht den Anfang. Vielen Dank.

SV Prof. Dr. Christoph Ann: Meine Damen und Herren Ausschussmitglieder, sehr geehrte Damen und Herren Kolleginnen und Kollegen, sehr

geehrte Anwesende, anders als die meisten entwickelten Staaten hat Deutschland bis heute kein Stammgesetz zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen. Wenngleich natürlich auch wir Unternehmensgeheimnisse schützen, so wie Art. 39 des Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) uns das vorschreibt, wird nirgends auf der Welt verstanden, wie unübersichtlich die Materie bei uns aufgestellt ist, und es ist gut, dass sich das nun ändert. Alles in allem ist der vorliegende Gesetzentwurf aus meiner Sicht gelungen, doch sollten Sie jedenfalls in drei Punkten nachsteuern. Erstens ist die Gesetzesbezeichnung zwar die getreuliche Übersetzung des englischen Trade Secret Act – Geschäftsgeheimnisgesetz –, aber bei allem gebotenen Respekt: Mir ist das zu schlicht. Eine gute Gesetzesbezeichnung sagt vor allem dem Publikum, was sich in einer Regelung findet. Und das ist erstens der Schutz und zweitens von Unternehmensgeheimnissen insgesamt, nicht nur eine allgemeine Regelung zu nichttechnischen Geschäftsgeheimnissen. Aber warum sagen wir das dann nicht auch so und nennen das Gesetz „Gesetz zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen“? In den allgemeinen Sprachgebrauch eingehen würde es dann als Geheimnisschutzgesetz und genau das ist es auch. Nicht so gut gelungen erscheint mir zweitens der Regierungsentwurf zum Whistleblowing. Er leistet drei Dinge nicht, die er aus meiner Sicht leisten muss: Erstens darf Whistleblowing gerade in Zeiten von Fake-News und Postfaktizität nur zulässig sein, wenn die Gründe dafür ein gewisses Gewicht aufweisen. Die Richtlinie fordert eine Privilegierung nur bei Geheimnisverletzungen zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit. Jedes Fehlverhalten ist unethisch, aber nicht jedes unethische Verhalten ist automatisch ein Fehlverhalten. Und was unethisch ist, weiß im Grenzfall sowieso niemand so ganz genau, jedenfalls nicht im Vorhinein, also aus der Perspektive der Whistleblower. Zweitens muss der Rechtfertigungsgrund erhärtet worden sein, sicher nicht rechtskräftig, aber doch deutlich jenseits einer bloßen Gerüchtelage. Nicht passieren darf – wieder gerade in Zeiten von Fake-News –, dass der geschädigte Geheimnisinhaber nichts falsch gemacht hat, sondern das nur



jemand anders hartnäckig genug gelogen hatte – das gibt es nicht nur in den USA. Drittens brauchen gerade in Zeiten von Fake-News wiederum Whistleblower nichts dringender als Rechtssicherheit. Nur klare Grenzen und klare Kriterien helfen ihnen. Aus meiner Sicht sollte dieses Gesetz zum Whistleblowing aber ohnehin nur eine Interimsregelung treffen und das Thema später in einem echten Whistleblowing-Gesetz nach gründlicher Diskussion und unter Beteiligung des Arbeitsrechtes konsolidiert werden. Und da sollten wir dann vermutlich auch Meldewege einrichten. Mein dritter Punkt ist der Geheimnisschutz im Zivilprozess. Er ist in Deutschland nach wie vor unzureichend. Selbst in Japan, sagte mir am Lehrstuhl vorgestern ein Besucher des japanischen Wirtschaftsministeriums, können Unternehmensgeheimnisse im Zivilprozess „Attorneys‘ Eyes Only“ gestellt werden, weil Geheimhaltungsaufgaben nun einmal notorisch schlecht funktionieren, in der Unternehmenswirklichkeit ebenso wenig wie im echten Leben. Geheimnisse schweigen sich leicht herum, das kennen wir alle. Ich gestehe Ihnen zu, dass zu diesem späten Zeitpunkt im Gesetzgebungsverfahren das wohl nicht mehr in das Gesetz zu bekommen ist. Aber glauben Sie mir: Wir brauchen im deutschen Zivilprozess mehr Geheimnisschutz, als wir mit diesem Entwurf bekommen werden. Sonst werden wir nie mehr deutsche Verfahren sehen, als die geringe Zahl bisher. Schlicht und einfach, weil sonst viele Geschädigte sich nicht trauen werden in Deutschland zu klagen und das dann anderswo tun. Vielen Dank.

Der **Vorsitzende**: Vielen Dank Herr Ann für die Punktlandung. Frau Böning bitte.

Sve **Dr. Marta Böning**: Sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank für die Gelegenheit unsere Bedenken zu dem geplanten Geschäftsgeheimnischutzgesetz erläutern zu dürfen. Lassen Sie mich erst einmal Folgendes festhalten: Es liegt natürlich auch im Interesse der Beschäftigten, wenn Wettbewerbsverstöße oder Wirtschaftsspionage in ihren Unternehmen verhindert wird. Es ist also auch uns ein wichtiges Anliegen. Allerdings schießt der uns vorliegende Gesetzentwurf weit über dieses Ziel hinaus. Ich möchte eindringlich auf einige der mit diesem Gesetz verbundenen Gefahren für die Beschäftigten und ihre

Interessenvertretungen hinweisen. Abschließend ist diese Aufzählung aufgrund der Kürze der Zeit nicht und ich bitte diesbezüglich um Nachsicht.

Die Bundesregierung hat eine Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses vorgeschlagen. Sie lässt Unternehmen alleine darüber bestimmen, welche Informationen diese als Geschäftsgeheimnis schützen wollen. Wer eine solche Information nutzt, obwohl ihm dies ausdrücklich untersagt wurde, begeht eine verbotene Handlung. Die Sanktionen sind hart. Es drohen horrende Schadensersatzforderungen und im schlimmsten Fall sogar Freiheitsstrafen. Dieses System, meine Damen und Herren, ist aus unserer Sicht für den normalen Umgang mit Informationen im Arbeitsleben nicht geeignet. Informationstausch im Arbeitsleben dient in der Regel anderen Zielen als der Stärkung oder Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition von Unternehmen. Er dient der Sicherung der individuellen und der kollektiven Belange der Beschäftigten. Ja, Interessenvertretungen erhalten eine Vielzahl von Informationen über Unternehmensinterna, wenn sie ihre Beteiligungsrechte wahrnehmen. Was davon vertraulich behandelt werden muss und was mit der Belegschaft geteilt werden darf und soll, entscheidet allerdings nicht der Arbeitgeber alleine. Wenn der Arbeitgeber von Arbeitnehmervertretern eine Geheimhaltung von Informationen verlangt, muss er nach heutiger Rechtslage auch ein berechtigtes und legitimes Interesse an dieser Geheimhaltung haben. Er kann den Arbeitnehmern nicht Informationen vorenthalten, sie als vertraulich kennzeichnen oder ihre Nutzung einschränken, die diese zur Erfüllung ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben benötigen. Denn wo kämen wir hin, wenn der Betriebsrat über die geplante Werksschließung mit der Belegschaft nicht kommunizieren darf, nur weil der Arbeitgeber meint, er möchte diese so lange wie möglich geheim halten? Auf welcher Grundlage soll dann der Betriebsrat Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln? Und auch in individuellen Arbeitsbeziehungen können wir nicht verantworten, dass dieses Gesetz in der derzeitigen Fassung zur Anwendung kommt. Sollen Arbeitgeber ihren Beschäftigten grundsätzlich untersagen dürfen, über ihre Arbeit zu sprechen, indem sie alles, was im Arbeitsverhältnis passiert, potenziell als ein Geschäftsgeheimnis definieren können? Nach der



geplanten Definition können auch Fachkenntnisse oder berufliche Erfahrungen zum Geschäftsgeheimnis erklärt werden. Wie sollen dann die Beschäftigten den Job wechseln können? Wenn Ihnen wie uns die funktionierende Mitbestimmung und die Grundrechte der einzelnen Beschäftigten am Herzen liegen, dann müssen Sie, meine Damen und Herren, dafür sorgen, dass die für den Umgang mit vertraulichen Informationen in Arbeitsbeziehungen geltenden Regeln samt Rechtsprechung erhalten bleiben. Und nichts anderes erwartet von Ihnen auch der europäische Gesetzgeber. Schauen Sie doch bitte auch auf die Ermächtigungsgrundlage dieser Richtlinie, schauen Sie in die Erwägungsgründe 14 und 18, in die Art. 1 Abs. 3 oder Art. 3 Abs. 2. Dort finden Sie die Zusicherungen für den Erhalt des Status quo, die von der Bundesregierung bislang überhaupt nicht umgesetzt wurden. Und schauen Sie bitte auch auf das geltende Arbeitsrecht der Union. Auch dieses geht in der Kommunikation zwischen Interessenvertretungen und Belegschaften von einem objektiven Begriff des Geschäftsgeheimnisses aus und wäre, wenn dieses Gesetz so in Kraft treten würde, verletzt. Also lassen Sie uns gemeinsam über die Möglichkeiten der Korrekturen dieses Gesetzes im Interesse der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen sprechen. Vielen Dank.

Der **Vorsitzende**: Vielen Dank auch Ihnen. Auch dies war eine Punktlandung, vielen Dank auch dafür. Herr Harte-Bavendamm ist der Nächste.

SV Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm: Vielen Dank. Meine Damen und Herren, die grundlegende Reformbedürftigkeit des deutschen Rechts zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen war in der Rechtswissenschaft und Praxis seit langer Zeit unbestritten. Es bedurfte offenbar eines Anstoßes von außen, um den Zivilrechtsschutz aus einem Guss zu regeln und von seinen strafrechtlichen Fesseln zu befreien. Dies ist dank der Geschäftsgeheimnisrichtlinie, um deren Umsetzung es heute geht, endlich geschehen. Ich beschränke mich auf drei oder vier Punkte. Zuerst zum Harmonisierungskonzept: Der Spielraum den der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben besitzt, richtet sich nach dem von der Richtlinie beanspruchten Harmonisierungsgrad. Aus den einleitenden Worten des Art. 1 ergibt sich zweifelsfrei, dass das

Schutzniveau nicht unterschritten werden darf. Dagegen können die Mitgliedstaaten einen über das Richtlinienniveau hinausgehenden Schutz von Geschäftsgeheimnissen einführen oder beibehalten. Das nationale Gestaltungsrecht wird aber im gleichen Atemzug nach oben begrenzt. Zahllose Einzelbestimmungen, darunter auch die wichtigen Art. 3 und 5 – das sind auch die §§ 3 und 5 des Gesetzentwurfs –, dürfen bei der Umsetzung in nationales Recht inhaltlich nicht verändert werden. Sie dienen in erster Linie der angemessenen Berücksichtigung der Interessen von Dritten, Arbeitnehmern, Wettbewerbern, Medien und der Allgemeinheit. Die Liste dieser sakrosankten Vorgaben erfasst die Mehrzahl der wichtigsten Richtlinienvorschriften. Hinzu kommt, dass auch die Definition des Geschäftsgeheimnisses als verbindlich betrachtet werden muss. Im praktischen Ergebnis nähert sich die Richtlinie daher einer Vollharmonisierung sehr stark an, entsprechend gering ist die Entscheidungsfreiheit der nationalen Gesetzgebungsorgane. Vor diesem Hintergrund ist der vorliegende Entwurf als gelungen zu bewerten. Er trägt dem aus deutscher Perspektive bestehenden Reformbedarf Rechnung und bewegt sich gleichzeitig – von einigen Grauzonen abgesehen – auf dem Boden der Geschäftsgeheimnisrichtlinie. Dabei schöpft er den verbliebenen Gestaltungsspielraum weitgehend aus. Infrage zu stellen ist dies am ehesten in Bezug auf den von Professor Ann schon erwähnten mangelhaften Schutz von Geschäftsgeheimnissen in gerichtlichen Verfahren. Und zu bedauern ist auch, dass für bestimmte Situationen der Beweisnot nicht, wie es für die Rechte des geistigen Eigentums gilt, ein verbesserter Zugang zu Informationen und Unterlagen eröffnet wird, die sich im Besitz des mutmaßlichen Verletzers befinden. Zu den Ausnahmen und Rechtfertigungsgründen: Nach bisherigem Recht konnten legitim erscheinende Interessen Dritter nur sehr begrenzt berücksichtigt werden. Die Prüfung, ob eine tatbestandsmäßige Handlung unbefugt war, ermöglichte nach überwiegender Auffassung nur eine Berücksichtigung ganz allgemeiner Rechtfertigungsgründe, wie die Einwilligung oder die Anzeige schwerer drohender Straftaten. Hierüber gehen die Richtlinie und der Regierungsentwurf nun zu Gunsten gegenläufiger Interessen – individueller und kollektiver Art – weit hinaus. Aus der



Perspektive der jeweiligen Interesseninhaber liegt hierin eine ganz wesentliche Verbesserung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand. Das gilt auch für den in § 5 Nr. 2 des Gesetzentwurfs formulierten Schutz von Hinweisgebern. Nach ganz überwiegender Ansicht der deutschen Rechtslehre und -Praxis zum bisherigen § 17 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) wurde Whistleblowern ein Schutz dieser Art nicht gewährt und zwar in der Regel nicht einmal bei Mitteilung über eindeutig rechtswidrige unternehmensinterne Vorgänge. Was hier jetzt an Schutz vorgesehen ist, mag – je nach rechtspolitischer Perspektive – zu weit gehen oder nicht weit genug gehen. Für die Zwecke dieses Umsetzungsvorhabens ist aber davon auszugehen, dass die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Regelung inhaltlich vollständig den die Mitgliedstaaten bindenden Vorgaben der Geschäftsgeheimnisrichtlinie entspricht. Änderungen dieser Vorgaben lassen sich nur auf der Ebene des Unionsrechts erreichen. Vielen Dank.

Der **Vorsitzende**: Danke auch Ihnen, Herr Harte-Bavendamm. Der Nächste ist Herr Hiéramente.

SV Mayeul Hiéramente: Sehr geehrte Damen und Herren. Zunächst einmal ist die Schaffung eines Stammgesetzes aus meiner Sicht eine gute Idee. Auch die Umstellung auf ein zivilrechtliches Konzept mit einem Annex im Strafrecht ist eine durchaus gute Idee. Die Idee eines § 17 UWG und daran anschließend einer Zivilrechtsnorm ist eigentlich nicht mehr modern. Ich will mich bei dieser Stellungnahme auf zwei Punkte konzentrieren: Einmal die Definition des Geschäftsgeheimnisses und einmal das Thema Whistleblowing. Nicht sprechen werde ich über kollektivarbeitsrechtliche Fragen und die Frage einer möglichen Haftung des Informationsempfängers, klassischer Weise eines Journalisten. Zunächst zur Definition: Diese orientiert sich an der Richtlinie, weicht aber deutlich von der bisherigen Rechtsprechung zu § 17 UWG ab. Insbesondere wird nun gefordert, dass angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen durch den Geheimnisinhaber getroffen werden. Hieran ist der deutsche Gesetzgeber gebunden, könnte es allerdings mit einem Katalog noch ein wenig präzisieren. Durchaus sinnvoll ist –

insbesondere aus strafrechtlicher Perspektive –, wenn das in der deutschen Rechtsprechung bekannte Merkmal des Geheimhaltungsinteresses auch in die Definition aufgenommen wird. Dies dürfte auch mit der Richtlinie vereinbar sein, auch wenn dieses dort nur in den Erwägungsgründen, aber nicht im Text enthalten ist. Man sollte sich auch vergegenwärtigen, dass der momentane Gesetzestext und die Richtlinie das Thema „rechtswidrige Geheimnisse“ nicht ausklammern. Auch rechtswidrige Geheimnisse sind schützenswert – dazu auch später –, da dies ein wichtiger Aspekt bei der Whistleblowing-Regelung ist. Zur Whistleblowing-Regelung in § 5 des Gesetzentwurfs: Zunächst ist klarzustellen – und das sollte auch im Gesetzestext klar zum Ausdruck kommen –, dass ein Fehlverhalten objektiv vorliegen muss und es keine subjektive Sichtweise geben darf. Es gibt Irrtumsregelungen und es gibt Möglichkeiten gegenzusteuern, aber auf Ebene der Definition des § 5 des Gesetzentwurfs sollte es eine objektive Definition sein. Zudem können öffentliche Interessen, die derzeit noch subjektiv verstanden werden, bei Bedarf auch noch durch die Rechtsprechung derart ausgelegt werden, dass exzessiven Offenlegungen gegengesteuert werden kann. Änderungsbedarf besteht aus meiner Sicht bei der Definition des Fehlverhaltens. Es bedarf aus meiner Sicht einer Streichung ethischer Maßstäbe. Diese sind nicht zwingend in der Richtlinie vorgegeben und ein Fremdkörper im deutschen Recht. Ferner sollte man auch überlegen, ob das aus der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung bekannte Eskalationsmodell – also die Idee zunächst zu seinem Arbeitgeber zu gehen, erst danach zu den Behörden und nur als Ultima Ratio zur Presse – entweder im Gesetzestext niedergelegt wird oder klargestellt wird, dass die arbeitsrechtliche Rechtsprechung insofern unberührt bleibt. Ferner wäre auch zu überlegen – und das ist meine strafrechtliche Perspektive –, ob man das Verhältnis zu bestimmten Strafrechtstatbeständen außerhalb des § 203 Strafgesetzbuch (StGB) noch einmal normiert. Dies wären allerdings nur kleinere Anpassungen. Es bietet sich für § 5 des Gesetzentwurfs folgender Vorschlag oder folgende Formulierung an: „Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist gerechtfertigt, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt. Dies ist der Fall,



wenn dadurch eine rechtswidrige Handlung oder ein Verstoß gegen berufsständische Vorschriften aufgedeckt wird, die im Zusammenhang mit dem Geschäftsgeheimnis stehen und die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.“
Danke schön.

Der **Vorsitzende**: Danke, Herr Hiéramente. Frau Möller ist die Nächste.

Sve **Doris Möller**: Sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank, dass ich hier die Perspektive der Wirtschaft einbringen kann. Ich möchte in diesem Zusammenhang zunächst noch einmal daran erinnern, zu welchem Zweck die Richtlinie eigentlich erlassen worden ist. Sie sollte eine Stärkung des Innovationsschutzes für die Unternehmen darstellen. Dieser wird normalerweise auch sehr stark über die gewerblichen Schutzrechte ermöglicht, aber vor dem Hintergrund, dass nicht alle Mitgliedstaaten überhaupt einen solchen Schutz kannten, sollte ein harmonisiertes Recht in allen Mitgliedstaaten, insbesondere auch für kleinere und mittelständische Unternehmen zum Schutz ihres Know-hows, zur Verfügung gestellt werden. Ich glaube, manchmal wird im Rahmen der Diskussion um das Umsetzungsgesetz dieser Hintergrund vergessen und durch die Whistleblower-Regelung wiederum ein Misstrauen gegenüber der Wirtschaft geschaffen, das dem Schutzcharakter, dem dieses Gesetz eigentlich dienen sollte, komplett entgegenläuft. Ich möchte vor diesem Hintergrund auch noch einmal betonen, wie wichtig der Schutz von Know-how für die Unternehmen ist. Und insofern verweise ich auf eine Studie, die bei der Beobachtungsstelle beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum in Alicante erstellt worden ist – und zwar im Juli 2017 – und die sich damit befasst, wie stark Geschäftsgeheimnisse in der Wirtschaft genutzt werden. Und ich möchte drei Ergebnisse hier herausstellen, wobei zumindest das erste Ergebnis für mich eigentlich sehr überraschend war. Und zwar war das ein ganz wichtiges Ergebnis, nämlich dass Geschäftsgeheimnisse in allen Mitgliedstaaten, über alle Branchen und über alle Unternehmensformen hinweg, am häufigsten benutzt werden, um Innovationen zu schützen, häufiger als Patente. Das zweite

Ergebnis, das ich hervorheben möchte, ist, dass der Patentschutz sehr häufig von dem Geschäftsgeheimnisschutz flankiert wird und das ist eigentlich auch ziemlich klar: Weil Sie durch den Patentschutz zwar eine technische Regel und eine technische Möglichkeit im Fokus haben, aber wie das Verfahren dann auszugestaltet ist, mit welchen Materialien man dann welches Ergebnis erzielt, das ist ja häufig das eigentliche Geschäftsgeheimnis. Und insofern wird häufig der Patentschutz auch flankiert durch Geschäftsgeheimnisse. Bei Innovationen im Prozess- und Dienstleistungsbereich oder auch bei Kooperationen überwiegt also dieser Know-how-Schutz gegenüber den technischen Schutzrechten. Sie sehen also, Geheimnisschutz ist für die Wirtschaft nicht irgendetwas Triviales. Es kann für kleine und mittelständische Unternehmen ein Kronjuwel sein, das durch den Geheimnisschutz überhaupt abgedeckt wird und wenn sie diesen verlieren, dann stehen diese mit einem Schaden da, der irreparabel ist, weil ich das Geschäftsgeheimnis, sobald es offengelegt ist, einfach nicht mehr zurückholen kann. Und vor diesem Hintergrund sind wir sehr skeptisch, was die Regelung insbesondere in § 5 Nr. 2 des Gesetzesentwurfs angeht. Die Voraussetzungen für die Öffentlichmachung, die sich für den Whistleblower praktisch nur an ethischen und moralischen Grundsätzen orientieren, die nicht objektivierbar sind und die eigentlich auch nicht von einem Gericht überprüft werden können. Ich denke, dass das dem Legalisierungsgrundsatz nicht entspricht. In Österreich liegt ein Vorschlag für das Umsetzungsgesetz vor, dem wir uns sehr anschließen könnten. Vielen Dank.

Der **Vorsitzende**: Danke, Frau Müller. An der Reihe ist nun Herr Partsch, bitte.

SV **Dr. Christoph Partsch**: Sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank für die Einladung. Mein Name ist Partsch, ich bin Rechtsanwalt, ich war fünf Jahre lang Ombudsmann des Landes Berlin für die Entgegennahme von Hinweisen zur Korruption und ich vertrete eine ganze Vielzahl von Medien, Journalisten und Pressevertretern. Deshalb möchte ich diesen Gesetzesentwurf einmal aus der Sicht der Presse beurteilen. Ich halte ihn ehrlich gesagt für nicht ausgereift und zum Teil auch für gefährlich. Aus welchen Gründen? Zum einen ist – entgegen der Ansicht anderer – der



Geschäftsgeheimnisbegriff in Deutschland sehr genau definiert durch die Rechtsprechung. Entscheidend ist das vierte Tatbestandsmerkmal, nämlich das berechnete Interesse an der Geheimhaltung. Alle Gerichte gehen danach seit sehr vielen Jahren vor und es hat sich bewährt. Das könnte man möglicherweise noch verbessern: Die Frage, ob es tatsächlich ein berechtigtes Interesse, sozusagen aus der Sicht der Öffentlichkeit, gibt. Dass man ausgerechnet dieses Tatbestandsmerkmal abschaffen möchte, verstehe ich überhaupt nicht. Weil gerade journalistischen Anfragen immer wieder – und zwar ausgerechnet von der öffentlichen Hand – Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse entgegengehalten werden. Da wird dann gerade auch in Korruptionsfällen, in rechtswidrigen Fällen, ein Geschäftsgeheimnis vorgetragen als Argument. Und oft entscheidet es sich an diesem vierten Punkt, ob man dann als Presse an dieses angebliche Geschäftsgeheimnis kommen darf oder nicht. Besteht ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung, ja oder nein? Andere Staaten sind da übrigens wesentlich offener. Im Discovery-Verfahren kommt man oft sehr einfach an Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Also ich befürchte da nicht, dass irgendetwas abwandert. Wir haben einen bewährten Geschäftsgeheimnisbegriff von dem nicht ohne Not – und das schreibt ja auch die Richtlinie nicht vor – abgewichen werden sollte. Dramatisch für die Presse ist insbesondere, dass die Bereichsausnahme für die Medien ersetzt worden ist durch eine Rechtfertigungsklausel. Erfüllt danach ein Journalist den Tatbestand von § 23 des Gesetzentwurfs in objektiver und subjektiver Hinsicht, macht sich also strafbar und muss dann hoffen, dass eine Rechtfertigungsnorm ihm zur Verfügung steht und dass er diese erfüllt und dass ihm ein Richter und ein Staatsanwalt das Ganze abnehmen. Das führt in der Praxis zu einem erheblichen Chilling Effect für Journalisten und es wird dann durch Rechtsabteilungen und andere – einfach aufgrund der Kosten einer strafrechtlichen Verteidigung – zu einer Einschränkung der Recherche kommen, gerade in den uns interessierenden Fällen, die aufklärenswert sind. Es wird Auswirkungen haben, die der Gesamtgesellschaft zum Nachteil gereichen wird. Und da haben wir eine klare Vorgabe von der Richtlinie. Die sagt nämlich: eine Bereichsausnahme, eine exception, eine Ausnahme. Ich

verstehe also nicht, warum hier eine Bereichsausnahme für die Medien durch eine Rechtfertigungsnorm ersetzt worden ist. Man kann durchaus beides machen. Man kann also die Rechtfertigungsnorm bestehen lassen, die mag in gewissen Fällen auch wirken. Aber ganz wesentlich ist, dass wir die Bereichsausnahme in den Gesetzentwurf wieder einführen, so wie es die Richtlinie vorschreibt. Ebenfalls dramatisch empfinde ich das Auskunftsrecht nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 des Gesetzentwurfs hinsichtlich der Person, die die Information gegeben hat. Stellen Sie sich vor: Da wird dann die Presse verklagt auf Auskunft, von wem denn die Information stammt? Das würde allen Prinzipien, Zeugnisverweigerungsrechten aus der Strafprozessordnung, aber auch den presserechtlichen Ehrenkodices widersprechen und ich bitte dies bei einer Novelle dieses Entwurfs zu berücksichtigen. Danke.

Der **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Partsch. Die Nächste ist Frau Pfab.

Sve **Dr. Susanne Pfab**: Herzlichen Dank. Sehr geehrte Abgeordnete, sehr geehrte Damen und Herren, eigentlich könnte ich mich den Ausführungen meines Vorredners nahezu eins zu eins anschließen. Und insofern merken Sie auch schon, wo dieses Gesetz möglicherweise den größten Korrekturbedarf hat. Noch dazu mit Blick darauf, dass es vielleicht auch gar nicht beabsichtigt war, hier Probleme zu schaffen, die von den legitimen Interessen her, die auch vonseiten der Wirtschaft bestehen, überhaupt nicht notwendig sind. Ich möchte noch einmal darauf hinweisen, dass die EU-Richtlinie ja auch eine ganz klare Vorgabe gibt: Dass die freie Meinungsäußerung, die Informationsfreiheit und die Freiheit der Medien nicht eingeschränkt werden sollen durch die EU-Richtlinie und auch nicht durch die Umsetzung. Insbesondere was – und hier zitiere ich wörtlich aus den Erwägungsgründen – den investigativen Journalismus und den Schutz der journalistischen Quellen betrifft. Wir haben jetzt häufig schon das Wort „Whistleblowing“ gehört – wir sagen in Deutschland meistens noch Informanten und Informantenschutz. Dieser ist zwingend notwendig für investigative Recherche, die wiederum notwendig ist, damit Missstände und illegale Praktiken auch ans Licht der Öffentlichkeit



kommen können. Und die Umsetzung – der Gesetzentwurf der Bundesregierung – geht eben an vielen Stellen unnötigerweise über die Erfordernisse der Richtlinie zulasten von Journalisten und Hinweisgebern hinaus. Es ist gerade schon erwähnt worden: Einer der maßgeblichen Punkte ist dieser Auskunftsanspruch, der völlig neu ist, der ja auch erst zwischen Referenten- und Regierungsentwurf hinzugekommen ist. Dieser Passus zur Preisgabe der Quellen steht – wie auch schon gesagt wurde – in absolutem Widerspruch zu allen Grundsätzen des Zeugnisverweigerungsrechts und verstößt nach unserer Ansicht auch gegen Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz.

Auch erwähnt worden ist schon das Problem „Bereichsausnahme/Rechtfertigungsgründe“. Gerade wenn man die Praxis betrachtet, ist das persönliche Bedrohungspotential – das noch dazu dadurch verstärkt wird, dass es eine strafrechtliche Bewehrung gibt – so massiv, dass Menschen, die eigentlich interessiert sind, der Öffentlichkeit Hinweise zu geben, darauf verzichten werden, weil es etwas anderes ist, ob ich vielleicht ein zivilrechtliches Verfahren vor mir habe, bei dem auch Verlage und öffentlich-rechtlicher Rundfunk als starke Partner im Rücken einen schützen können, oder ob ich einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ausgesetzt bin. Und all das kann Jahre dauern, bis geklärt ist, ob das Geben des Hinweises zulässig war oder nicht. Sodass im Vorfeld erhebliche Risiken sowohl für die Journalisten als auch für die Hinweisgeber bestehen, die sie davon abhalten können, überhaupt etwas an die Öffentlichkeit zu bringen.

Auch schon erwähnt worden ist die problematische Definition des Begriffes „Geschäftsgeheimnisse“. Hier möchte ich auch noch einmal betonen, dass dieses vierte Tatbestandsmerkmal – dass sowohl an der Geheimhaltung als auch an dem Gegenstand selbst ein berechtigtes, wirtschaftliches Interesse bestehen muss – nicht nur ständige Rechtsprechung ist, sondern eben genau den dann in der Praxis wichtigen Unterscheidungskorridor vorgibt, ob etwas im öffentlichen Interesse steht oder nicht. Denn so, wie es bisher formuliert ist, könnten auch kartellrechtswidrige Absprachen durchaus ein Schutzgut dieses Gesetzes sein. Insofern: Im Interesse der Aufklärung der Öffentlichkeit sollten

wir denen, die den Mut haben, Hinweise zu geben und ihr Insiderwissen zu teilen, es nicht erschweren, sondern wir sollten es ihnen erleichtern. In diesem Sinne gibt es ja auch bereits auf EU-Ebene ein weiteres Richtlinienvorhaben zum Schutz von Whistleblowern. Und es muss – wie ja auch schon gesagt worden ist – darauf geachtet werden, dass die Regelungen auch damit dann im Einklang stehen. Vielen Dank.

Der **Vorsitzende**: Danke, Frau Pfab. Und die Eröffnungsrunde schließt Herr Semsrott. Bitte schön.

SV Arne Semsrott: Herzlichen Dank an den Ausschuss für die Einladung. Ich glaube, das letzte Mal, dass ich am Ende von einer Gruppe gesprochen habe, weil der Anfangsbuchstabe meines Namens am Ende des Alphabets stand, war in der Schule. Das ist ganz schön. Jetzt kann ich nämlich auch auf die Expertise der Kollegen eingehen, das passt ganz gut. Ich will drei Punkte herausgreifen. Das Eine ist die Bereichsausnahme, das Zweite die Definition und das Dritte der Schutz von Hinweisgebern. Zu den Bereichsausnahmen: Was jetzt in § 1 Abs. 3 des Gesetzentwurfs steht, dass die Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung nicht berührt werden soll – das reicht nicht, das ist keine Bereichsausnahme, das ist nicht konkret genug. Es braucht tatsächlich eine klare Definition, dass Journalisten und Hinweisgeber von dieser Regelung ausgenommen sind. Der zweite Punkt betrifft wiederum das berechnete Interesse, also die Definition der Geschäftsgeheimnisse. Es hat sich über die letzten Jahre bewährt, was das Bundesverfassungsgericht hierzu definiert hat. Es gibt keinen Grund und es gibt tatsächlich auch keine Begründung, warum davon abgewichen werden soll. Und insofern: Es wäre hier auf jeden Fall der richtige Weg, das berechnete Interesse als Definition für Geschäftsgeheimnisse beizubehalten. Auch weil sonst rechtswidrige Praktiken von Unternehmen beliebig als Geschäftsgeheimnisse definiert werden könnten. Und das könnte wiederum zu Klagewellen führen.

Wichtig im Zusammenhang mit Whistleblowing und dem Schutz von Whistleblowing ist, dass es jetzt zwar einen Rechtfertigungsgrund für Hinweisgeber gibt, der aber leider komplett missglückt ist. Und das liegt an einem Übersetzungsfehler. Ich will das kurz ausführen:



Der Gesetzentwurf sieht vor, dass die Absicht des Whistleblowers, das öffentliche Interesse zu schützen, entscheidend ist. Das ist falsch. Es geht um den Zweck des Ganzen. Das heißt, es geht um das Verhalten. Was hat ein Whistleblower bezweckt? Nehmen wir das ganz aktuelle Beispiel von Cum/Ex. Würden wir jetzt ein Gerichtsverfahren eines Informanten haben, der angeklagt werden würde, dann würde nach diesem Entwurf jetzt geprüft werden: Gab es vielleicht Mobbing? Hat er deswegen etwas unternommen? Sollte der versetzt werden? Hatte er Gehaltsverhandlungen, die nicht geklappt haben? Es würden hier die persönlichen Motive des Whistleblowers überprüft werden. Und das ist ganz offensichtlich nicht vorgesehen. Natürlich geht es darum, sich den Zweck anzuschauen. Und gerade im Cum/Ex-Fall wäre dann sehr klar, dass der Zweck dem öffentlichen Interesse dient. Deswegen müsste hier die Definition ganz, ganz klar geändert werden.

Ich will den Übersetzungsfehler kurz erklären: Im englischen Original, der Verhandlungsvorlage des Ganzen, steht: „For the purpose of protecting the general public interest“ werden Whistleblower geschützt. Das heißt, „for the purpose“. „Purpose“ wurde hier übersetzt als „Absicht“. „Purpose“ müsste aber übersetzt werden als „Zweck“. Wäre hier die Absicht tatsächlich gemeint, dann würde dort „intention“ stehen. Das steht da offensichtlich nicht. Man kann auch noch einmal in Erwägungsgrund 20 nachschauen. Dort steht auch, dass Whistleblower geschützt werden sollen, wenn die Offenlegung dem öffentlichen Interesse dient. Nicht, wenn dieser irgendeine Motivation hatte. Und deswegen muss das dringend geändert werden, auch um der EU-Richtlinie gerecht zu werden. Hier gab es offensichtlich einen Übersetzungsfehler.

Ich will noch mal kurz eingehen auf die sehr aktuellen Entwicklungen im Zusammenhang mit Cum/Ex und den Ermittlungen gegen Oliver Schröm, den Chefredakteur von „CORRECTIV“. Das zeigt sehr gut, warum diese Gesetzeslage besonders wichtig ist und warum allein schon Ermittlungen in diesem Bereich erhebliche Eingriffe in die Pressefreiheit begründen können. Weil es eben nicht darum geht, dass man am Schluss von einem jahrelangen Verfahren irgendwann Recht bekommt. Allein schon

Ermittlungen, die nach diesem Gesetzentwurf in vielerlei Fällen durchgeführt werden könnten, blockieren die Verlage. Sie können Geld kosten, sie lenken ab, sie schüchtern ein, und zwar vor einer Recherche, während einer Recherche und nach einer Recherche. Das sind eben diese Chilling Effects, die Selbstzensur zur Folge haben können. Und zwar nicht nur beim Springer-Verlag, sondern auch gerade bei freien Journalisten, bei kleinen Medien, bei lokalen Medien in Ihren Wahlkreisen. Denn gerade diese wären bei übermäßigen Schadensersatzforderungen besonders davon betroffen. Und deswegen müssen die Punkte, die wir gerade angesprochen haben, geändert werden. Vielen Dank.

Der Vorsitzende: Auch Sie haben die Zeit für die Eingangsstellungnahme auf die Sekunde eingehalten. Ich bedanke mich herzlich für die Disziplin der Vortragenden. Hoffen wir, dass die Disziplin bei den Abgeordneten auch derart ausgeprägt ist. Wir haben hier ein paar Wortmeldungen notiert. Frau Müller-Gemmeke beginnt, danach Herr Movassat. Bitte schön.

Abg. **Beate Müller-Gemmeke** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank. Meine Frage geht an Frau Böning. Sie haben ja die Auffassung vertreten, dass der Regierungsentwurf nicht der EU-Richtlinie und auch nicht dem Unionsrecht entspricht. Vielleicht können Sie das nochmals näher erläutern und vielleicht sogar mit einem konkreten Beispiel verdeutlichen, welche Auswirkungen der Gesetzentwurf auf die betriebliche Mitbestimmung haben könnte? Wie müsste das Gesetz korrigiert werden, damit eben diese Probleme verhindert werden?

Der Vorsitzende: Danke schön. Das waren zwei Fragen, oder? Herr Movassat ist der Nächste und dann Frau Rößner.

Abg. **Niema Movassat** (DIE LINKE.): Danke schön, danke auch für die Statements. Ich denke, es hat sich doch bei mehreren Statements gezeigt, dass der Gesetzentwurf über die Richtlinie hinausgeht oder sie zumindest falsch übersetzt. Das ist ja auch einmal bemerkenswert. Ob ein Übersetzungsfehler vorliegt – das ist ja etwas, was man objektiv feststellen kann. Und dann kann man es auch korrigieren, ohne dass man das Gesicht dabei verliert. Ich möchte erst einmal anknüpfen



an die aktuellen Ermittlungen gegen Oliver Schröm, den Chefredakteur von „CORRECTIV“. Ich glaube, er ist sogar hier, wenn ich nicht ganz falsch geguckt habe. Ja – herzlich willkommen. Und ich möchte eine Frage stellen an Herrn Partsch und Herrn Semsrott: Glauben Sie, dass das Gesetz zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse tendenziell eher zu mehr Ermittlungsverfahren gegen investigative Journalisten führen wird – vor allem mit Blick auf § 23 des Gesetzentwurfs – oder glauben Sie, dass das Gesetz eher einen schützenden Effekt haben wird? Vielleicht können Sie dazu noch einmal etwas sagen? Danke.

Der **Vorsitzende**: Danke, Herr Movassat. Nun bitte Frau Rößner, danach Frau Winkelmeier-Becker.

Abg. **Tabea Rößner** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank. Die Ermittlungen, die aktuell gegen Oliver Schröm laufen, sind ja schon angesprochen worden, und es zeigt ja, wie gefährlich es sein kann, wenn man investigativ recherchiert, obwohl es im Sinne des öffentlichen Interesses ist, einen milliardenschweren Steuerbetrug aufzudecken. Und jetzt wird ja aufgrund des § 17 UWG ermittelt – das heißt, das ist ja jetzt schon möglich. Und so wie ich das jetzt aus Ihren Erläuterungen entnommen habe, bedeutet das jetzt noch einmal eine Verschärfung. Wir haben nämlich 2016 im Zuge der Diskussion um den Vorwurf des Landesverrats gegen „netzpolitik.org“ eine Medienschutzklausel gefordert, um § 17 UWG so zu ergänzen, dass die Teilnehmehandlungen nicht rechtswidrig sind, wenn sie beispielsweise Entgegennahme, Auswertung oder Veröffentlichung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses betreffen. Wie würden Sie eine Medienschutzklausel sehen und wäre das auch eine Möglichkeit, in Bezug auf das Auskunftsrecht für Sicherheit zu sorgen? Die Frage möchte ich an Frau Pfab und Herrn Partsch richten.

Der **Vorsitzende**: Danke schön. Nun Frau Winkelmeier-Becker und danach dann bitte Herr Kollege Jung.

Abg. **Elisabeth Winkelmeier-Becker** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich habe zwei Fragen an Herrn Professor Dr. Ann: Und zwar sprachen Sie von dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen im gerichtlichen Verfahren und waren insoweit schon pessimistisch, dass wir das hier nicht mehr

verbessern könnten. Aber Sie sahen ja insoweit Verbesserungsbedarf. Ich würde Sie deshalb doch noch einmal bitten, auszuführen, wo die Probleme liegen und wo möglicherweise noch Ansatzpunkte wären, die man aufgreifen könnte. Denn ich denke, es ist uns schon daran gelegen, auch den Rechtsstandort Deutschland zu stärken, damit eben auch internationale Streitigkeiten hier vor unseren Gerichten abgewickelt werden können.

Und der zweite Punkt: Der Gesetzentwurf geht davon aus, dass bei Vorliegen der Ausnahmegründe nach § 5 des Gesetzentwurfs das Handeln gerechtfertigt ist. Hier wurde aber auch mehrfach gesagt, dass eine Bereichsausnahme die bessere Regelung wäre. Wenn Sie diesbezüglich vielleicht noch einmal die Unterschiede in den praktischen Auswirkungen darlegen könnten, und vielleicht auch eine Bewertung vornehmen könnten, was insoweit aus Ihrer Sicht die richtige Lösung wäre. Danke.

Der **Vorsitzende**: Danke, Frau Winkelmeier-Becker. Herr Jung und danach Herr Kollege Fechner.

Abg. **Ingmar Jung** (CDU/CSU): Ich hätte zwei Fragen an Dr. Hiéramente: Sie haben ausdrücklich das Eskalationsmodell angesprochen. Wenn ich den Verhandlungsstand zur Whistleblower-Richtlinie richtig kenne, ist ein solches dort vorgesehen. Dort wird nach jetzigem Stand zunächst einmal rechtswidriges Verhalten vorausgesetzt. Und dann ist eben dieses zwei- oder dreistufige Meldesystem als Eskalation vorgesehen. Ich sehe einen gewissen Wertungswiderspruch, wenn wir jetzt hier etwas völlig anderes beschließen. Vielleicht können Sie einmal kurz darstellen, in welchem Verhältnis diese beiden Richtlinien am Ende zueinander stehen und was wir insoweit für die Praxis zu erwarten haben.

Zur zweiten Frage: Sie haben vorgeschlagen, man hätte ja auch hier schon eine solche Eskalationsregelung vorsehen können. Sie haben sich sicherlich mit der Frage der Richtlinienkonformität beschäftigt. Ich habe insoweit schon unterschiedliche Auffassungen vernommen, in Anbetracht des Umstandes, dass die Know-how-Richtlinie eben kein Eskalationsmodell vorsieht. Vielleicht können Sie kurz darlegen, ob das im



Rahmen der Know-how-Richtlinie überhaupt möglich wäre.

Der **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Jung, Herr Fechner und dann Herr Jacobi.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Vielen Dank. Ich meine, dass uns nicht zuletzt die Lebensmittelskandale oder auch der Cum/Ex-Skandal gezeigt haben, wie wichtig es ist, dass Journalisten recherchieren können. Sonst wären viele Missstände nicht aufgedeckt worden. Deswegen wäre es uns ein Anliegen, dass das auch weiterhin möglich ist, ohne dass die Journalisten Risiken eingehen. Deswegen hätte ich zwei Fragen an Herrn Professor Dr. Harte-Bavendamm: Und zwar würde mich interessieren – das ist schon angesprochen worden –, ob die Regelung der Rechtfertigungsgründe ausreichend ist oder ob man nicht doch besser eine Bereichsausnahme oder – wie es Herr Dr. Partsch sagte – beides regeln sollte. Wie ist diesbezüglich Ihre Einschätzung?

Und die zweite Frage betrifft die Definition des Geschäftsgeheimnisses. Ist diese aus Ihrer Sicht hier in Ordnung oder besteht möglicherweise das Risiko, dass dadurch Recherchen beeinträchtigt werden könnten? Das wären meine beiden Fragen. Ich entschuldige mich schon jetzt dafür, dass ich heute ausnahmsweise etwas früher gehen muss. Ich werde also bei Ihrer Antwort wahrscheinlich nicht mehr hier im Saal anwesend sein.

Der **Vorsitzende**: Vielleicht können wir eine Ausnahme machen, so dass die Frage gleich beantwortet wird? Gut, dann machen wir normal weiter. Der Nächste ist Herr Jacobi und dann Frau Rottmann.

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): Vielen Dank. Ich hätte eine kurze Nachfrage an Frau Möller, weil Sie das, glaube ich, in Ihrer schriftlichen Ausarbeitung auch ganz kurz angerissen hatten: Meine Frage betrifft § 3 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs, der sich mit dem sogenannten Reverse Engineering befasst. Wenn ich das richtig sehe, würde diese Regelung tatsächlich eine merkliche Änderung gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage in Deutschland bewirken, hin zu einer Absenkung des Schutzniveaus von unternehmerischen Innovationen. Dazu die Frage: Halten Sie das für grundsätzlich sinnvoll, die Rechtslage in dieser Richtung zu verändern? Und falls nein: Sehen Sie

Möglichkeiten, diese Regelung im Rahmen der ja nun wohl vorgegebenen Richtlinie noch zu verbessern oder sind wir insoweit quasi dem ausgeliefert, was aus Brüssel auf uns herabgeregnet ist? Das wäre meine Frage. Vielen Dank.

Der **Vorsitzende**: Danke schön. Nun Frau Rottmann, dann Herr Martens. Wir sind bei der Rednerliste übrigens streng chronologisch vorgegangen. Es gibt daher keinen Grund, böse zu gucken.

Abg. **Dr. Manuela Rottmann** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank. Es liegt nicht an meiner vorweihnachtlichen Stimmung, dass ich mit einem Lob anfangen möchte, und zwar auch an meine Kolleginnen und Kollegen aus den Koalitionsfraktionen dafür, dass diese so kluge Sachverständige eingeladen haben. Ich glaube, wir sind jetzt einen sehr großen Schritt weiter hinsichtlich der Frage, was wir an diesem Entwurf verbessern können.

Meine Frage richtet sich an Herrn Hiéramente und Herrn Harte-Bavendamm.

Ich höre, dass wir eigentlich drei Hauptpunkte haben, die wir angehen müssen. Das Erste ist der Geheimnisbegriff, also die Frage, ob es ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung gibt. Das Zweite ist die Entscheidung zwischen Bereichsausnahme oder Rechtfertigungsregelung. Und das Dritte ist für mich das Thema der subjektiven Motivation des Hinweisgebers als Voraussetzung für einen Hinweisgeberschutz. Meine Frage lautet: Sehen Sie hinsichtlich dieser drei Punkte in der Richtlinie Gründe, die einer Anpassung entgegenstehen könnten oder halten Sie es sogar für geboten, dass wir den Entwurf in diesen drei Punkten verändern?

Der **Vorsitzende**: Danke sehr. Herr Martens schließt zunächst einmal die erste Runde.

Abg. **Dr. Jürgen Martens** (FDP): Vielen Dank. Ich habe zwei Fragen zur strafrechtlichen Sanktionierung der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen. § 23 des Gesetzentwurfs beinhaltet eine ziemlich umfangreiche Strafvorschrift mit entsprechenden Drohungen. Danach ist bereits der Versuch strafbar, ein Geschäftsgeheimnis zu erlangen. Eine Strafschärfung ist dann für die Nutzung eines



Geschäftsgeheimnisses im Ausland vorgesehen. Das heißt, es wird strenger bestraft, wenn ein Kfz-Hersteller ein Geschäftsgeheimnis in seinem mexikanischen Werk nutzt, als wenn er es in einem deutschen Werk nutzt. Allein der Versuch der Erlangung ist bereits strafbar. Herr Professor Ann: Von Ihnen hätte ich gerne eine Einschätzung aus Sicht der Wirtschaft erhalten: Ist dies nicht möglicherweise etwas überschießend in Bezug auf die Forschungs- und Beobachtungstätigkeit der Wirtschaft? Diese Frage möchte ich auch an Frau Dr. Pfab richten, denn Sie haben ja gesagt, dass die Strafvorschrift insgesamt überschießend sei, da von der Richtlinie selbst die strafrechtliche Sanktionierung überhaupt nicht verlangt würde.

Der **Vorsitzende**: Danke, Herr Martens. In der ersten Runde liegen keine Fragen mehr vor. Wir beginnen jetzt – wie eingangs angekündigt – in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge. Herr Semsrott, Sie erwähnten, dass Sie in der Schule nicht beginnen durften, oder? Jetzt dürfen Sie beginnen mit einer Antwort auf eine Frage von Herrn Movassat. Bitte schön.

SV **Arne Semsrott**: Die Frage war, ob zu befürchten ist, dass es mit dem neuen Gesetzentwurf jetzt mehr Verfahren in diesem Bereich gibt. Und die Antwort ist: Ja. Es ist zu befürchten, dass mehr Verfahren in Gang gesetzt werden und dass quasi die Waffen der Personen, die Anzeigen in diesem Bereich erstatten würden, stärker werden. Vielleicht ist es – bevor ich noch einmal darauf eingehe – wichtig zu betonen, dass gerade Ermittlungsverfahren bzw. Strafanzeigen in diesem Zusammenhang primär dazu dienen, einzuschüchtern; also dazu dienen, Journalisten von der Publikation abzuhalten. Da geht es nicht unbedingt darum, dass man am Ende eines jahrelangen Prozesses gewinnt. Und dann ist die große Frage für diesen Gesetzentwurf: Wie kann man dem am besten entgegen? Das eine ist dann natürlich eine klare Bereichsausnahme in diesem Bereich. Dann ist aber vor allem auch die Legaldefinition von Geschäftsgeheimnissen so zu fassen, dass eben nicht einfach alles, was das Unternehmen sagt, erfasst wird. Weil genau dieser Punkt dazu führen würde, dass viel, viel mehr Anzeigen zu dann durchaus längeren Ermittlungsverfahren führen würden. Es gibt immerhin den § 14 des Gesetzentwurfs, das Missbrauchsverbot. Und das ist durchaus ein

Punkt, an dem man noch ansetzen könnte. Denn dieses Missbrauchsverbot besagt ja, dass wenn es einen Missbrauch gibt, der Antragsteller im Notfall dazu verurteilt werden kann, den Antragsgegner hinsichtlich der Kosten zu entschädigen. Das reicht aber nicht. Das schreckt nicht wirklich ab. Was man einführen könnte, das wären tatsächlich Sanktionen. Man könnte also sagen: Wenn es Strafanzeigen gibt, die missbräuchlich sind, dann sanktionieren wir das. Weil nicht nur die Antragsgegner, also die Journalisten, davon betroffen sind, sondern im Prinzip die Gesellschaft als solche geschädigt wird. Und so ein Sanktionsmechanismus ist auch möglich. Der wird durch, ich glaube, Art. 7 der EU-Richtlinie ermöglicht. Das heißt, man kann in diesem Bereich tatsächlich Sanktionen verhängen. Und ich glaube, das ist auch durchaus angebracht, um zumindest einen größeren Abschreckungseffekt für solche Strafanzeigen bereitzuhalten. Danke schön.

Der **Vorsitzende**: Danke, Herr Semsrott. Frau Pfab mit jeweils einer Antwort auf Fragen von Frau Rößner und Herrn Martens.

SVe **Dr. Susanne Pfab**: Ich würde mit der Frage von Herrn Martens anfangen, weil sie sich gerade so wunderbar anschließt. Sie hatten gefragt, inwieweit die Regelung mit der Strafbewehrung überschießend ist im Vergleich zur EU-Richtlinie. Die EU-Richtlinie sagt ganz klar, dass sie einen zivilrechtlichen Schutz an mehreren Stellen schaffen will. Der Anlass hierfür ist, dass es an der Kohärenz von zivilrechtlichen Schutznormen in der Europäischen Union fehlt. Also das ist das eine. Das andere ist, dass die Bundesregierung dieses Anliegen verbunden hat mit der Schaffung eines neuen Stammgesetzes, in das alles, was mit diesem Thema zu tun hat, einbezogen werden soll. Das ist sicherlich ein nachvollziehbares und grundsätzlich auch ein rechtlich gutes Anliegen. Aber man muss eben auch an der Stelle aufpassen, dass man nicht über das Eigentliche hinauschießt.

Und wie wichtig es ist, sehen wir ja jetzt gerade bei der Cum/Ex-Entscheidung – eine Entscheidung ist es Gott sei Dank noch nicht –, aber bei dem Cum/Ex-Verfahren, bei dem zum ersten Mal eben nicht mehr davor Halt gemacht worden ist, auch Journalisten strafrechtlich zu verfolgen. Und wenn man jetzt die Normen



betrachtet – in der ganzen Gemengelage mit strafrechtlicher Bewehrung, Abgrenzung zwischen Rechtfertigung und Bereichsausnahme –, da stimme ich allen zu, dass es einfach völlig unklar ist und auch nicht der Richtlinie entspricht. Wo setzt wann genau die Strafbarkeit ein? Auf den ersten Blick liest sich das Gesetz ja so, als wenn die Strafbarkeit ausschließlich den Hinweisgeber treffen würde und insofern eine ähnliche Lage geschaffen wird, wie sie bisher in den §§ 17 bis 19 UWG geregelt ist. Die Normen, wie sie hier sind, gehen aber weiter als im UWG, weil der Rahmen ein größerer ist. Weil es eben nicht mehr nur um Zwecke des Wettbewerbsrechts geht, sondern dieser Gesetzentwurf ja einen weiteren Tatbestand hat. Und worum es vor allem geht, das sind – gerade auch in dem jetzt diskutierten Cum/Ex-Fall – die Fragen der Anstiftung und Beihilfe, die eben die Journalisten sehr schnell betreffen könnten. Und wie auch schon mehrfach gesagt worden ist: Allein die Tatsache, dass ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren in Gang gesetzt wird, kann so einschüchternd wirken, dass jeder davon absieht, sich diesem Risiko auszusetzen. Deswegen an dieser Stelle: Es braucht – und da komme ich dann eigentlich auch zu der Frage von Frau Rößner – eine Medienschutzklausel, also eine wirklich klare Ausnahme für diesen Bereich. Der Versuch, zwischen Rechtfertigungsgründen und Definition sozusagen durchzulavieren, schafft so viel Unsicherheiten in der Praxis, dass ich noch einmal betonen möchte, dass eine wirklich korrekte Umsetzung der EU-Richtlinie – ich hatte am Anfang diesen Erwägungsgrund zitiert – meines Erachtens nur darin liegt, dass – genau so, wie es auch in der Richtlinie steht – Ausnahmen auch Ausnahmen bleiben und nicht zu Rechtfertigungsgründen werden. Der Unterschied besteht darin, dass eine Regelung auf der Ebene des Tatbestands am Anfang wirkt und ein Rechtfertigungsgrund am Ende wirkt. Und dazwischen liegt ein langes, langes Verfahren, welches für die Betroffenen sehr, sehr schwierig ist. Insofern braucht es auch hier eine entsprechende Medienschutzklausel, ein Medienprivileg, wie wir es ja auch an anderen Stellen schon kennen, wie zum Beispiel in der Datenschutz-Grundverordnung. Dann hätten wir auch hinsichtlich des Auskunftsanspruchs ja letztendlich kein Problem mehr. Wenn wir aber

zu einer solchen Bereichsausnahme nicht kommen, dann bitte ich Sie, diesen noch einmal sehr genau anzuschauen. Weil es sich auch wirklich um eine überschießende Regelung handelt, die in der EU-Richtlinie nicht vorgesehen ist. Und die Preisgabe der Informanten und der Quellen würde für unser deutsches Recht ein absolutes Novum darstellen.

Der Vorsitzende: Danke, Frau Pfab. Herr Martens, haben Sie eine kurze konkrete Nachfrage?

Abg. Dr. Jürgen Martens (FDP): Ja, eine kurze konkrete Nachfrage. Sie sagten eben auch: Beihilfe und Anstiftung – sprich: Tatbeteiligung – können Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens sein.

SVe Dr. Susanne Pfab: Natürlich.

Abg. Dr. Jürgen Martens (FDP): Dann ist die Sanktionierung durch den Auskunftsanspruch eigentlich nicht mehr schlimm. Denn ich komme schon an die ...

Der Vorsitzende: Sie wollten eigentlich eine kurze Nachfrage stellen.

Abg. Dr. Jürgen Martens (FDP): ... im Wege der Akteneinsicht in dem dann geführten Strafverfahren.

SVe Dr. Susanne Pfab: Sagen wir eher so: Man hat dann die doppelte Gefahr. Also all das, was noch geheim gehalten werden soll, würde vielleicht sogar auch schon während des Ermittlungsverfahrens nach außen dringen. Insofern besteht auch ein Widerspruch.

Der Vorsitzende: Danke schön. Nun bitte Herr Partsch mit zwei Fragen: eine von Herrn Movassat und eine von Frau Rößner. Bitte schön.

SV Dr. Christoph Partsch: Vielen Dank. Ich glaube, das Ungemach rührt daher, dass wir das Regel-Ausnahme-Verhältnis beim Betriebs- und Geschäftsgeheimnisschutz nicht eins zu eins auf die Presse übertragen können. Da ist nämlich das Regel-Ausnahme-Verhältnis genau umgekehrt zu sehen. Selbstverständlich sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu schützen. Aber bei der Presse muss es die Regel sein, dass die Recherche möglichst ist, und nicht die Ausnahme. Hier setzt der Gesetzentwurf das Regel-Ausnahme-Verhältnis gleich und kommt dann zum Schluss zur Missbrauchsklausel, bei der sich die Presse mit dem Argument wehren muss, dass die



Regelung jetzt missbräuchlich verwendet wird. Das ist eine völlig falsche Mechanik. Ich glaube, wir hatten bisher letztendlich die Fälle der durchgeknallten Staatsanwälte – das ist ja ein stehender Begriff –, irgendwie kann man die an einer Hand abzählen. Das waren also sehr, sehr wenige Fälle, die dann entsprechend auch meistens zum Freispruch führten, aber teilweise auch zu Freikäufen durch Einstellung.

Wenn ich als Anwalt dieses Gesetz sehe und die Gegenseite – also nicht den Journalisten – vertrete, dann würde ich jubeln. Denn ich hätte erstens das strafrechtliche Schwert. Das bringt mir schon mal ganz viele Möglichkeiten, die Presse einzuschüchtern und auch Informationen qua Akteneinsicht zu bekommen – ideal. Neu ist, dass ich per Stufenklage und alle möglichen anderen schönen zivilprozessualen Möglichkeiten die Herausgabe des Namens des Informanten erreichen kann. Und dann schauen Sie sich § 8 Abs. 2 des Gesetzentwurfs an. Dort steht: „Erteilt der Rechtsverletzer vorsätzlich oder grob fahrlässig die Auskunft nicht“ – also wenn der Journalist die Auskunft, wer ihm die Information gegeben hat, nicht erteilt –, dann ist ein Schadensersatz fällig. Das ist wunderbar. Der Rechtsverletzer wird in § 2 Nr. 3 des Gesetzentwurfs definiert als „jede natürliche oder juristische Person“, also auf jeden Fall der Journalist, „der entgegen § 4 ein Geschäftsgeheimnis rechtswidrig erlangt“. Der Verweis ist auf § 4 des Gesetzentwurfs, nicht auf die Rechtfertigungsnorm des § 5 des Gesetzentwurfs. Da kann man sich überlegen, dass da ja nur auf den objektiven Tatbestand verwiesen wird. Sie haben also einen wunderbaren Schadensersatzanspruch. Das ist ideal, das wird ein wunderbares Feld. Es wird wesentlich mehr Verfahren geben, weil solche Zivilverfahren natürlich sehr interessant sind und entsprechende Industrieunternehmen oder auch Personen, die ein Geschäftsgeheimnis – das vielleicht rechtswidrig ist – besitzen, das die Allgemeinheit gerne erfahren möchte – und auch ein Recht hierauf hat –, sich mit allen Mitteln des Straf- und Zivilrechts dagegen wehren können. Und das wird wie gesagt zum Chilling Effect führen. Es wird also wesentlich mehr Verfahren geben. Eine Medienschutzklausel ist dringend nötig in der einen oder anderen Form. Ich will nur sagen, dass die Richtlinie ja das von mir eingangs angesprochene

fehlerhafte Regel-Ausnahme-Verhältnis gesehen und eine Bereichsausnahme für die Medien installiert hat. Warum das herausgenommen worden ist, ist mir unklar. Danke schön.

Der Vorsitzende: Danke, Herr Partsch. Frau Möller mit einer Frage von Herrn Jacobi. Bitte.

Sve Doris Möller: Ja, sehr gerne. Hier geht es um das Reverse Engineering. Das heißt, dass man von einem Geschäftsgeheimnis dadurch Kenntnis erlangt, dass man ein Produkt legal erworben hat, auseinandernimmt und so das Geschäftsgeheimnis ermittelt. Ich fürchte, dass wir – was diese Regelung angeht – kaum noch große Chancen haben, diese Möglichkeit zu unterbinden. Bisher war es ja so, dass wenn das durch einen Fachmann ganz einfach möglich war, dann war das auch heute schon denkbar. Aber es ging nicht, dass ich die Blackbox öffne und alles zerfiesele. Das ist hiernach jetzt möglich. Und ich denke, die Wirtschaft muss sich darauf einstellen, indem sie einfach vertragliche Ausschlussklauseln hierfür macht. Und wenn sie das eben nicht will, dann ist es möglich, dem Vertragspartner zu sagen, dass das Reverse Engineering ausgeschlossen wird. Aber das ist eigentlich die einzige Möglichkeit, die ich derzeit sehe, weil der Wortlaut identisch ist mit dem Wortlaut der Richtlinie. Ich habe eben noch einmal genau nachgeguckt. Und ich fürchte, dass wir da wahrscheinlich keine Stellschrauben mehr groß einbauen können.

Der Vorsitzende: Danke, Frau Möller. Herr Hiéramente mit drei Antworten, zwei an Herrn Jung und eine an Frau Rottmann. Bitte schön.

SV Dr. Mayeul Hiéramente: Danke schön. Erst einmal zu den Fragen von Herrn Jung. Vielleicht noch mal zum Background, zum Eskalationsmodell. Es gibt verschiedene Begriffe. Darüber kann man streiten, welcher Begriff der richtige ist. Aber im Kern geht es um folgende Frage: Soll ein Arbeitnehmer, wenn er Missstände in seinem Unternehmen erkennt oder meint, solche erkannt zu haben, zur Presse, zur Polizei bzw. Staatsanwaltschaft oder zu seinem Arbeitgeber gehen? Das Eskalationsmodell sagt nicht, dass Staatsanwaltschaft und Presse ausgeschlossen sind, sondern es sagt eigentlich relativ sinnvoll: „Versuche es doch erst einmal bei Deinem Arbeitgeber!“ Ich berate in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis und es ist gang und gäbe,



dass Unternehmen, die Kenntnis erlangen von Missständen in ihrem Unternehmen, diese durchaus aufklären und teilweise sogar proaktiv offenlegen. Es ist also nicht prinzipiell falsch, einen Arbeitnehmer erst einmal aufzufordern, doch einmal zu seinem Vorgesetzten oder zu einer internen Meldestelle zu gehen. Das sehe auch nicht nur ich so, das sieht auch das Bundesarbeitsgericht so. Und das sieht – und das ist vielleicht für uns noch besonders wichtig, hier in dieser Konstellation – auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte so, der in der Sache „Heinisch gegen Deutschland“ gesagt hat, dass es durchaus angemessen ist, wenn ein Arbeitnehmer zunächst einmal interne Wege geht.

Dies bringt mich zu der zweiten Frage von Herrn Jung: Ist es richtlinienkonform, ein solches Modell auch für den hiesigen Sachverhalt zu übernehmen? Zunächst einmal relativ einfach: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sagt es, das Bundesarbeitsgericht sagt es: Das gilt nicht für die Europäische Union, aber die Grundrechte-Charta der Europäischen Union hat ganz vergleichbare Grundrechte wie die Europäische Menschenrechtskonvention und bestimmt sogar ganz explizit, dass die Wertungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention zu übernehmen sind. Das heißt, im EU-Primärrecht ist eine ganz ähnliche Wertung angezeigt. Das ist das Erste. Und das Zweite, und das ist vielleicht auch noch ganz einfach, wenn man über das Arbeitsrecht redet: Insoweit schreibt die Richtlinie Folgendes vor und da zitiere ich: „...die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Antrag auf die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe abgelehnt wird...“. Kurzum: Die Richtlinie sagt gerade nicht, dass für alle Rechtsbereiche eine Lösung normiert werden soll, sie lässt es explizit offen. Sie verhält sich zwar zu kollektivarbeitsrechtlichen Themen, sie verhält sich zur Frage der Presse, sie sagt aber nicht, dass in sämtlichen Rechtsbereichen dieser Rechtfertigungsgrund – es ist noch nicht einmal ein Rechtfertigungsgrund, so wie er in der Richtlinie normiert ist –, diese Klausel des Art. 5 der Richtlinie Geltung beanspruchen muss. Das heißt, dem nationalen Gesetzgeber steht es durchaus offen, parallel zur Frage des Geheimnisschutzes für den Bereich des Arbeitsrechts die bisherige Rechtsprechung zu übernehmen. Und dann ist die Frage: Übernimmt

man sie einfach und überlässt man es den Gerichten? Das ist für das Gesetzgebungsverfahren wahrscheinlich die einfachste Lösung, aber sicherlich für alle Beteiligten nicht besonders günstig. Der Whistleblower weiß nicht, was er zu tun hat; das Unternehmen weiß nicht, wie es agieren soll, wenn es damit konfrontiert ist. Die zweite Möglichkeit wäre: Stellt man in gewisser Weise klar, dass das Arbeitsrecht nicht von dieser Regelung betroffen ist, oder führt man dies – das ist sozusagen der Idealfall – ein, indem man eine vergleichbare Regelung, wie sie jetzt in dem Entwurf der Whistleblowing-Richtlinie enthalten ist, schafft? Und da gehe ich ganz mit Ihnen, Herr Ann: Das kann nur eine Übergangslösung sein und möglicherweise braucht man dann am Ende dieses Verfahrens, wenn es auf der EU-Ebene eine klare Whistleblowing-Richtlinie gibt, noch einmal eine Anpassung, ein Feintuning, in der man das dann normiert. Aber bisher ist der Ansatz, der in dem Entwurf der Whistleblowing-Richtlinie enthalten ist, eigentlich ein sehr vernünftiger.

Dann noch einmal kurz zum Verhältnis der beiden Richtlinien, Stand heute: kein Verhältnis, weil es nur eine gibt, das ist relativ einfach. Stand in zwei oder drei Jahren: entweder Anpassung oder zwei parallele Whistleblowing-Richtlinien, was ich allerdings nicht für sinnvoll erachte. Das heißt, es wäre durchaus sinnvoll, wenn man die Whistleblowing-Richtlinie jetzt schon einmal so ein bisschen prospektiv in den Blick nimmt und sich daran orientiert, um eine Regelung zu finden. Es muss keine abschließende Regelung für alle Rechtsbereiche sein, aber die Idee dahinter – das Stufenmodell und eine Orientierung an rechtswidrigen Handlungen und Missbrauchskonstellationen, die explizit in der Whistleblowing-Richtlinie auch angelegt ist; also nicht das unethische Verhalten – erscheint mir durchaus sinnvoll. Wie gesagt: Es ist nicht zwingend notwendig, das zu normieren. Man kann das auch über eine Ausnahme für das Arbeitsrecht oder möglicherweise über das ganz einfache Wort „erforderlich“ lösen und es dann den Gerichten überlassen, das in dieses Wort „erforderlich“ hinzulesen, so wie es ja im Prinzip auch jetzt schon gängige Rechtsprechung ist.

Um auf das Thema des berechtigten Interesses zurückzukommen: Aus strafrechtlicher Perspektive muss ich sagen: Ich halte dies für



durchaus sinnvoll, weil es in der Tat sinnwidrig wäre, in einem Gesetzgebungskonzept Unternehmen aufzuerlegen, zu definieren, was strafbar ist. Es darf nicht allein beim Privaten liegen, die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens zu begründen. Das kann nicht Anspruch eines Gesetzgebers sein. Das heißt, eine gewisse Verobjektivierbarkeit ist durchaus sinnvoll. Man kann es heute in das deutsche Gesetz sicherlich hineinlesen und ich gehe auch stark davon aus, dass das jedenfalls die Strafrechtsprechung oder die Staatsanwaltschaften auch hineinlesen werden. Diese werden, wenn ein Unternehmen sagt: „Die Farbe unserer Toilettentüren ist rot und das erklären wir zum Geschäftsgeheimnis.“, dies sicherlich nicht strafrechtlich verfolgen, wenn diese Information bekannt wird. Dementsprechend: Es gibt eine faktische Korrektur durch die Gerichte und Staatsanwaltschaften. Man könnte es jedenfalls für den Strafrechtsbereich normieren. Zwingend ist es allerdings nicht. Und was die subjektive Komponente angeht: Es gibt da Auslegungsbereiche, das hatte der Kollege auch schon erwähnt. Die Richtlinie ist auch in den verschiedenen Sprachfassungen nicht ganz klar. Die englische Fassung wurde bereits zitiert. Wenn man sich die französische Fassung anguckt, heißt es dort: „que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général“. Das liest sich wieder subjektiver, also eher wie die deutsche Sprachfassung, da ist man sicherlich in einem Grenzbereich. Möglicherweise klärt sich das aber auch in zwei Jahren, weil die Whistleblowing-Richtlinie dieses Konzept eigentlich auch nicht verfolgt.

Der **Vorsitzende**: Danke, Herr Hiéramente. Herr Harte-Bavendamm ist der Nächste mit drei Antworten; zwei zu Herrn Fechner, der jetzt vertreten wird durch Herrn Bartke, und eine zu Frau Rottmann. Bitte schön.

SV Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm: Wenn ich das richtig verstanden habe, zielen beide Fragenden darauf ab, wie der Geschäftsgeheimnisbegriff zu verstehen ist, im einen Fall im Zusammenhang mit der Frage: „Schafft der jetzige eine größere Gefahr für Journalisten?“, und im anderen Fall etwas allgemeiner gefasst. Ich denke, dass der Geschäftsgeheimnisbegriff aus der Richtlinie eins zu eins übernommen werden muss. Wir müssen dabei sehen, dass seit 1994

sowohl die Europäische Union als auch die einzelnen Mitgliedstaaten an das TRIPS-Abkommen gebunden sind. Die Definition, die jetzt in die Richtlinie übernommen worden ist, ist identisch mit der TRIPS-Definition, die der Bundesgerichtshof allerdings längere Zeit noch fälschlicherweise ignoriert hat. Die Funktion der Richtlinie ist, dass sie das, was bisher völkerrechtlich – auf Weltebene sozusagen – galt, ins Unionsrecht transportiert hat; und da ist dieser Begriff verbindlich. Es geht ja um den Schutz von Geschäftsgeheimnissen, das ist der Kern des ganzen Harmonisierungsvorhabens. Es hat keinen Sinn, diesen Kern nun von Land zu Land anders zu verstehen. Ich glaube nicht, dass die Befürchtungen berechtigt sind, dass durch diesen Begriff – Klammer auf: der eigentlich schon bisher galt, Klammer zu – Spielraum für willkürliche, subjektive Wertung neu geschaffen würde. Dabei ist einmal Bezug genommen worden auf eines der Definitionsmerkmale, die die deutsche Rechtsprechung seit 100 Jahren oder 120 Jahren verwendet hat, nämlich das berechtigte Interesse an der Geheimhaltung. Ein subjektives Element. Das hat aber in der deutschen Rechtsprechung über diese lange Zeit so gut wie keine Rolle gespielt. Es ist nie ernsthaft als Kontrollinstrument eingesetzt worden. Das ist das Eine. Wenn es aber darum geht, Willkür auszuschließen, dann muss man sagen, bringt die Richtlinie und damit auch das Gesetz eine ganz wesentliche Verbesserung gegenüber dem bisherigen Zustand, weil ja erstmalig in die Ebene des einzelnen Gesetzes hinein transportiert worden ist, in welchem Umfang berechnete oder legitime – so heißt es in der Richtlinie – Interessen Dritter berücksichtigt werden müssen. Das hatten wir bisher gar nicht. Das hätte man nur mit viel Mühe über das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ hineinquetschen können. Das ist aber bisher nicht geschehen. Wir finden in der Richtlinie an allen möglichen Stellen und auch im Gesetz Hinweise darauf, dass die Maßnahmen – ich rede jetzt über das Zivilrecht – verhältnismäßig sein müssen, dass es keinen Missbrauch geben darf. Wir haben in § 3 des Gesetzentwurfs... Da ist allerdings die Richtlinie etwas genauer und die Umsetzung nicht ganz so glücklich. In Art. 3 der Richtlinie heißt es, dass auch jedes andere Verhalten, das im Einzelfall – ich sage es jetzt einmal verkürzt – mit anständigen Gepflogen-



heiten vereinbar ist, rechtmäßig ist, also von vornherein gar nicht unter den Katalog der verbotenen Handlungen des § 4 des Gesetzesentwurfs fällt. Also wir haben durchgehend in der ganzen Richtlinie und im Wesentlichen auch im Gesetz eine viel stärkere Berücksichtigung von Interessen Dritter als bisher.

Und was die Definition des Geschäftsgeheimnisses betrifft, meine ich also nicht, dass es sinnvoll ist. Und ich glaube, dass es unionsrechtlich auch nicht funktionieren würde, den Geschäftsgeheimnisbegriff, der aus meiner Sicht rein objektiv zu prüfen ist, auf Dauer zu ändern. Er ist sogar enger als bisher. Insofern ist also die Gefahr unter einem Aspekt sogar tendenziell geringer als bisher, weil das Unternehmen künftig – das ist vielen erst jetzt bewusst geworden, hätte eigentlich nach TRIPS schon immer gegolten, ist aber nie praktisch relevant geworden – zunächst einmal nachweisen muss, dass es um Informationen geht, für die angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen worden sind. Einige sagen, das wird alles über den Haufen schmeißen. Wer also nicht ein nahezu perfektes System nachweisen kann, der hat von vornherein gar kein Geschäftsgeheimnisschutz, andere sehen die Schwelle niedriger. Aber tendenziell ist das jedenfalls eine Einengung des Begriffs.

Die andere Frage betraf die Rechtfertigungsgründe und die Bereichsausnahme. Auch da möchte ich noch einmal sagen, dass die Meinungsfreiheit und die Freiheit der Medien stärker berücksichtigt werden als bisher. Es ist richtig – das finde ich persönlich auch bedauerlich, aber man muss sowieso die Richtlinie immer daneben legen und das Gesetz richtlinienkonform auslegen –, dass der ausdrückliche Hinweis in Art. 1 der Richtlinie, dass also die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht beschränkt werden darf, aber eben auch die Pressefreiheit ihren Stellenwert hat, den sie hat, im Gesetz wörtlich so nicht wiederkehrt. Ich bezweifle, ob das inhaltlich große Unterschiede macht. Also auch diese Differenzierung zwischen Rechtfertigungsgründen und Ausnahmen. Jedenfalls finde ich, dass das zivilrechtlich zu sehr befrachtet wird. In der Richtlinie heißt es „Ausnahmen“. Wenn wir auf der zivilrechtlichen Seite sind, bedeutet das normalerweise immer, dass derjenige, der sich auf die Ausnahme beruft, das Vorliegen dieser Ausnahme beweisen muss,

die entsprechenden Tatsachen. Die Deutschen haben gemeint, das in unser System über den Begriff „Rechtfertigungsgründe“ einzufügen. Das scheint mir auch vertretbar zu sein. Aber im Grunde – wenn das zur Beruhigung beitragen würde – könnte man auch wieder „Ausnahmen“ drüberschreiben. Also der Inhalt dieser Vorschrift wird von der Überschrift gar nicht beeinflusst. So oder so gilt das, was in Art. 5 der Richtlinie dann unter dieser Überschrift steht, und das kehrt auch so im deutschen Gesetzesentwurf wieder. Und wo die Grenzen verlaufen, das werden dann wahrscheinlich erst die Gerichte feststellen können. Abschließend vielleicht noch ein Wort zu § 8 des Gesetzesentwurfs, der ebenfalls offenbar große Besorgnis hervorruft: das Auskunftsrecht. Ich glaube, da gibt es ein grundlegendes Missverständnis. Den Auskunftsanspruch hat man hier hineingenommen als Parallele zur Behandlung der Rechte des geistigen Eigentums, also des Markenrechts oder des Patentrechts beispielsweise. Er hat dort allein die Funktion, zu klären, auf welchem Vertriebsweg rechtsverletzende Produkte eingekauft worden sind, weiterverbreitet worden sind, damit der Rechtsinhaber möglichst auch auf anderen Stufen eingreifen kann, bevor gefälschte Markenprodukte, was auch immer, den Verbraucher erreichen. Das ist eine Auskunft über die Vertriebswege. Und auch in diesem Gesetz geht es nicht abstrakt um einen Auskunftsanspruch hinsichtlich jeder geheimen Information, sondern es geht um rechtsverletzende Produkte. Das ist die Überschrift und das ist in dieser Norm geregelt. Und mit rechtsverletzenden Produkten hat der berichtende Journalist gar nichts zu tun, das hat eine völlig andere Zielrichtung, als Sie befürchten. Vielen Dank.

Der Vorsitzende: Danke auch Ihnen. Frau Böning mit zwei Antworten zu Fragen von Frau Müller-Gemmeke. Bitte schön.

Sve Dr. Marta Böning: Herzlichen Dank. Also einmal ging es um die Frage: „Ist die Richtlinie richtig umgesetzt worden in das deutsche Recht oder sind vielleicht darüber hinaus andere europarechtliche Vorschriften unbeachtet geblieben?“ Und die Antwort lautet für den ersten Teil der Frage: nein; für den zweiten: ja. Und zwar aus folgenden Erwägungsgründen:

Wenn wir uns erst einmal angucken, was eigentlich die Ermächtigungsgrundlage dieser



Richtlinie ist, dann ist das Art. 114 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Das ist eine binnenmarktrechtliche Ermächtigungsgrundlage. Da geht es um die Stärkung des Funktionierens des Binnenmarktes. Das wurde von Frau Müller heute auch schon angesprochen: Es geht um Innovationsschutz, um Wettbewerbsschutz, es geht also nicht um die Eingriffe oder wie auch immer geartete Gestaltung der Arbeitnehmerrechte und der Rechte der Interessenvertretungen. Das ist auch von der Ermächtigungsgrundlage dieser Richtlinie nicht gedeckt. Das bedürfte der Ermächtigungsgrundlage des Art. 153 AEUV.

Das heißt, wir haben hier eigentlich keine Absicht des europäischen Gesetzgebers, in die Rechte der Beschäftigten, in die Rechte ihrer Interessenvertreter einzugreifen. Und die fehlende Absicht, hier einzugreifen, manifestiert sich auch in vielen Vorschriften dieser Richtlinie und dazu zählen sowohl die Erwägungsgründe als auch die Artikel der Richtlinie. Wir haben den Erwägungsgrund 18, der uns ganz ausdrücklich sagt, dass die Fälle, in denen Interessenvertreter Informationen erwerben und diese auch weiter nutzen oder offenlegen wollen, Fälle des rechtmäßigen Erwerbs und der rechtmäßigen Offenlegung sind. Also das alleine sind schon Fälle, in denen die Nutzung von Selbstinformationen, die als Geschäftsgeheimnis definiert werden würden, erlaubt werden muss. Wir haben den – heute bereits mehrfach genannten – Erwägungsgrund 14, der uns mehr oder weniger einen Maßstab dafür gibt, wie der nationale Gesetzgeber überhaupt den Begriff des Geschäftsgeheimnisses definieren kann und soll. Das sind nicht alleine die Kriterien der Offenkundigkeit, der daraus resultierenden kommerziellen Verwertungsmöglichkeit und der angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen. Nein, wir haben eben auch diesen objektiven Maßstab und der müsste auch hier zur Anwendung kommen.

Ein weiterer Punkt: Wir haben in Art. 1 der Richtlinie eine Vielzahl von Vorgaben, welche Bereiche, welche Vorschriften oder welche anderen Rechtsgüter unberührt bleiben. Und einer dieser Bereiche ist komplett nicht umgesetzt worden durch den deutschen Gesetzgeber – oder noch nicht Gesetzgeber – Gott sei Dank –, sondern durch die Bundesregierung. Das ist Art. 1 Abs. 3

dieser Richtlinie. Und ich frage mich, wenn man meint, eine Richtlinie eins zu eins umsetzen zu müssen inklusive der Kriterien für die Definition der Richtlinie, dann hätte man doch eigentlich logischerweise auch hier eine „eins zu eins“-Umsetzung vornehmen müssen. Und wenn Sie in diese Richtlinie schauen, dann sagt uns der Art. 1 Abs. 3 Folgendes: Dass keine Bestimmung dieser Richtlinie so ausgelegt werden darf, dass sie eine Grundlage dafür bietet, die Mobilität der Arbeitnehmer zu beschränken. Und was die Ausübung dieser Mobilität betrifft, so bietet diese Richtlinie keinen Grund für die Beschränkung der Nutzung von Informationen, die kein Geschäftsgeheimnis darstellen, keinen Grund für die Beschränkung der Nutzung von Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben haben, und keinen Grund für die Auferlegung zusätzlicher Beschränkungen für Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen, die nicht gemäß dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht auferlegt werden. Und diese Bestimmung, meine Damen und Herren, fehlt komplett in der Richtlinie. Es wäre jedoch für die individualrechtliche, vertragliche Ebene eine ganz wichtige Zusicherung. Denn ansonsten droht genau das, was ich bereits in meinem Einführungsstatement angesprochen habe: Nämlich dass Menschen – gerade diejenigen in qualifizierten Berufen – Gefahr laufen, dass ihre Fachkenntnisse, ihre Fähigkeiten zum Beispiel beim Jobwechsel zum Geschäftsgeheimnis erklärt werden und dass der Arbeitgeber mit einem Unterlassungsanspruch gegen den – auch grundgesetzlich geschützten und gesicherten – Wunsch dieser Beschäftigten vorgehen würde, diese Fertigkeiten, Fähigkeiten weiter nutzen zu können.

Und jetzt komme ich zu dem Punkt, wo es um die Frage ging: Was würde sich ändern durch die Einführung dieses Gesetzes und durch dessen – sagen wir mal – undifferenzierte Anwendung auf die Sachverhalte des Arbeitsrechts, genauer gesagt auf die Mitbestimmung. Ganz einfacher Fall: Wir haben ein Unternehmen – einen Turbinenproduzenten in Ostdeutschland – und eine bevorstehende Produktionsverlagerung in das Ausland, die etwa die Hälfte der Beschäftigten in diesem Betrieb betrifft. Der Arbeitgeber kündigt dies dem Betriebsrat an. Es sollen auch natürlich entsprechend den §§ 111, 112 Betriebsverfassungsgesetz



(BetrVG) Interessenausgleich und Sozialplanverhandlungen durchgeführt werden. Die Arbeitgeberseite weist jedoch darauf hin, dass sie befürchtet, dass, wenn diese Information an die Belegschaft herangetragen wird, der Krankenstand steigt, Fachkräfte aus dem Unternehmen abwandern und damit die Produktion möglicherweise insgesamt sinkt. Also beruft sie sich auf das Tangieren ihrer wirtschaftlichen Interessen durch eine Offenlegung gegenüber der Belegschaft. Was macht die Arbeitgeberin also? Sie unternimmt angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen, sie verpflichtet den Betriebsrat, legt ihm eine Vertraulichkeitsverpflichtung zur Unterschrift vor, aus der sich ergibt, er möge bitte diese Informationen nicht weiterverwenden bzw. legt das vor, bevor der Betriebsrat die Informationen bekommt. Was haben wir nach der geltenden Rechtslage? Wir haben gar nichts. Die Arbeitgeberin darf dieses Stillschweigen nicht verlangen, denn sie hat – nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte – kein sachlich begründetes, objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse daran, dass der Betriebsrat erst dann kommuniziert, wenn seine Entscheidungen fertig ausverhandelt sind. Ganz im Gegenteil: Er muss mit der Belegschaft kommunizieren können und deswegen haben wir es hier mit keinem Geschäftsgeheimnis im Sinne des Arbeitsrechts zu tun.

Das heißt, der Betriebsrat hat zwar etwas unterschrieben, um an die Informationen heranzukommen, bzw. hat Informationen, die als vertraulich gekennzeichnet und ihm vorgelegt wurden, an die Belegschaft weitergegeben. Es wird ihm aber dadurch kein Schaden zugefügt werden können. Was passiert nach der neuen Rechtslage? Erst einmal ist die Frage: Haben wir es mit einem Geschäftsgeheimnis zu tun? Ja. Die Information ist weder allgemein bekannt, noch ist sie ohne weiteres zugänglich. Zweitens: Ist sie wegen ihres geheimen Charakters von wirtschaftlichem Wert? Ja. Und Drittens: Hat der Arbeitgeber oder die Unternehmensleitung angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen unternommen? Auch Ja. Kann eine solche Verschwiegenheitsverpflichtung überhaupt wirksam sein? Ja. Wir haben keine Erlaubnisnorm, die dem Betriebsrat ermöglicht, sich über eine solche Verschwiegenheitsverpflichtung hinwegzusetzen. Wir haben zwar eine Regelung in § 3

des Gesetzentwurfs, die besagt, dass das Erlangen dieser Informationen im Rahmen von Beteiligungsrechten zulässig ist, nicht aber die Nutzung und die Offenlegung. Was bedeutet das? Wir haben zwar eine Auffangnorm in § 3 Abs. 2 des Gesetzentwurfs, die besagt, dass die Offenlegung dann erlaubt ist, wenn sie durch ein Gesetz gestattet ist. Wir haben aber keine Erlaubnisnorm im deutschen Arbeitsrecht, die dem Betriebsrat erlaubt, Geschäftsgeheimnisse und erst recht nicht solche subjektiven Geschäftsgeheimnisse weiterzugeben. Das heißt, wir haben hier einen klaren Verstoß gegen § 4 Abs. 2 des Gesetzentwurfs. Wir haben also einen Verstoß gegen eine Vertraulichkeitsverpflichtung und der Arbeitgeber kann gegenüber dem Betriebsrat entsprechend dem § 10 des Gesetzentwurfs Schadensersatzforderungen geltend machen. Und da der Betriebsrat aber vermögenslos ist, wird es wahrscheinlich die einzelnen Mitglieder dieses Betriebsrates treffen. Und dann möchte ich, meine Damen und Herren, diejenigen Betriebsräte sehen, die auch nach der neuen Rechtslage bereit sind, sich diesem Risiko auszusetzen. Das wäre meines Erachtens sehr schwierig und sehr zweifelhaft. Vielen Dank.

Der Vorsitzende: Danke, Frau Böning. Und damit haben wir sozusagen in knapp zehn Minuten zwei Fälle gelöst, einen nach altem Recht und einen nach neuem Recht. Jetzt ist der Herr Ann an der Reihe. Drei Fragen haben Sie gestellt bekommen: zwei von Frau Winkelmeier-Becker und eine von Herrn Martens. Bitte schön.

SV Prof. Dr. Christoph Ann: Wir reden hier über viele Dinge, bei denen man als Immaterialgüterrechtler erstaunt ist, dass diese heute hier das Hauptthema sind. Eigentlich geht es ja um den Schutz von Unternehmensgeheimnissen. Im Wesentlichen haben wir jetzt über die Presse geredet. Das ist wichtig, ohne Frage. Aber das überrascht mich ein bisschen.

Die Frage bezog sich auf den Geheimnisschutz im Zivilprozess. Wo liegt da das Problem? Und das ist ein altes Thema in Deutschland. Der Geheimnisschutz im deutschen Zivilprozess ist – jedenfalls seit sich andere Länder dazu entschlossen haben, Geheimnisse stärker zu schützen, zum Beispiel durch In-camera-Verfahren – im internationalen Vergleich, wenn man das so sagen will, zurückgefallen. Also aus



Sicht der Rechteinhaber, der Geheimnisinhaber ist er zurückgefallen. Das Hauptproblem aus Sicht der Geheimnisinhaber ist – und da geht es jetzt nicht um die Konstellation, dass man sozusagen seinen Betriebsrat irgendwie tot machen will oder die Presse belangen will oder so etwas – der Fall der Konkurrenzspionage zum Beispiel. Diese Fälle werden häufiger, indem man eben Entwicklungskosten einfach dadurch spart, dass man das Geheimnis sich von woanders besorgt und es dann wirtschaftlich verwertet. Da ist das Problem für den Geheimnisinhaber Zweierlei. Erst einmal: Wenn er klagt, dann macht er damit ja aktenkundig, dass bei ihm offenbar Geheimnisse nicht sicher sind. Das ist heutzutage nicht so wahn-sinnig günstig. Viele Unternehmen sagen sich dann schon einmal: „Wenn es passiert ist, dann mache ich es jedenfalls jetzt nicht auch noch öffentlich.“ Das zweite Problem ist, dass wenn ich Schadenersatz geltend machen will, ich dann sagen muss, was genau weggekommen ist. Das heißt, ich muss dann in der Klageschrift genau angeben, was mein Geheimnis war und warum mich das jetzt schädigt – auch das ist nicht schön. Nun ist es natürlich schwierig, dass man in einem Geheimnisschutzprozess diese Informationen der Beklagtenseite vorenthält, aber grundsätzlich ist schon einmal darüber nachzudenken, ob man eine Situation haben möchte, in der jemand, dessen Geheimnis weggekommen ist, dann sozusagen noch einmal öffentlich vorgeführt wird, indem er schlechterdings nichts Vernünftiges dagegen machen kann. Und das ist die Situation, die es jedenfalls in Deutschland lange gab. Nun versucht also der Gesetzentwurf, insoweit zu helfen. Es gibt also § 16 des Gesetzentwurfs: „Bei Klagen, durch die Ansprüche geltend gemacht werden, kann das Gericht auf Antrag Informationen als geheimhaltungsbedürftig einstufen.“ Und dann gibt es § 19 des Gesetzentwurfs betreffend weiterer gerichtlicher Beschränkungen. Man kann zum Beispiel auch die Anzahl der Personen reduzieren. Aber man kann nicht eine Partei ausschließen. So etwas gibt es in anderen Ländern, in Form von In-camera-Verfahren. Interessanterweise gibt es das in Deutschland auch, nämlich für den Verwaltungsprozess in § 99 Verwaltungsgerichtsordnung. Im finanzgerichtlichen Verfahren gibt es so eine Möglichkeit auch. Also ist der Staat selbst da ein bisschen großzügiger, wenn es um seine Sachen geht. Aber

bei den einzelnen Wirtschaftsobjekten ist es nicht so. Wenn man Unternehmen hat, dann ist – das steht so in § 19 des Gesetzentwurfs – jeweils mindestens einer natürlichen Person jeder Partei und ihrer Prozessvertretung Zugang zu gewähren. Also einen der Gegenseite wird man auf keinen Fall los. Nun war – und daran wird deutlich, wie sozusagen dieses Problem gesehen worden ist – allen Ernstes im Referentenentwurf ein Ordnungsgeld in Höhe von 1.000 Euro vorgesehen. Da fragt man sich schon, ob damit eine Botschaft gesendet werden soll. Das ist so realitätsfern, dass man sich da wundert. Es hat wohl etwas mit den Ordnungsgeldern insgesamt zu tun. Da gab es schon irgendwie einen Grund, jedenfalls war das lächerlich. Ich habe zu dem Thema verschiedentlich in Übersee vorgetragen. Und als ich diese 1.000-Euro-Regelung erwähnt habe, hat man richtig gemerkt, wie dem Auditorium die Gesichtszüge entglitten sind, weil die sich gedacht haben: Die Deutschen sind doch sonst irgendwie vernünftig, doch einigermaßen gründlich. Aber das war ein Lacherfolg – buchstäblich. Jetzt sind es 100.000 Euro. Also es ist mehr geworden. Aber wenn es um viel Geld geht, kann man sich schon die Frage stellen, ob das genug ist und man kann sich auch die Frage stellen, ob denn überhaupt vom Prinzip der Ansatz funktioniert, jemanden sozusagen schlau zu machen und ihm dann zu verbieten, es zu sagen. Also, der kommt jetzt nach dem Prozess in sein Unternehmen zurück und wird dann natürlich irgendwie befragt – und wenn es in der Kantine ist –, und dann darf er nicht alles sagen. Ich halte das für ein bisschen naiv. Und ich meine, dass man sich ernsthaft fragen müsste, ob man da den deutschen Zivilprozess nicht anders aufstellen müsste. Ich meine: Was in England geht, könnte ja auch in Deutschland gehen. Zum Beispiel werden in vielen Ländern Anwälte zugelassen und die Parteien nicht unbedingt – und die Anwälte sagen es den Parteien dann auch nicht weiter. Das funktioniert in den USA. Also im angelsächsischen Rechtskreis funktioniert das. Das könnte man sich einmal überlegen. Nun gebe ich Ihnen allerdings gerne zu, dass ich ja hier nur die Frage beantworte, dass ein zivilprozessrechtlicher Paradigmenwechsel in dieser Größenordnung nicht zu machen sein wird. Wobei mir interessanterweise mein Gesprächspartner aus dem Bundesministerium der Justiz und für



Verbraucherschutz sagte: Da kommen Sie an unserer ZPO-Abteilung nicht vorbei. Die lassen sich bei so einer Gelegenheit ein so wesentliches Thema nicht diktieren. Das fand ich auch ganz interessant. Übrigens, Sie wissen, dass der Referentenentwurf zu diesem Gesetz geleakt worden ist? Das ist ja auch noch etwas Witziges, dass zum deutschen Geheimnisschutzgesetz der Referentenentwurf geleakt worden ist. Soviel zum Thema effektiver Geheimnisschutz. Aber hier hat es eine besondere Ironie. Das werden Sie mir bestätigen.

Zur Frage Bereichsausnahme bzw. Rechtfertigungsgrund. Dazu muss ich, glaube ich, nicht mehr viel sagen, denn Herr Kollege Harte-Bavendamm hat dazu gerade etwas gesagt. Bereichsausnahmen sind zum Beispiel im Kartellrecht geläufig gewesen und bedeuten eben, dass man bei bestimmten Themen – und das ist ja auch das, was die Presse gerne haben möchte – von vornherein sagt, das ist hier gar nicht dabei. Und dass es auf die Weise eben gar nicht zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens kommen kann. Das ist eine rechtspolitische Entscheidung, ob man das so machen möchte oder nicht. Richtig ist, dass es – so wie es derzeit ist – dann ein Ermittlungsverfahren gibt, bei dem zunächst einmal der Tatbestand ermittelt wird und man erst dann zur Frage vorstößt: gerechtfertigt – ja oder nein?

Zu Ihrer Frage, Herr Martens: Das war die Frage nach dem Strafraum. Wenn man sich die Regelung einmal anschaut – § 23 des Gesetzentwurfs –, dann hatten Sie ja danach gefragt, ob das eigentlich viel oder wenig ist. Die Antwort ist: Es ist wenig. Denn „Geldstrafe oder bis zu drei Jahren“ ist ein geringer Strafraum. Der deutsche – wie mein Referendarausbilder immer sagte – Feld-, Wald- und Wiesenstrafrahmen ist „Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahre“. Also da gibt es hier schon einen Rabatt für Geheimnisverrat, sage ich mal so ins Unreine. Aber, Sie hatten ja auch danach gefragt, warum es eigentlich mehr ist, wenn es aus dem Ausland kommt. Schlicht deshalb, weil europäische Unternehmen aus dem Ausland beispielsweise massiv gehackt werden. Das kann man jeden Tag in der Zeitung lesen. Wenn das dann im Ausland eingesetzt wird, dann möchte man wenigstens ein bisschen drohen. Und das ist der Grund dafür. Das ist weniger der

deutsche Wettbewerber, der das in Mexiko macht, sondern das ist mehr der außereuropäische Wettbewerber, der das bei sich macht und bezüglich entsprechenden Materials auf Fischzüge geht. Da scheint es mir durchaus nachvollziehbar, dass man insoweit auch ein bisschen die Strafandrohung vom sozusagen privilegierten, relativ niedrigen Niveau auf ein normales Niveau anhebt. Danke schön.

Der **Vorsitzende**: Danke schön, Herr Ann. Damit ist die erste Antwortrunde abgeschlossen. Wir haben jetzt für die zweite Fragerunde fünf Wortmeldungen notiert: Frau Rößner, Frau Müller-Gemmeke, Herr Bartke, Herr Movassat und Frau Rottmann. In dieser Reihenfolge bitte. Frau Rößner beginnt.

Abg. **Tabea Rößner** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank. Ich muss sagen, ich bin froh, dass Gesetzentwürfe hin und wieder geleakt und über die Presse veröffentlicht werden. So erhalten wir sie dann auch irgendwann, damit wir sie auch im parlamentarischen Verfahren diskutieren können. Da ist es manchmal doch ganz hilfreich, wenn die Presse darüber berichtet. Also ich fand diese Antwortrunde sehr erhellend, gerade auch nach der Einschätzung von Herrn Professor Harte-Bavendamm, was die Presse angeht. Wenn nämlich gerade § 8 des Gesetzentwurfs so unterschiedlich bewertet wird, dann wird die Regelung ja auch bei ihrer Anwendung sehr unterschiedlich aufgefasst werden. Und deshalb ist für mich noch einmal deutlich geworden, dass wir die Medienschutzklausel auf jeden Fall brauchen, damit Journalisten, die investigativ arbeiten, geschützt sind. Der Informantenschutz ist natürlich die zentrale Voraussetzung dafür, dass es investigativen Journalismus überhaupt geben kann.

Sie haben gerade das In-camera-Verfahren angesprochen, Professor Ann, das fand ich ganz spannend, weil wir das tatsächlich beispielsweise im Bereich der Kontrolle der Algorithmen diskutieren, die ja auch als Geschäftsgeheimnisse fungieren. Und wenn wir uns mit Algorithmen auseinandersetzen müssen, wird es wahrscheinlich darauf hinauslaufen, dass man In-camera-Verfahren benötigt, um kontrollieren zu können, wie diese eigentlich funktionieren. Ich habe aber jetzt – da die meisten Fragen hinsichtlich der Pressefreiheit und des Missbrauchs auch schon



beantwortet wurden – an Arne Semsrott noch einmal eine ganz andere Frage, nämlich in Bezug auf Open Source. Denn wenn wir tatsächlich freie Softwareprojekte unterstützen wollen, die ja auf der Grundlage von Informationen der Hersteller entwickelt werden, dann muss auch gewährleistet werden können, dass diese Projekte in der Operabilität usw. möglich sind. Welche Regelungen wären denn erforderlich, um freie Software zu unterstützen, etwa durch den Ausschluss vollstreckbarer Maßnahmen gegen freie Softwareprojekte oder ähnliches? Haben Sie auch insoweit Konzepte?

Der **Vorsitzende**: Danke schön. Frau Müller-Gemmeke bitte, dann Herr Bartke.

Abg. **Beate Müller-Gemmeke** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank. Ich möchte ganz kurz eine Bemerkung zu Professor Dr. Ann machen. Sie waren gerade so ein bisschen irritiert über das, was hier jetzt alles gesprochen wurde. Wir wollen schon einen Schutz von Geschäftsgeheimnissen sicherstellen. Aber wir wollen auch sicherstellen, dass die Rechte der Beschäftigten geschützt sind, dass die Mitbestimmung geschützt ist und dass die Journalisten auch weiterhin ihre wichtige Arbeit machen können. Das nur geschwind am Rande.

Ich habe noch einmal zwei Fragen an Frau Böning. § 5 des Gesetzentwurfs regelt ja eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen für die Kommunikation mit der Interessenvertretung bzw. auch im Rahmen von Whistleblowing. Wie bewerten Sie diese Regelung? Und gleichzeitig enthält das Gesetz ja auch eine strafrechtliche Vorschrift, die entsprechende Strafrechtsvorschriften des UWG ersetzt – wie würden Sie diese bewerten?

Der **Vorsitzende**: Danke schön. Herr Bartke bitte, dann Herr Movassat.

Abg. **Dr. Matthias Bartke** (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe eine Frage an Professor Harte-Bavendamm und Herrn Dr. Patsch. Frau Dr. Böning hat eben schon das Thema Mitbestimmung angesprochen. Und diesbezüglich ist meine Frage: Wie beurteilen Sie die im Gesetzentwurf enthaltenen Regelungen? Sind sie ausreichend für den Schutz der betrieblichen Mitbestimmung? Das wäre meine Frage.

Der **Vorsitzende**: Nun bitte Herr Movassat und danach Frau Rottmann.

Abg. **Niema Movassat** (DIE LINKE.): Erst einmal eine Frage an Frau Böning. Es gibt ja schon jetzt arbeitsrechtliche Regelungen zu Geschäftsgeheimnissen. Was passiert mit diesen Regelungen, wenn das Gesetz in Kraft treten würde? In welchem Verhältnis stehen die Regelungen zueinander? Vielleicht können Sie dazu noch einmal etwas sagen. Und meine zweite Frage geht an Herrn Dr. Patsch. Wie bewerten Sie es, dass Herr Professor Harte-Bavendamm meint, der Begriff des Geschäftsgeheimnisses sei nun enger gefasst – so hatte ich das zumindest verstanden – oder aber das sogenannte berechnete Interesse im Sinne der Rechtsprechung wäre bisher nicht wirklich ein tauglicher Prüfungsmaßstab. Vielleicht können Sie zu diesem Komplex noch einmal etwas sagen? Danke schön.

Der **Vorsitzende**: Danke auch Ihnen. Nun Frau Rottmann bitte und dann kamen bei der Rednerliste noch Herr Jung und Herr Rabanus neu dazu.

Abg. **Dr. Manuela Rottmann** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Wir haben im Bundestag ja schon einmal über den Entwurf diskutiert und da habe ich zumindest einen Teil der Kollegen so verstanden, dass sie daran die Erwartung knüpfen, dass sich diese Rechtfertigung in § 5 des Gesetzentwurfs dann auch zum Beispiel im Arbeitsrecht auswirkt, zum Beispiel als Schutz vor arbeitsrechtlichen Sanktionen. Meine Frage an Frau Böning: Haben wir denn mit diesem Vorschlag tatsächlich im Arbeitsrecht einen Schritt in Sachen Hinweisgeberschutz gemacht oder ist das nicht der Fall?

Der **Vorsitzende**: Herr Jung, bitte.

Abg. **Ingmar Jung** (CDU/CSU): Frau Dr. Böning, es tut mir leid, aber ich hätte auch eine Frage an Sie. Es sind jetzt relativ viele geworden. Ich will einen Aspekt aus der ersten Runde aufgreifen: Herr Hiéramente hat aus meiner Sicht einen ganz interessanten Vorschlag gemacht. Wenn ich es noch richtig im Ohr habe, haben Sie, glaube ich, formuliert, dass man irgendwo im Gesetz erklären könnte, dass das Arbeitsrecht nicht betroffen ist oder dass die Vorschriften keine Anwendung auf das Arbeitsrecht finden. Wenn Sie kurz einmal etwas dazu sagen könnten, was Sie davon halten. Das würde mich interessieren.



Der **Vorsitzende**: Danke schön. Herr Rabanus schließt diese Runde, wahrscheinlich. Bitte.

Abg. **Martin Rabanus** (SPD): Danke sehr. Ich hoffe, dass ich jetzt nichts irgendwie doppelte, da ich erst später dazu gekommen bin, weil ich selbst gerade noch einen anderen Ausschuss hatte, ich aber dennoch zwei Fragen gerne loswerden möchte. Ich füge auch dazu: Ich bin kein Jurist. Insofern versuche ich, es ein bisschen schlichter zu machen, damit ich es auch verstehe. Ich hätte zwei Fragen. Eine Frage an Herrn Harte-Bavendamm: Wir haben gerade von Herrn Ann gehört, dass es eigentlich eine rechtspolitische Entscheidung ist, ob man den Weg über einen Ausnahmetatbestand oder einen Rechtfertigungsgrund wählt. Das muss man halt entscheiden. Ist das Ihrer Meinung nach tatsächlich – sozusagen einfach nur – eine rechtspolitische Entscheidung oder legt die Formulierung der Richtlinie einen bestimmten Weg nahe? Das ist die eine Frage. Die zweite Frage geht an Herrn Partsch. Das Recherchenetzwerk „CORRECTIV“ ist – das habe ich gehört – schon angesprochen worden. Die schlichte Frage bei dem jetzt vorliegenden Gesetzentwurf: Würden Sie mit Sicherheit davon ausgehen, dass der Fall straffrei bleibt und die Vorermittlungen eingestellt werden oder nicht?

Der **Vorsitzende**: Danke sehr. Weitere Wortmeldungen sehe ich nicht. Dann beginnen wir in der Reihenfolge wie zu Beginn. Herr Ann hat offenbar alles erschöpfend beantwortet, es sind keine Fragen für Sie abgefallen, dafür umso mehr für Frau Böning: fünf an der Zahl, zwei Fragen von Frau Müller-Gemmeke und jeweils eine von Herrn Movassat, Frau Rottmann und Herrn Jung.

Sve **Dr. Marta Böning**: Ich beantworte die Fragen vielleicht ein bisschen entgegen der chronologischen Reihenfolge, weil die Frage von Herrn Movassat mit der Frage zusammenhängt, die mir Frau Müller-Gemmeke zum Schluss in der letzten Runde gestellt hat und die ich nicht beantwortet habe. Nämlich die Frage nach dem Verhältnis zwischen den jetzigen arbeitsrechtlichen Vorgaben zum Umgang mit vertraulichen Informationen und den Regelungen des Gesetzentwurfs. Und Frau Müller-Gemmeke hat gefragt: Was muss passieren, damit das geltende Recht erhalten bleibt? Und da sehen wir schon, dass es insoweit einen Konflikt gibt. Den habe ich

auch erläutert, denke ich. Wir haben in der Tat ein Problem. Wenn wir das Gesetz so belassen wie es ist, dann wird es auf die Sachverhalte des kollektiven Arbeitsrechts und auf die Sachverhalte des individuellen Arbeitsrechts zur Anwendung kommen. Wir haben im individuellen Arbeitsrecht die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit der Beschäftigten, die kann ein einfaches Gesetz auch nicht aushebeln. Aber genau auf dieser Grundlage haben wir im geltenden Recht die Möglichkeit, jegliche beruflichen Fachkenntnisse oder Berufserfahrungen nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu nutzen. Eine Einschränkung dieses Rechts geht zwar, ist mit der Notwendigkeit einer sogenannten Karenzentschädigung verbunden und geht auch nur zeitlich begrenzt. Und es muss eine entsprechende Vereinbarung getroffen werden. Das wäre möglicherweise schwierig bzw. da würde sich der Spieß drehen. Der Arbeitgeber könnte sagen: „Pass mal auf, lieber IT-Entwickler oder lieber Chemiker. Das, was du hier bei mir gelernt hast, diese ganzen neuen Geschichten, Verfahren, Prozesse, das ist alles ein Geschäftsgeheimnis. Also unterlasse die weitere Verwertung.“ Das muss verhindert werden. Und deswegen – das ist die Antwort auf die Frage von Frau Müller-Gemmeke – muss dieser Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie, den ich schon ein paar Mal genannt habe, hier verbindlich in das Gesetz, in den verfügenden Teil, umgesetzt werden. Das gleiche gilt, wie gesagt, für die kollektiv-rechtliche Ebene. Wir haben Vertraulichkeitsregelungen im kollektiven Arbeitsrecht. Wir haben den § 79 BetrVG, den § 10 Personalvertretungsgesetz, § 116 Aktiengesetz und zahlreiche Vorschriften auch für die internationale Ebene, für die europäischen Betriebsräte usw. usf. Jedenfalls muss insoweit ein klarer Anwendungsvorrang oder eine Unberührtheitsregelung für diese Vorschriften kommen, sonst haben wir ein Problem auf diesen beiden, von mir genannten Ebenen. Dies zu der ersten Frage.

Dann war die Frage: Inwiefern schützt der § 5 des Gesetzentwurfs vor arbeitsrechtlichen Sanktionen? Das war ja im Grunde auch die Frage von Herrn Jung, wenn ich Sie richtig verstanden habe. Oder ging Ihre Frage eher in die Richtung, ob man hier das komplette Arbeitsrecht ausschließen kann? Das Gesetz dient ja, wie wir



schon gehört haben, nicht zur Regelung des Arbeitsrechts, sondern zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen. Von daher wird man natürlich einen Arbeitnehmer in seiner Funktion als Wirtschaftsspion auch mit diesem Gesetz erfassen und soll man dies auch. Was man aber nicht erfassen soll, sind alle Fälle von normalen Kommunikationen und dazu gehört auch der Fall von Whistleblowing und da komme ich zu dem § 5 des Gesetzentwurfs. Wir haben hier zwei für die Arbeitnehmer am meisten relevante Rechtfertigungsgründe und das ist richtigerweise heute auch gesagt worden: Das ist ein wesentlicher Unterschied, ob ich auf der Tatbestandsebene ausschließe, dass ich belangt werde – also es gibt gar kein Geschäftsgeheimnis, welches ich verletzt habe, indem ich meine Hinweisgabe gegenüber den Behörden oder Medien getätigt habe oder indem ich mit dem Betriebsrat, dazu komme ich gleich, das ist der Fall von Nr. 3, mich über bestimmte Fälle unterhalte – oder ob ich einer Rechtfertigung bedarf, wo ich dann als Beschäftigter erst einmal darlegen und beweisen muss, dass dieser Rechtfertigungsgrund für mich greift. Das ist ein wesentlicher Unterschied. Was den Umfang des Schutzes betrifft, da haben wir es hier mit einer – an ganz enge Voraussetzungen geknüpfte – Herausnahme aus dem Sanktionsregime zu tun. Wir haben keine eigenständige Schutzregelung etwa in dem Sinne, dass die Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis geschützt werden. Das ist keine Whistleblower-Schutzregelung. Das ist eine Regelung – und zwar eine sehr enge Regelung –, die den Whistleblowern unter bestimmten Voraussetzungen – wenn sie sich also exkulpieren können von dem Vorwurf, dass sie ein Geschäftsgeheimnis offengelegt hätten – ermöglicht, bestimmte Geschichten mit der Absicht des Schutzes des öffentlichen Interesses – was ja auch, wie Arne schon gesagt hat, ein Problem ist – an die Öffentlichkeit heranzutragen. Und die zweite Fallkonstellation, die hier für uns relevant ist, betrifft Fälle, in denen Arbeitnehmer mit den Interessenvertretungen kommunizieren, damit diese ihre Mitbestimmungsrechte geltend machen oder ausüben können. Das ist ein Problem. Das ist natürlich eine Einbahnstraße. Das heißt, die Kommunikation geht nur von Beschäftigten zu den Interessenvertretern. Die geht nicht in die umgekehrte Richtung nach dieser

Vorschrift. Und die Vorschrift setzt voraus – ich schaue jetzt gerade in die Vorschrift: „wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.“ Und wir haben das Erforderlichkeitskriterium, das eine Voraussetzung des Schutzes ist. Das heißt, wenn ich als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer mich an meinen Betriebsrat wende und sage: „Pass mal auf, ich muss mit Dir über etwas reden.“, und es war nicht erforderlich, damit er seine Mitbestimmungsrechte geltend machen kann, dies wusste ich aber nicht von vornherein, dann habe ich ein Problem. Dann kann ich belangt werden. Das heißt, diese Regelung ist sowohl für die Hinweisgeber als auch für den Informationsfluss zwischen den Beschäftigten und Interessenvertretern viel zu eng gefasst, als dass man hier sagen könnte: „Wir haben es hier mit einer guten und sicheren Regelung zu tun.“

Und schließlich hatten wir die Frage nach § 23 des Gesetzentwurfs und wie sich dieser hier auswirkt. Es wirkt sich ungünstig aus. Wir haben eine Richtlinie, die einen zivilrechtlichen Schutz vorsieht und wir haben einen deutschen Gesetzgeber, der meint, das deutsche Nebenstrafrecht in dieses zivilrechtliche Schutzregime überführen zu wollen und zwar unter Aufrechterhaltung von diesem subjektiven Geschäftsgeheimnisbegriff. Und das ist problematisch und gefährlich für viele Personengruppen. Das gilt für Journalisten genauso wie für Betriebsräte, Personalräte und einzelne Beschäftigte und auch für Interessenvertretungen auf allen möglichen Ebenen. Und wenn ich dort sehe, dass auch ein erhöhter Strafmaßstab für den Informationsaustausch mit dem Ausland vorgesehen ist, dann denke ich anders als Herr Professor Ann nicht an die asiatischen Konkurrenten, die möglicherweise hier in Deutschland nach Patenten fischen, sondern ich denke an unsere europäischen Betriebsräte, die Informationen tauschen, ganz legal und ganz zulässig. Diese haben insoweit auch Rechte und auch Vertraulichkeitspflichten. Aber diese Vertraulichkeitspflichten setzen eben dieses berechnete Geheimhaltungsinteresse voraus. Anders kann ein Unternehmen in diesem internationalen Kontext nicht verlangen, dass diese internationalen Interessenvertretungen Stillschweigen bewahren. Und dies könnte man hier, denke ich, zumindest als eine Androhung – ob am Ende etwas dabei herauskommt, ist



vielleicht nicht entscheidend –, jedenfalls aber als eine Einschüchterung auch gegenüber den international tätigen Gremien im Kontext der Mitbestimmung nutzen. Von daher ist das alles andere als gelungen. Davon abgesehen erfordert die Richtlinie nicht die Überführung dieser strafrechtlichen Vorschriften in dieses Gesetz. Das hat nichts mit der Umsetzung der Richtlinie zu tun und so wie der Gesetzgeber an manchen Stellen – aus unserer Sicht sehr unzureichend – die Richtlinie verstanden hat, so hat er hier seine Verpflichtung mehr als übererfüllt. Und man fragt sich tatsächlich, wo da der Sinn dahinter ist. So viel erst einmal von meiner Seite.

Der **Vorsitzende**: Frau Böning, vielen Dank. Herr Harte-Bavendamm mit zwei Fragen, einmal von Herrn Bartke und einmal von Herrn Rabanus. Bitte schön.

SV Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm: Herr Bartke hatte gefragt, ob die Mitbestimmungshinweise oder -regelungen in der Richtlinie und in dem Entwurf ausreichend seien für den Schutz der betrieblichen Mitbestimmung. Ich nehme nicht für mich in Anspruch, ein Arbeitsrechtsexperte zu sein. Nach meinem Verständnis kann ich so gut wie alles unterschreiben, was Sie zur Frage gesagt haben, was erforderlich ist, um die Kommunikation zu sichern nach individuellem und kollektivem Arbeitsrecht. Mein Verständnis der Richtlinie ist allerdings so, dass sich in dieser Richtung nichts verschärft. Wir müssen immer auch sehen, woher wir kommen. Im bisherigen § 17 UWG oder § 18 UWG – das waren reine Strafnormen vom Konzept her – gab es all diese Ausnahmen oder die ausdrücklichen Bestätigungen, dass bestimmte Bereiche ausgenommen sind, überhaupt nicht. Das ist ein großer Fortschritt, auch unter diesem Aspekt. Aber mein Verständnis ist – das mag richtig sein oder auch nicht, das wird uns vielleicht in 27 Jahren der Europäische Gerichtshof dann sagen –, dass in das kollektive Arbeitsrecht und auch in das individuelle Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten gar nicht eingegriffen werden soll. Das klingt auch irgendwo in den Erwägungsgründen an und all diese einzelnen Punkte, die man zugegebenermaßen nicht alle transportiert hat – das hätte man vielleicht der Klarheit halber tun sollen –, sind nach meinem Verständnis eigentlich nur Warnhinweise: „Hört mal, da gibt

es andere Grundrechte. Da gibt es das Recht auf die Pressefreiheit, da gibt es die kollektiven arbeitsrechtlichen Regelungen usw.“ Damit hat dieser Gesetzentwurf eigentlich gar nichts zu tun. Es ist nur versucht worden, in der Richtlinie deutlich zu machen, dass man hier eben den Schutz von Geschäftsgeheimnissen gegen Verrat durch Angestellte und durch Wettbewerber usw., gegen Betriebsspionage regeln will und dass dadurch eben gerade nicht das freie Fortkommen der Arbeitnehmer behindert werden soll. Das ist eine uralte internationale Erkenntnis. Diese Abgrenzung hat noch niemand genau geschafft. Ich glaube, der Regulierungsanspruch der Richtlinie und damit auch des Gesetzentwurfes geht nicht so weit, wie Sie befürchten.

Die andere Frage von Herrn Rabanus betraf die Entscheidung zwischen Ausnahmetatbestand und Rechtfertigungsgrund. Ob die Richtlinie insoweit einen bestimmten Weg nahelegt – diese Frage kann ich nicht sicher beantworten. Die Richtlinie ist ja nun gemacht worden für 27 oder 28 – je nachdem was gerade aktuell ist – Mitgliedstaaten. Diese haben natürlich alle unterschiedliche Rechtssysteme: angelsächsisches, kontinentales Rechtssystem. Wie man so ein Regel-Ausnahme-Verhältnis – das in der Richtlinie zweifellos angelegt ist, da gibt es gar keinen Zweifel –, in die nationale Dogmatik überträgt, ob als Rechtfertigungsgründe oder als Ausnahme – ich glaube, darüber hat, vermute ich, der europäische Gesetzgeber gar nicht so genau nachgedacht. Und bei der Umsetzung in deutsches Recht hat man das dann so verstanden, so interpretiert und gesagt: „So passt es in unser Gesetz hinein.“ Aber ich sagte vorhin schon: In der Sache ändert sich eigentlich nichts. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis bleibt und wer sich auf die Ausnahme berufen will, der muss normalerweise – im Zivilrecht jedenfalls – die Voraussetzungen beweisen.

Eine letzte Bemerkung darf ich – auch ohne Fragerecht – vielleicht noch machen: Es ist hier immer vom Verhältnis von Strafrecht und Zivilrecht die Rede. Die strafrechtlichen Regelungen sind in der Tat natürlich durch die Richtlinie nicht vorgegeben, insoweit hat die Europäische Union gar keine Kompetenz und wollte dies auch nicht regeln. Der Verrat von Geschäftsgeheimnissen wurde aber in sämtlichen Ländern seit alters her und bei uns eben lange



Zeit nur über das Strafrecht geregelt. Die neuen Regelungen in § 23 des Gesetzentwurfs sind enger – das möchte ich noch betonen – im Vergleich zu dem, was bisher nach § 17 UWG und § 18 UWG strafbar war. Zum einen knüpfen nämlich die Straftatbestände nur an einen Teil der verbotenen Handlung an, zum anderen ergibt sich aus der Begründung – und ich denke, das ist dann auch bei der Anwendung ernst zu nehmen –, dass darüber hinaus niemals ein Verhalten, das zivilrechtlich erlaubt ist, strafbar sein soll. Und wenn wir das in dem Zusammenhang damit sehen, dass in § 3 des Gesetzentwurfs wie auch in Art. 3 der Richtlinie eine Generalklausel enthalten ist, nach der alles im Einzelfall auch rechtmäßig ist, was bei einer Gesamtwürdigung der individuellen Umstände fair und angemessen erscheint, dann wird dadurch der potenzielle Bereich des Strafbaren weiter verengt. Da hat sich nichts verschlimmert, sondern tendenziell ist sogar die Strafbarkeit zurückgefahren worden.

Der **Vorsitzende**: Vielen Dank. Vier Fragen haben wir im Rahmen der zweiten Antwortrunde noch offen. Drei entfallen davon auf Herrn Partsch, davon jeweils eine von Herrn Bartke, Herrn Movassat und Herrn Rabanus. Bitte schön.

SV Dr. Christoph Partsch: Vielen Dank. Auch ich muss sagen, dass ich kein Arbeitsrechtler bin. Ich würde aber vorschlagen, einen Teil dieses Problems wieder über das berechnete Interesse an der Geheimhaltung zu lösen. Und möchte noch einmal darauf hinweisen, dass in der Richtlinie – in dem Erwägungsgrund 14 – ja ausdrücklich drin steht: „bei denen sowohl ein legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht, als auch die legitime Erwartung, dass diese Vertraulichkeit gewahrt wird.“ Das halte ich übrigens nicht für ein subjektives Tatbestandsmerkmal, sondern für ein objektives. So wird es jedenfalls in den verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, die ich führe, behandelt. Darüber könnte man das sicher lösen. Den Rest muss ich spezialisierten Kollegen im Arbeitsrecht überlassen. Da fühle ich mich zu unsicher. Ich glaube, wie gesagt, dass dieser Gesetzentwurf daran krankt, dass man – mir fällt nichts Besseres ein – Elefanten, Giraffen und Mücken gleichermaßen in einem Gesetzentwurf regeln will. Und deshalb entsteht da eine Fehlgewichtung, die Herr Ann angedeutet hat. Eigentlich geht es um die Regelung des

Geschäftsgeheimnisses. Und man hat jetzt – aus welchen Motivationslagen auch immer – die Presse hineingetan und die Arbeitnehmer. Hätte man das nicht gemacht, würden wir über etwas ganz anderes diskutieren. Und deshalb ist die Argumentation, die hier markenrechtlich, patentrechtlich kommt – natürlich gehört dazu ein Auskunftsrecht des Verletzten, natürlich. Das TRIPS-Abkommen sagt aber nichts zur Presse, Gott sei Dank. Und deshalb gehört eigentlich die Presse hier nicht rein. Es sollte eine Bereichsausnahme wieder geschaffen werden. Und wenn man dann woanders den Rechtfertigungsgrund nutzen will, möge man ihn, wie gesagt, drin lassen. Aber wir haben auch verfahrensrechtliche Möglichkeiten – wie Herr Ann, glaube ich, sagte – im Verwaltungsrecht. Das In-camera-Verfahren wird dort weidlich genutzt. Das hat aber eine ganz andere Motivationslage, nämlich dem Rechtssuchenden weitestmöglich das Recht zu geben, an die Information heranzukommen. Hier ist es ja eine abwehrrechtliche Argumentation. Die anderen Verfahren wie Closed Circuit sind im Terrorverfahren anwendbar. Es gibt dazu einen schönen Film, der heißt auch noch Closed Circuit, da möge man sich die Gefahren eines solchen Verfahrens einmal ansehen. Ich kann ihn sehr empfehlen. Da kann man sicher prozessual – und dazu fordert ja auch die Richtlinie auf, die sagt nämlich in Art. 9 „Wahrung der Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen im Verlauf von Gerichtsverfahren“, da wird dem Gesetzgeber weitest möglicher Spielraum gegeben – vieles ausprobieren zum Schutz der berechtigten Geschäftsgeheimnisse. Das ist alles prima. Für uns sind eben die Kollateralschäden hier das Thema. Und ein Kollateralschaden ist hier die Pressefreiheit. Auch das Zivilrecht, auch das Strafrecht sind durch das Grundgesetz determiniert und, Frau Dr. Pfab sagte es, verschiedene Regelungen hier verstoßen eindeutig gegen das Rechercherecht der Presse und damit gegen Art. 5 Grundgesetz.

Ich komme zur letzten Frage, zu „CORRECTIV“. Die Weisheit eines Richters und eines Staatsanwalts mag ich oft nicht zu ergründen. Deshalb weiß ich auch nicht, wie das ausgehen wird. Aber das Problem ist natürlich, dass beim objektiven und subjektiven Tatbestand ein Richter und ein Staatsanwalt erst einmal ein Häkchen machen. Das heißt, in Zukunft muss sich die



Presse mit hohem Aufwand, muss sich ein Journalist, muss sich insbesondere ein freier Journalist, einen teuren Strafrechtler suchen und mit dem die Rechtfertigung durchgehen. Und dort ist die Problematik im praktischen Bereich. Mal ein anderes Beispiel: Wir haben die – ich sage es deutlich – misslungene Gesetzgebung zur Datenschutz-Grundverordnung. Sie haben alle das Video mit dem „Hutbürger“ gesehen. So wird das verstanden. Die Presse darf keine Aufnahme machen und es gibt auch Polizisten, wie in diesem Film, die einfach überfordert sind von dieser komplizierten Rechtslage und dann eingreifen und der Presse sagen: „Ihr dürft hier erst einmal nicht filmen.“ Wie wollen Sie das in der Praxis vor Ort regeln, wenn der Polizist eine so komplizierte Rechtslage hat, bei der dann jemand sagt: „Entschuldigung, ich habe aber drei Rechtfertigungsgründe, Spiegelstrich 25, bitte schauen Sie da rein.“? Da hört ja ein Polizist in der Praxis nicht zu und es ist vielleicht auch nicht seine Aufgabe. Und wir müssen einfache Regeln haben, die die Pressefreiheit, insbesondere die Recherchefreiheit, die seit dem Spiegel-Urteil unangefochten ist und mittlerweile durch viele Entscheidungen und auch viele Gesetzgebungen in den letzten Jahren gefährdet worden ist, schützen. Die Pressefreiheit kann nicht zum Kollateralschaden eines durchaus sinnvollen Vorhabens zum Schutz des Geschäftsgeheimnisses werden.

Der **Vorsitzende**: Danke schön. Herr Semsrott bitte mit einer Antwort auf die Frage von Frau Rößner.

SV **Arne Semsrott**: Und zwar mit einer kurzen: Nach meiner Kenntnis gibt es eine wichtige Änderung, die dieser Entwurf für Open-Source-

Projekte bereithält und das ist die explizite Erlaubnis für Reverse Engineering. Das ist im Rahmen von Open-Source-Projekten ausdrücklich zu begrüßen, weil es eine Form des Arbeitens möglich macht, die in der Vergangenheit nicht immer so klar geregelt war. Und das bedeutet, dass gerade der Ansatz, von anderen zu lernen und davon zu lernen, wie andere es gut oder nicht so gut machen, hier jetzt explizit erlaubt und klargestellt wird, dass es dann kein Hacking ist, sondern es wirklich darum geht, idealistische Herangehensweisen an solche Projekte auch zu erlauben. Insofern ist das, glaube ich, der wichtigste Aspekt für Open-Source-Projekte und auf jeden Fall zu begrüßen.

Der **Vorsitzende**: Danke, Herr Semsrott. Fragen- und Antwortenlisten sind erschöpft. Wir haben uns vorgenommen, die Anhörung bis etwa 17 Uhr durchzuführen. Es ist jetzt punkt 17 Uhr. Gibt es weitere Fragen? Ich frage noch einmal in die Runde. Das ist nicht der Fall. Dann ist die öffentliche Anhörung damit beendet. Ich bedanke mich noch einmal herzlich bei den acht Sachverständigen, die sehr aufschlussreiche Antworten gegeben haben und – Frau Böning – auch Fallstudien geliefert haben. Vielen Dank.

Damit ist die 30. Sitzung und wahrscheinlich – man weiß ja nie – auch die letzte Sitzung unseres Ausschusses in diesem Jahr beendet. Ich wünsche noch eine schöne Adventszeit, eine frohe Weihnachtszeit und einen guten Rutsch ins neue Jahr. Ich wünsche Ihnen eine gute Heimreise oder noch einen schönen Abend in Berlin. Auf Wiedersehen und bis demnächst.

Schluss der Sitzung: 17:01 Uhr

Stephan Brandner, MdB
Vorsitzender



Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Prof. Dr. Christoph Ann, LL.M.	Seite 39
Dr. Marta Böning	Seite 47
Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm	Seite 66
Dr. Mayeul Hiéramente	Seite 73
Doris Möller	Seite 102
Dr. Christoph Partsch, LL.M.	Seite 108
Arne Semsrott	Seite 115

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zum RegEntwf des "Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)"

I. Relevanz gesetzlichen Geheimnisschutzes

Alle Unternehmen, auch *nicht* technologiegetriebene, verfügen über **Unternehmensgeheimnisse**. Diese können sowohl technisch sein, als auch nicht-technisch. **Nicht-technisch Unternehmensgeheimnisse sind deutlich häufiger:**

Beispiel: Einkaufspreise im Fall VW/Ignacio Lopez.

Unternehmensgeheimnisse müssen geschützt werden.

Das über 100 Jahre alte deutsche Geheimnisschutzrecht tut das bis dato querschnittlich; vor allem in § 611 BGB (Arbeitsrecht) und in § 17 UWG (Lauterkeitsrecht), aber auch in zahllosen anderen Vorschriften fast aller Rechtsgebiete.

Das machte die Materie unübersichtlich und war lange ein Grund gewesen, warum das deutsche Geheimnisschutzrecht lange wenig beachtet worden war – nicht zuletzt auch im internationalen Vergleich!¹

II. Regelungsansatz und Gesetzesbezeichnung

Die **Konsolidierung des deutschen Geheimnisschutzrechts in einem Stammgesetz überzeugt!**

Nicht überzeugend ist aber dessen Bezeichnung "Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)", denn diese Gesetzesbezeichnung verkennt zweierlei:

1) **Erstens geht es keineswegs nur um nicht-technische *Geschäftsgeheimnisse*, sondern auch**

¹ Vgl. schon nur *Ann*, Know-how - Stiefkind des Geistigen Eigentums?, GRUR 2007, 39-43.

[Hier eingeben]

um **technisches Know-how, in Deutschland geläufig als Betriebsgeheimnisse**, vgl. § 17 UWG. Die Gesetzesbezeichnung lässt dies nicht erkennen. Das ist schlecht!

2) **Zweitens geht es explizit um den Geheimnisschutz**, was die Kurzbezeichnung "GeschGehG" nachgerade verschleiert. Warum Gesetzesbezeichnung und Kurzbezeichnung so wenig aussagekräftig sein sollen, ist nicht nachvollziehbar. Stattdessen widerspricht es dem Grundsatz, dass deutsche Gesetze nicht nur etwas für Experten, sondern allgemeinverständlich sein sollen.

Auch die Richtlinie spricht im Titel ausdrücklich von *vertraulichem Know-how und vertraulichen Geschäftsinformationen*. **Warum bildet die deutsche Gesetzesbezeichnung das nicht vollständig ab**, sondern übersetzt nur den Begriff "Trade Secret Act" ins Deutsche?

Das Unionsrecht fordert die Aufgabe etablierter Rechtsbegriffe nicht; schon gar nicht, wenn diese den Regelungsgegenstand korrekt wiedergeben.

Ich schlage vor die Gesetzesbezeichnung zu ändern und das Gesetz zu nennen:

"Gesetz zum Schutz von vertraulichem Know-how und vertraulichen Geschäftsinformationen (Unternehmensgeheimnissen) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GehSchG)"

Als **Geheimnisschutzgesetz** wird das Gesetz problemlos in den allgemeinen Sprachgebrauch eingehen, und auch seine Kurzbezeichnung **GehSchG** ist „knackiger“ und **allgemeinverständlicher** als das ungelenke und bestenfalls halbrichtige "GeschGehG".

III. Whistleblowing

1. Richtlinienvorgabe

Nach Art. 5 RiLi muss der nationale Gesetzgeber sicherstellen, dass Rechtsschutz gegen den Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung von Unternehmensgeheimnissen nicht gewährt wird, wenn diese „zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit [erfolgt ist], sofern der Antragsgegner in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“.

Privilegiert werden soll so das sog. Whistleblowing, also der/die angebliche Erwerb, Nutzung, **Offenlegung von (eigentlich geschützten) Unternehmensgeheimnissen im öffentlichen Interesse**.

[Hier eingeben]

Wie Fälle aussehen sollen, in denen Nutzung privilegiert sein soll, ist unklar. **Erwägungsgrund (20) der RiLi spricht nur von Offenlegung, und das macht auch Sinn.** Nutzung im öffentlichen Interesse wird wohl immer der altruistischen Grundidee legitimen Whistleblowings widersprechen!

2. Konsolidierung von Geheimnisschutz einerseits und Whistleblowing andererseits

Art 5 RiLi erfordert eine Regelung von Whistleblowing im Geheimnisschutzkontext. Das bedeutet aber keineswegs, dass diese Regelung abschließend auch im Geheimnisschutzgesetz erfolgen muss.

Gerade die **Herangehensweise des Publikums spricht vielmehr für konsolidierte Regelungen: Geheimnisschutzrecht soll sich im GehSchG finden** (derzeit noch GeschGehG), **Whistleblowingrecht im WhistleblowerSchG.**

So würde auch vermieden, dass am Ende der Whistleblowingschutz querschnittlich aufgestellt ist, so wie aktuell noch der deutsche Geheimnisschutz.

Europarechtlich steht ein solches Vorgehen jedem Mitgliedsstaat frei, solange Richtlinienvorgaben korrekt und vollständig umgesetzt werden.

Weil für das GehSchG die Umsetzungsfrist drückt und weil der Zeithorizont für das WhistleblowerSchG noch nicht abschließend klar ist (der Erlass der entsprechenden Richtlinie soll wohl noch vor der EP-Wahl 2019 erfolgen), erscheint aus Fristgründen **aktuell die Schaffung einer Interimsregelung zum Whistleblowing im Geheimnisschutzkontext empfehlenswert.** Um deren spätere Konsolidierung frühzeitig deutlich und erkennbar zu machen, könnte diese Interimsregelung mit dem Vorbehalt versehen werden, später in einer Gesamtregelung zum Whistleblowing aufzugehen. Diese könnte dann auch schon erste Nachsteuerungen enthalten.

3. Grundsätze des Whistleblowerschutzes

Aus Sicht des Geheimnisschutzrechts **muss eine Regelung zum Schutz von Whistleblowern drei Anforderungen erfüllen:**

1) Erstens darf der grds gerechtfertigte Schutz von Whistleblowern nicht den gesetzlichen Geheimnisschutz wirkungslos machen. Gerade in Zeiten von Fake-News und Postfaktizität muss er darum auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die **Gründe, aus denen Whistleblower glauben,**

[Hier eingeben]

Unternehmensgeheimnisse offenlegen zu müssen, ein gewisses Gewicht aufweisen. Schon unethisches Verhalten (Verletzung von Umweltstandards, die zwar in Deutschland gelten, nicht aber am ausländischen Produktionsstandort) ausreichen zu lassen, erscheint sehr weitgehend und im Ergebnis bedenklich. Die Richtlinie erfordert eine Privilegierung nur bei Geheimnisverletzungen „zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit“.

2) Zweitens muss das **Vorliegen eines Rechtsverstoßes als Rechtfertigungsgrund zumindest soweit erhärtet** worden sein, dass sein Bestand einigermaßen sichergestellt ist. Er muss sicher nicht rechtskräftig festgestellt worden sein. Andererseits darf es aber nicht passieren - wiederum gerade in Zeiten von Fake-News und Postfaktizität -, dass sich am Ende herausstellt, dass der geschädigte Geheimnisinhaber sachlich nichts falsch gemacht hatte - sondern nur einer wilden Verschwörungstheorie nicht entschieden genug entgegengetreten war, die in seiner Belegschaft kursiert war.

3) Drittens brauchen - wiederum gerade in Zeiten von Fake-News und Postfaktizität - **Whistleblower Rechtssicherheit**. Vermutlich wird man sogar sagen müssen: lieber weniger Schutz und diesen verlässlich, als mehr Schutz und kaum kalkulierbar!

4. Empfehlung zum Whistleblowerschutz

Erstens sollte im GeschGehG keine finale, sondern nur eine **Interimsregelung** für den Whistleblowerschutz im Kontext des Geheimnisschutzes erfolgen. Diese Regelung sollte im später nachfolgenden Whistleblowerschutz

Das spricht für die klare Grenze eines Rechtsverstoßes und eben nicht nur für etwas im entscheidenden Moment derart Unscharfes, wie ein unethisches Verhalten.

IV. Geheimnisschutz im Zivilprozess

Der im deutschen Zivilprozess gewährte Geheimnisschutz ist unzulänglich; auch und besonders im EU-Vergleich!

Zwar existieren Vorschriften zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen vor der Öffentlichkeit, nicht aber vor dem Prozessgegner. Dieses Problem, das oft als eine wenig erfreuliche Wahl zwischen

[Hier eingeben]

Pest (Prozessverlust) und Cholera (Geheimnisverlust) beschrieben wird, ist bekannt und besteht fort.² In der Richtlinie wurde das Thema soweit verwässert, dass *Hauck*³ zurecht davon spricht, das Thema sei von einem „Herzstück“ zu einem „allenfalls mitgeregelten Nebenkriegsschauplatz“ herabgestuft worden.

Strukturell problematisch ist die aktuell vorgesehene Regelung, stets einer natürlichen Person jeder Streitpartei Zugang zum Geheimnis zu gewähren, um das gestritten wird. Dass das im RefE vorgesehene Ordnungsgeld von (lächerlichen) EUR 1.000 im RegE auf nun EUR 100.000 erhöht wurde, ist ein Fortschritt, löst aber nicht das Problem.

Stattdessen ist zu sehen, dass die **Wahrscheinlichkeit, dass ein Geheimnis offenkundig wird, exponentiell zu Zahl der Menschen wächst, die davon wissen.**

Auch hier wird es meist nur eine Frage kurzer Zeit sein, bis der/die Mitarbeiter/in einer Streitpartei, dem/der ein Geheimnis mitgeteilt worden war, seinem/ihrem Arbeitgeber Kenntnis davon gibt. Das ist vom Geschädigten schwer zu beweisen, und genau soll nicht sein!

Abhilfe bieten könnte die **Einführung eines in-camera-Verfahrens analog § 99 II VwGO, 86 FGO** auch im deutschen Zivilprozess. In vielen etablierten Rechtsstaaten gibt es so etwas. Freilich ist zuzugestehen, dass der dafür erforderliche Paradigmenwechsel im deutschen Zivilprozessrecht die Richtlinienumsetzung hier wohl überfrachtet hätte.

Gleichwohl: **dieses Thema wird sich auch weiter stellen!**

V. Sanktionen und Ausgleichsansprüche

Die Sanktionen und Ausgleichsansprüche, die die Mitgliedsstaaten nach Art. 12-15 der Geheimnisschutzrichtlinie vorsehen müssen, sind erkennbar denen nachgebildet, die schon die Durchsetzungsrichtlinie⁴ in Abschnitt 5 als „Maßnahmen aufgrund einer Sachentscheidung“ in ihren Art. 10-15 enthalten hatte.

² Vgl. nur *Stürmer* JZ 1985, 453, 457; *Ann* in *Ann/Loschelder/Grosch*, Kap 7, Rz 1 ff.; jüngst wieder *Hauck* NJW 2016, 2218, 2221.

³ Nw. bei *Hauck* NJW 2016, 2218, 2223.

⁴ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums (ABIEG Nr. L 195 v. 2. 6. 2004, S. 16 [Abdruck der berechtigten Fassung]); abzurufen unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R(01)).

[Hier eingeben]

Bemerkenswert ist die noch stärkere Anlehnung von Art. 14 Geheimnisschutzrichtlinie an die aus Deutschland geläufigen Methoden zur dreifachen Schadenersatzberechnung.⁵ Festgesetzt wird Schadenersatz grundsätzlich nach dem entgangenen Gewinn des Geschädigten oder nach dem Verletzererwerb. In geeigneten Fällen, vermutlich also wenn entgangener und Verletzererwerb nicht zu ermitteln sind, darf mit der Lizenzanalogie pauschaliert werden. Welche Praxis sich hier ausbilden wird, ist noch abzuwarten. Anders als gedacht, hat die Durchsetzungsrichtlinie beim patentrechtlichen Schadenersatz bis heute bekanntlich nicht zu einer auch nur näherungsweise Angleichung der Beträge geführt. Stattdessen urteilen die verschiedenen europäischen Patentstreitforen Schadenersatzbeträge (für Patentverletzungen) sehr unterschiedlich aus.

Die hier wirkenden Beharrungskräfte sind besonders deshalb bemerkenswert, weil die Zahl europäischer Patentstreitforen mit nennenswerten Fallzahlen an einer Hand abzählbar ist. Dass sich beim Geheimnisschutz ein EU-einheitliches Niveau rascher einschwingen wird, erscheint wenig wahrscheinlich. Das ist ungünstig, dem Zugriff des deutschen Gesetzgeber aber natürlich entzogen.

VI. Grundsatzfrage nach der Rechtsnatur von Unternehmensgeheimnissen bleibt ungeklärt

Die Frage nach der Rechtsnatur von Unternehmensgeheimnissen – sind Sie geistiges Eigentum oder etwas anderes und, wenn ja, was? - wird im deutschen Recht schon immer diskutiert. In anderen EU-Mitgliedsstaaten unterscheiden sich die Ansätze. Das zeigen beispielhaft das deutsche und das italienische Recht.

Während Italien *informazioni segrete* in seinem *Codice della proprietà industriale* dem Geistigen Eigentum annähert, ist in Deutschland streitig, ob Unternehmensgeheimnisse (so wie „echte“ Immaterialgüterrechte, also zB Patente, Designs, Marken oder Urheberrechte) absolute Rechte im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB darstellen, ob sie also eigenständige Vermögensrechte sind. Die Richtlinie regelt das nicht. Eine klare Stellungnahme des BGH fehlt,⁶ wenngleich auch von ihm bislang eine. Die

⁵ BGH GRUR 1977, 539, 541 f. – Prozeßrechner; BGH NJOZ 2009, 301, 302, Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Aufl. 2016, § 17 Rz 58; zur dogmatischen Einordnung der Berechnungsmethoden und ihrem Verhältnis zueinander jüngst ebenso umfassend wie überzeugend Maute, Dreifache Schadens(ersatz)berechnung, Köln 2016.

⁶ Eher im Sinne einer Einordnung als absolutes Recht wohl BGH GRUR 1955, 388, 389 – Dücko-Geheimverfahren; unter Hinweis darauf BGH GRUR 1955, 468, 472 – Schwermetall-Kokillenguß.

[Hier eingeben]

Ansichten in der Literatur sind geteilt.⁷

Obwohl wirtschaftlich kein Zweifel an der Schutzbedürftigkeit von Unternehmensgeheimnissen bestehen kann, spricht rechtlich einiges gegen ihre Qualifikation als eigenständige sonstige Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB; zumindest wenn man Zuweisungsgehalt und Ausschlusswirkung als Kriterien anlegt.⁸ Denn selbst wenn man davon ausgeht, dass auch Zugangsschutz faktisch eine Zuweisung an den Zugangsberechtigten bedeutet und dass die faktische Möglichkeit, durch Geheimhaltung den Zugang Dritter einzuschränken, Ausschlusswirkung entfaltet, ist beides für Geheimnisse nur in deutlich geringerem Maß gegeben als für Immaterialgüterrechte im engeren Sinn.

Geheimnisschutz ist letztlich nur Zugangsschutz, nicht aber Substanzschutz. Oder anders gewendet: während ein Patent eine bestimmte technische Problemlösung dadurch gegen deren Nutzung durch Dritte schützt, dass der Patentinhaber gegen nichtberechtigte Benutzer eine Patentverletzungsklage auf Unterlassung (Auskunft und Schadenersatz) erheben kann, wirkt Geheimnisschutz nur gegen widerrechtliche Aneignung oder Offenlegung eines Geheimnisses. Gesperrt wird gleichsam nur der Weg zum Geheimnis, nicht das Geheimnis als solches. Das zeigt sich dann, wenn ein Geheimnisinhaber sich verplappert. Dann ist das Geheimnis bekannt und entfällt jeder Schutz!

Geheimnisschutz erfordert also Geheimnisqualität, und diese geht bekanntlich sehr leicht verloren. Das macht den Geheimnisschutz schwächer als der Schutz anderer sonstiger Rechte im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB und scheint es zu rechtfertigen, Unternehmensgeheimnisse trotz ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Schutzbedürftigkeit nicht § 823 Abs. 1 BGB zu unterstellen; zumal dieses im Entwurf vorliegende Gesetz genau den Schutz bringen wird, dessen Erforderlichkeit früher immer als Grund für die Heranziehung von § 823 Abs. 1 BGB ins Feld geführt worden war.⁹

Gleichwohl: schon weil die Bedeutung von Information in der Wissensgesellschaft ständig steigt, sollte ein Geheimnisschutzgesetz klarstellen, wie sein Gegenstand im Verhältnis zu den klassischen geistigen Eigentumsrechten (Patent, Design, Marke oder Urheberrecht) einzuordnen ist und was aus

⁷ Für die Qualifikation als absolutes Recht: Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Aufl. 2016, § 17 Rz 53; Harte/Henning/Harte-Bavendamm, 3. Aufl. 2013, § 17 Rz 50; Staudinger/J. Hager, 1999, § 823 Rz B139; Larenz/Canaris, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 III 5b; Nastelski GRUR 1957, 1, 4, 6; Ohly GRUR 2014, 1, 8 f.; so wohl auch Soergel/Spickhoff, 13. Aufl. 2004, § 823 Rz 101; zurückhaltend MüKo/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz 228; dagegen Erman/Schiemann, 14. Aufl. 2014, § 823 Rz 40; Bamberger/Roth/Spindler, 3. Aufl. 2012, § 823 Rz 87; McGuire GRUR 2015, 424, 426; Hauck, NJW 2016, 2218, 2221.

⁸ MüKo/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rz 226; Jauernig/Teichmann, 16. Aufl. 2015, § 823 Rz 18.

⁹ Vgl. schon Ann GRUR 2007, 39, 43 m. Nw.

[Hier eingeben]

dieser Einordnung folgt!

VII. Zusammenfassung

Richtig ist, für die Bundesrepublik ein eigenes Geheimnisschutzgesetz zu schaffen. So wird die Schnittstellenexistenz der Materie beendet und die deutsche Regelungstechnik derjenigen anderer wichtiger Staaten angeglichen.

Während die Schaffung eines Stammgesetzes überzeugt, **ist unbefriedigend zunächst die Gesetzesbezeichnung**. Statt nur das englische „Trade Secret Act“ wörtlich ins Deutsche zu übersetzen, **sollte das Gesetz lieber eleganter und treffender heißen: *Gesetz zum Schutz von vertraulichem Know-how und vertraulichen Geschäftsinformationen (Unternehmensgeheimnissen) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GehSchG)***. Mit dieser Bezeichnung könnte auch jeder Nichtjurist etwas anfangen!

Unbefriedigend ist auch die Regelung zum Whistleblowing beim Geheimnisschutz. Angestrebt werden sollte hier nur eine **Interimslösung, die später in einem konsolidierten WhistleblowerSchG aufgehen wird**.

Diese Interimslösung darf 1) den Geheimnisschutz nicht zu weit durchbrechen, muss 2) auf Informationen beruhen, die mit nachvollziehbarem Aufwand überprüft wurden, und muss 3) Whistleblowern Rechtssicherheit geben!

Auch im EU-Vergleich unbefriedigend ist schließlich der Geheimnisschutz im Zivilprozess. Hier wird der Schutz von Unternehmensgeheimnissen der Parteien dadurch gefährdet, dass eine natürliche Person jeder Partei Zugang zu Geheimnissen erlangt, die im Streit stehen.

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes aus Anlass der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zur BT-Drucksache 19/4724

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung

04.12.2018

Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen: Maulkorb zu Lasten der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen

Das geplante GeschGehG beeinträchtigt die Interessen der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen in nicht zu rechtfertigender Weise. Wir fordern den Rechts- und Verbraucherausschuss des Bundestages sowie den gesamten Bundestag auf, die notwendigen Korrekturen vorzunehmen.

I. Das Wichtigste in Kürze

- Die Regeln des GeschGehG-E sind nicht geeignet, einen angemessenen Ausgleich zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen und den Rechten der Beschäftigten und ihrer Interessenvertreter zu schaffen. **Das geplante Gesetz gefährdet wichtige Kommunikation der Beschäftigten, deren berufliche Mobilität sowie die Mitbestimmung in Betrieben, Dienststellen und Unternehmen.**
- **Die geplante Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses (§ 2 Abs. 1 GeschGehG-E) ist sowohl generell als auch speziell für den Kontext des Arbeitsrechts unbrauchbar und wird abgelehnt.** In der erstmalig im deutschen Recht geplanten Legaldefinition eines Geschäftsgeheimnisses fehlt das Erfordernis des Vorliegens eines notwendigen, **legitimen Geheimhaltungsinteresses des Geschäftsgeheimnisinhabers. Die diesbezüglichen Vorgaben der EU-Geschäftsgeheimnis-RL setzt der Regierungsentwurf des GeschGehG nicht hinreichend um.** Die geplante Legaldefinition steht im eklatanten Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung der obersten Gerichte in Deutschland. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern deshalb eine entsprechende Korrektur der Definition im rechtsverbindlichen Teil des Gesetzes § 2 Nr. 1 GeschGehG-E.
- Die Gesetzesbegründung (§ 3 Abs. 2 GeschGehG-E) bringt die gesetzgeberische Absicht zum Ausdruck, „den Sonderregelungen zu Geschäftsgeheimnissen in anderen Gesetzen“ gegenüber dem GeschGehG Vorrang einzuräumen. Dies soll laut Begründung „insbesondere Vorschriften über die

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Recht

Dr. Marta Böning
Referatsleiterin
Individualarbeitsrecht
marta.boening@dgb.de
Telefon: 030-24060273

Ralf-Peter Hayen
Referatsleiter Recht
ralf-peter.hayen@dgb.de
Telefon: 030-24060272

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de/recht

gesetzlich verankerten Rechte der Interessenvertretungen der Arbeitnehmer“ betreffen. Mindestens diese, vom Wortlaut des einschlägigen § 3 Abs. 2 des Entwurfs nicht gedeckte (und systematisch fehlerhaft verortete) Erläuterung, ist in den rechtsverbindlichen Teil des Gesetzes zu überführen – allerdings nicht in § 3 Abs. 2 des Gesetzes, sondern systematisch korrekt in der Regelung über den Anwendungsbereich. **Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern eine ausdrückliche Vorrangregelung für die geltenden arbeitsrechtlichen Regeln, die im § 1 Absatz 4 zu verankern sind:** „Regelungen zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen durch Arbeitnehmer und deren Interessenvertretungen einschließlich ihrer Ausgestaltung durch bestehendes Richterrecht, gehen den Vorschriften dieses Gesetzes vor. Das gilt insbesondere für die Regeln nach § 79 BetrVG, § 29 SprAuG, § 10 BPersVG, entsprechenden Vorschriften in den Personalvertretungsgesetzen, § 39 Abs. 2 EBRG, § 41 SEBG, §§ 93, 116 AktG, § 116 AktG i.V.m. § 25 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG und § 3 Abs. 2 MontanMitBestG.

- **Art. 1 Abs. 3 der EU-Richtlinie ist im Entwurf des GeschGehG nicht umgesetzt worden. Das ist dringend nachzuholen. In § 1 GeschGehG-E ist als Abs. 5 die Vorgabe des Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie umzusetzen:** „Keine Bestimmung dieses Gesetzes darf so ausgelegt werden, dass sie eine Grundlage dafür bietet, die berufliche Mobilität der Arbeitnehmer zu beschränken. Die Beschränkung der Nutzung von Informationen, die kein Geschäftsgeheimnis darstellen, von Erfahrungen und Fähigkeiten, die Arbeitnehmer im normalen Verlauf ihrer Tätigkeit ehrlich erworben haben und die Auferlegung zusätzlicher Beschränkungen für Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen ist ausgeschlossen.“
- **Die geplante Regelung der erlaubten Handlungen (insb. § 3 Abs. 2 GeschGehG-E) bleibt hinter den Vorgaben der Richtlinie (Erwägungsgrund 18) zurück.** Nach § 3 Abs. 2 soll das Erlangen, die Nutzung oder die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen, erlaubt sein, wenn dies „durch ein Gesetz, aufgrund eines Gesetzes oder durch ein Rechtsgeschäft gestattet ist“, was das Vorliegen einer ausdrücklichen Erlaubnisnorm voraussetzt – diese gibt es aber weder für die kollektiven noch individuellen Arbeitsbeziehungen. Die Richtlinie regelt dagegen ausdrücklich, dass **die Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen etwa im Rahmen der kollektiven Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer einschließlich der Mitbestimmung, als rechtmäßig im Sinne dieser Richtlinie gilt. Diese Regelung (bisher nur in der Begründung angedeutet) ist in den § 3 Abs. 2 zu überführen.**
- **Mit den geplanten Regelungen zu Handlungsverboten (§ 4 Abs. 2 Nr. 2, 3 sowie Abs. 3 GeschGehG-E) droht eine Legalisierung der ausufernden, missbräuchlichen Geheimhaltungspraxis,** die jetzt schon in vielen Unternehmen auf der Tagesordnung ist. Jeder Verstoß gegen eine – auch ohne ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vom Unternehmen auferlegte – Verschwiegenheitsverpflichtung bedeutet nach dem geplanten Gesetz eine sanktionsbewährte, verbotene Handlung. Interessenvertreter und einzelne



Beschäftigte werden dadurch noch mehr als werden heute schon unter Druck gesetzt, für jeglichen Informationsaustausch Verschwiegenheitserklärungen zu unterschreiben. Damit drohen erhebliche Einschnitte in die Handlungsspielräume von Interessenvertretungen in Betrieben, Arbeitnehmervertretungen in Aufsichtsräten aber auch für die einzelnen Beschäftigten. **Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen die Anwendbarkeit dieser Vorschriften in Arbeitsbeziehungen ab.**

- § 4 Absatz 2 GeschGehG-E greift insbesondere auch in den *status quo* der Arbeitnehmervertreter/innen in den Aufsichtsräten und ihren Funktionen als Doppelmandatsträger ein. Deshalb ist die als Ergänzung des § 1 Abs. 4 GeschGehG vorgeschlagene Vorrangregelung auch bezüglich der Unternehmensmitbestimmung von immenser Bedeutung.
- Die Regelung der Rechtfertigungsgründe in § 5 GeschGehG-E (Nr. 2 und Nr. 3) ist sehr eng gefasst und mit nicht zu unterschätzenden Beweisproblemen für die Beschäftigten verbunden. Sie sichert weder die Interessen der Hinweisgeber noch den Informationsfluss zwischen den Beschäftigten und ihren Interessenvertretern hinreichend.
- **Abgelehnt wird von uns die Regelung der Strafvorschriften (§ 23 GeschGehG-E).** Es ist nicht sachgerecht, Freiheitsstrafen bei Offenlegung von Informationen, die ein Unternehmen weitgehend willkürlich zu Geschäftsgeheimnissen deklariert hat (vgl. hierzu die Ausführungen zu § 2 Nr. 1 GeschGehG), anzudrohen. Den strafrechtlichen Regelungen des UWG, die durch diese Regelung ersetzt werden sollen, liegt ein objektiver Begriff des Geschäftsgeheimnisses zugrunde, dem GeschGehG dagegen nicht. Eine derartig harte Sanktionierung ist zur Umsetzung der Richtlinie zudem nicht erforderlich.

II. Unionsrechtlich unzulässige Beeinträchtigung der Rechte der Einzelnen und ihrer Interessenvertretungen

Das im Gesetzentwurf konzipierte Schutzsystem bedeutet für das Arbeitsrecht **eine – auch durch das EU-Recht – nicht zu rechtfertigende Einschränkung der Rechte von Arbeitnehmern, ihrer beruflichen Mobilität aber auch eine erhebliche Erschwerung der Arbeit von Betriebs-, Personal- und Aufsichtsräten sowie der Gewerkschaften.**

Wird – wie der vorliegende Gesetzentwurf vorsieht – die Reichweite einer Geheimhaltungspflicht einseitig durch den Arbeitgeber festgelegt und durch erhebliche Sanktionsandrohungen geschützt, würden zudem demokratische Willensbildungsprozesse im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung und der Tarifordnung, insbesondere solche zur Sanierung von Betrieben und Unternehmen, verhindert werden. Eine Aushebelung der verfassungsrechtlich (insbesondere durch Art. 12 und Art. 9 Abs. 3 GG) geschützten Positionen wäre die Folge.



Diese drohenden Verschlechterungen sind unionsrechtlich weder intendiert noch indiziert und keinesfalls hinnehmbar.

Die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie ist auf ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts ausgerichtet (Art. 114 AEUV), bezweckt jedoch keinen Eingriff in die Rechte der Arbeitnehmer/innen und ihrer Vertretungen. Der nationale Gesetzgeber lässt allerdings die Vorgaben der Richtlinie, mit denen der Eingriff in die Rechte der Arbeitnehmer/innen und ihrer Vertretungen verhindert werden könnte, im vorliegenden Kabinettsentwurf weitgehend unbeachtet.

Im verbindlichen Teil der Richtlinie findet ein Teil der Besonderheiten des Arbeitsrechts Anerkennung, indem sie ausdrücklich regelt, dass **weder die Rechte der Sozialpartner noch die berufliche Mobilität der Beschäftigten durch diese Richtlinie beeinträchtigt werden dürfen (Art. 1 Abs. 2 und 3 der Richtlinie)**. Zudem räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten das Recht ein, die Fälle des rechtmäßigen Erwerbs, der Nutzung oder der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen national zu bestimmen (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie). Der Kabinettsentwurf sieht lediglich vor, dass das Recht der Sozialpartner, Kollektivverträge zu schließen, unberührt bleibt (Art.1 Abs. 3 GeschGehG-E). Die restlichen Zusicherungen der Richtlinie sind aber nicht umgesetzt worden. Der Entwurf bleibt damit auch in diesem Punkt hinter der Richtlinie zurück.

Eine wie derzeit im Entwurf vorgesehene Verschlechterung der Rechtslage für die Arbeitnehmerseite erscheint zudem auch vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 der IuK-Richtlinie 2002/14/EG unionsrechtswidrig. Für die Kommunikation zwischen Unternehmen und Interessenvertretern regelt diese Vorschrift, dass nur die Geheimnisse geschützt sind, an deren Vertraulichkeit der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat. Gleichsam soll nach Art. 6 Abs. 2 der EBR-Richtlinie 2009/38/EG die mitgliedstaatliche Anordnung einer arbeitgeberseitigen Beschränkung der Weiterleitungspflicht an Arbeitnehmervertreter nur dann möglich sein, wenn diese die Arbeitsweise der betroffenen Unternehmen nach objektiven Kriterien erheblich beeinträchtigen oder ihnen schaden können. Auch damit ist der vorliegenden Entwurf nicht vereinbar.

III. Zu ausgewählten Vorschriften des GeschGehG-E

1. Anwendungsbereich der Richtlinie (§ 1)

a. Zu Abs. 2: Notwendiger Anwendungsvorrang für das Arbeitsrecht

Der vorliegende Kabinettsentwurf erkennt die Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Geheimnisschutzvorschriften an und sieht eine Regelung des Anwendungsvorrangs für diese Vorschriften vor, allerdings nur für diese, nicht hingegen für das Arbeitsrecht: „öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen“ gehen den Re-

gelungen des GeschGehG vor (§ 1 Abs. 2 GeschGehG-E). **Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften halten eine analoge Regelung, welche den geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften und der diesbezüglichen Rechtsprechung zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen Vorrang gewährt, für zwingend erforderlich.** § 1 Absatz 2 des Entwurfs ist daher zwingend dahingehend zu ergänzen, dass (bestehende) arbeitsrechtliche Vorschriften sowie die entsprechende Rechtsprechung, insbesondere solche zu Geheimhaltungs- bzw. Vertraulichkeitspflichten von einzelnen Beschäftigten sowie von Interessenvertretungen in Betrieben, Verwaltungen und Aufsichtsgremien von Unternehmen, den Regelungen des GeschGehG vorgehen.

b. Abs. 3: Schutz der Autonomie der Sozialpartner bei Abschluss von Kollektivvereinbarungen reicht nicht aus

In § 1 Abs. 3 GeschGehG-E wird geregelt, welche bereits geltenden Bestimmungen zum Schutz von oder zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen unberührt bleiben. Dazu gehören u. a. das Recht auf freie Meinungsäußerung (Abs. 3 Nr. 2) und die Autonomie der Sozialpartner sowie ihr Recht, Kollektivverträge zu schließen (Abs. 3 Nr. 3). Letztgenannte Neuregelung übernimmt den Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit. d der umzusetzenden Richtlinie. Was unter „...Autonomie der Sozialpartner und ihr Recht, Kollektivverträge ... abzuschließen“ zu verstehen ist, wird jedoch nicht, auch nicht in der Gesetzesbegründung, näher erläutert. Angesichts der unklaren Formulierung ist zweifelhaft, ob die in Deutschland bisher geltenden – durch die Rechtsprechung konkretisierten – Detailregelungen zum Umgang mit vertraulichen Informationen durch Interessenvertretungen in Betrieben / Dienststellen sowie durch die Gewerkschaften in Aufsichtsräten generell unangetastet bleiben oder die „Wahrung der Autonomie der Sozialpartner“ nur im Zusammenhang mit dem Abschluss von Tarifverträgen greifen soll.

Der nach dem Kabinettsentwurf vorgesehene Anwendungsbereich des GeschGehG ist daher dringend dergestalt einzuschränken, dass die im Arbeitsrecht bereits geltenden Verschwiegenheitsregeln und -vorschriften sowie die entsprechende Rechtsprechung für Interessenvertretungen/Gewerkschaften und einzelne Beschäftigte weiterhin als spezialgesetzliche Regelungen Bestand und Vorrang haben. Eine solche Regelung des Anwendungsvorrangs ist ausdrücklich und rechtsverbindlich in dem geplanten Gesetz im verfügenden Teil zu verankern.

2. Begriff des Geschäftsgeheimnisses (§ 2 Nr. 1)

Aufgrund der misslungenen und unvollständigen Definition des Geschäftsgeheimnisses räumt der GeschGehG-E den Unternehmen derzeit weitgehend die Deutungshoheit darüber ein, welche Informationen sie als Geschäftsgeheimnisse einordnen wollen. Fachkenntnisse, die Beschäftigte im Arbeitsalltag erwerben oder Informationen, die Interessenvertretungen in Wahrnehmung ihrer



gesetzlichen Aufgaben erwerben und nutzen wollen, können künftig zu Geschäftsgeheimnissen nach dem GeschGehG erklärt werden. Belegen Unternehmen vermeintliche Geheimnisse mit Vertraulichkeitsklauseln, können Verstöße gegen solche – auch willkürlich auferlegte – Vertraulichkeitsklauseln mit erheblichen finanziellen Sanktionen und mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe geahndet werden. Gegen den bloßen Verdacht einer solchen angeblichen Geheimnisverletzung soll es arbeitgeberseitig einen Unterlassungsanspruch geben.

a. Umsetzung der EU-Richtlinienvorgaben unvollständig

Der Ausgangspunkt für eine interessengerechte Umsetzung der Richtlinie ist der Begriff des Geschäftsgeheimnisses, der für die tatbestandliche Reichweite des Geheimnisschutzes entscheidend ist. **Bedauerlicherweise wird der Begriff im vorliegenden Entwurf allein anhand der in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie verankerten Kriterien festgelegt. Das ist nicht sachgerecht und durch die Richtlinie nicht vorgegeben.**

Die in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie verankerte Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses berücksichtigt zwar lediglich drei Elemente:

- die Information ist weder allgemein bekannt noch ohne Weiteres zugänglich (Art. 2 Nr. 1 lit. a);
- sie ist wegen ihres geheimen Charakters von kommerziellem Wert (Art. 2 Nr. 1 lit. b);
- sie ist Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen des Inhabers (Art. 2 Nr. 1 lit. c).

Allerdings beinhalten die Erwägungsgründe der Richtlinie ausdrücklich, dass bei der Bestimmung, was als Geschäftsgeheimnis gilt, auch **auf das legitime Geheimhaltungsinteresse abzustellen ist. Entsprechend des Erwägungsgrundes 14** der Richtlinie soll „die Definition so beschaffen sein, dass sie Know-how, Geschäftsinformationen und technologische Informationen abdeckt, bei denen sowohl ein legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht als auch die legitime Erwartung, dass diese Vertraulichkeit gewahrt wird.“

Diese Vorgabe gilt auch für Deutschland und muss berücksichtigt werden. **Es ist höchst problematisch, dass das objektive Geheimhaltungsinteresse, wie im Erwägungsgrund 14 der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen, nicht in dem verbindlichen Teil des Gesetzes umgesetzt wurde.** Eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung – wie derzeit vorgesehen – ist nicht ausreichend, um Verschlechterungen der Rechtslage zu verhindern. Sie ist nicht justiziabel, nicht rechtsverbindlich und damit nicht ausreichend, um eine ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie zu gewährleisten; zudem liegt die Gesetzesbegründung in der betrieblichen Praxis nie vor, so dass niemand weiß, ob etwas Wichtiges in der Begründung steht.

b. Die einzelnen Kriterien der Definition für Arbeitsrecht sind untauglich

Die – schon in der Richtlinie nicht konsistenten – Schlussfolgerungen innerhalb der Definition des Geschäftsgeheimnisses werden in der Richtlinie („von kommerziellen Wert, weil geheim“) nun durch ebensolche Formulierungen/Schlussfolgerungen im nationalen Gesetzentwurf perpetuiert („geheim gehalten und daher von kommerziellem Wert“). **Die Richtlinie spricht vom kommerziellen Wert einer Information, was in der Definition des Gesetzentwurfs als „wirtschaftlicher Wert“ übersetzt wurde.** Die Information „Personalabbau“ kann einen wirtschaftlichen Wert haben, i.d.R. hat sie aber keinen kommerziellen Wert und birgt keine Gefahr einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition in sich, so auch die einschlägige Rechtsprechung in Deutschland. **Die Definition im Kabinettsentwurf geht also zum Nachteil der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen über die Richtlinie hinaus bzw. berücksichtigt wesentliche Bestandteile nicht.**

Aus der Formulierung „daher“ könnte zudem die Vermutung abgeleitet werden, dass alle Informationen, die nicht offenkundig sind, „daher“ einen wirtschaftlichen Wert haben. **Ein Tatbestandsmerkmal induziert ein weiteres, statt sie nur kumulativ aufzuzählen.** Das ist für eine Legaldefinition nicht sachgerecht.

Sowohl nach der Richtlinie als auch nach dem vorliegenden Gesetzentwurf setzt die Definition des Geschäftsgeheimnisses u. a. voraus, dass der Geheimnisinhaber **angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen** getroffen hat. Gerade wenn, wie teilweise gefordert, zur Umsetzung dieser Anforderung ein wirtschaftlich vertretbares, geschlossenes Schutzkonzept aufgestellt werden soll (so Kalbfus, GRUR-Prax 2017, 391), muss zugleich sichergestellt werden, dass durch die in diesem Zusammenhang zu ergreifenden Maßnahmen die Rechte der Interessenvertretungen nicht eingeschränkt werden. Dafür ist **ausdrücklich klarzustellen, dass Geheimhaltungsmaßnahmen nicht zur Beeinträchtigung der Arbeit der Interessenvertretung** führen dürfen. Ansonsten droht, dass unter dem Vorwand von – nun durch die Richtlinie vorgeschriebenen – Geheimhaltungsmaßnahmen einer bisher bereits häufig rechtswidrigen betrieblichen Geheimhaltungspraxis eine gesetzliche Legitimation verschafft wird. Hinzu kommt, dass als „angemessene Geheimhaltungsmaßnahme“ ggf. eine Verschwiegenheitsverpflichtung mit einer vertraglich vereinbarten Sanktion ein Geheimnis fingieren könnte. Nach der Definition begründet die Geheimhaltungsmaßnahme erst den Charakter als Geheimnis, bietet dann aber selbst schon Grundlage für etwaige Unterlassungsansprüche.

Mit Ausnahme der „Nicht-Offenkundigkeit“ können alle weiteren Tatbestandsmerkmale des Geschäftsgeheimnisses subjektiv herbeigeführt werden. Die so beschaffene Definition hat zur Folge, dass **Unternehmen einseitig eine beliebige Information zum (schützenswerten) Geschäftsgeheimnis erklären können**, wenn sie nur hinreichend Vorkehrungen getroffen haben, die Information geheim zu halten (Merkmale der Richtlinie: Geheimhaltungsmaßnahmen und nicht offenkundig). Das steht im eklatanten Widerspruch zur inzwischen ständigen Rechtsprechung der obersten Gerichte (BAG 26.02.1987 - 6 ABR 46/84, BGH v. 5.06.1975 - II ZR 156/73) in Deutschland und **wird vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften strikt abgelehnt.**



c. Arbeitsrechtlicher Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist zwingend beizubehalten

Nach der ständigen Rechtsprechung der obersten Gerichte in Deutschland gelten Informationen als Geschäftsgeheimnis wenn sie vier Kriterien erfüllt:

- auf ein Unternehmen bzw. den Geschäftsverkehr des Unternehmens bezogene Tatsachen, Erkenntnisse oder Unterlagen;
- nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich bzw. bei Interessenvertretungen aufgrund ihrer Gremienzugehörigkeit bekannt geworden;
- nach dem Willen des Arbeitgebers geheim zu halten (sog. Geheimhaltungswille) bzw. gegenüber Interessenvertretungen vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig zu bezeichnen (formelles Geheimnis);
- materielles Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, an dessen Geheimhaltung ein berechtigtes, wirtschaftliches Interesse besteht (legales und legitimes Geheimhaltungsinteresse).

Während das Vorliegen der ersten drei Kriterien in der Sphäre des Unternehmens entschieden wird, ist das Kriterium des objektiven berechtigten Geheimhaltungsinteresses ein von außen zu beurteilender Umstand. Diese Objektivierung ist aus mehreren Gründen essenziell:

- **Rechtswidrige Praktiken können nach der bisherigen Rechtsprechungsdefinition kein Geschäftsgeheimnis darstellen.** Das bedeutet, dass sie weder der Verschwiegenheitspflicht des einzelnen Arbeitnehmers noch der Geheimhaltungspflicht der Interessenvertretung unterliegen. Die Offenlegung dieser Informationen bleibt sanktionsfrei. Das ist durch die geplante Definition nicht gewährleistet.
- **Zudem stellen (rechtmäßige) Vorgänge, an deren Geheimhaltung kein berechtigtes wirtschaftliches Interesse besteht, nach bisheriger Rechtsprechung keine schützenswerten Geschäftsgeheimnisse dar,** zu deren Verschwiegenheit Arbeitnehmer/innen bzw. deren Vertretung verpflichtet sind. Auch das ist durch die geplante Definition nicht sichergestellt.

Letzteres erlangt u. a. Bedeutung für den Informations- und Meinungsaustausch zwischen Interessenvertretungen und der Belegschaft, etwa bezogen auf einen geplanten Personalabbau oder eine Umstrukturierung. Nach der überwiegenden Meinung der Rechtsprechung können solche Informationen bisher mit der Belegschaft geteilt werden, da ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse zu verneinen ist (so: LAG Schleswig-Holstein v. 20.05.2015, 3 TaBV 35/14, LAG Hessen v. 20.03.2017, 16 TaBV 12/17, grundsätzlich zum Verhältnis zwischen Geheimhaltungspflichten und Informationsrechten bereits BGH v. 5.6.1975, II ZR 156/73).

Die Geltung des im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Begriffs des Geschäftsgeheimnisses ist für das Arbeitsrecht auszuschließen. Hier müssen die bisherigen Definitionen, gesetzlichen Regelungen aber auch die bisherige Rechtsprechung weiterhin gelten, ansonsten droht, dass einzelne Beschäftigte und ihre Interes-

senvertretungen sowie Arbeitnehmer/-vertreter in Kontrollgremien von Unternehmen erheblichen Risiken ausgesetzt werden und künftig alle für ihre Arbeit relevanten Informationen ein Geschäftsgeheimnis darstellen:

- Für einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer würde das permanente Risiko einer Verletzung der Verschwiegenheitspflichten beim Umgang mit berufsbezogenen Informationen entstehen – mit unberechenbaren arbeitsrechtlichen und haftungsrechtlichen bis hin zu strafrechtlichen Konsequenzen.
- Interessenvertreter wären dann stets mit der Erweiterung ihrer gesetzlich verankerten Geheimhaltungspflichten für Informationen konfrontiert. Die ausufernde Praxis der Verschwiegenheitsverpflichtungen wäre damit rechtlich bestätigt. Eine Kommunikation über Personalabbaupläne und/oder Sanierungspläne gegenüber der Belegschaft könnte gänzlich unterbunden werden. Die Regeln des deutschen und des EU-Mitbestimmungsrechts (etwa der Richtlinie 2002/14/EG sowie der Richtlinie 2009/38/EG) drohten leerzulaufen.

Die Verpflichtungen der Unternehmen aus der sogenannten CSR-Richtlinie 2014/95/EU und dem ihrer Umsetzung dienenden „Gesetz zur Stärkung der nicht-finanziellen Berichterstattung der Unternehmen“ in Bezug auf Lage- und Konzernlageberichte würden ebenfalls leerlaufen, wenn Unternehmen alleine darüber entscheiden könnten, was als Geschäftsgeheimnis gilt und diesem Schutz unterliegt – oder nicht.

Gerade weil der Eingangssatz des § 2 des vorliegenden Kabinettsentwurfs (Begriffsbestimmungen) „im Sinne dieses Gesetzes“ meint, muss dringend klargestellt werden, dass tradierte Definitionen von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen nach anderen Rechtsgebieten, von diesem Regelungswerk nicht tangiert sind. Das setzt eine ausdrückliche Regelung des Anwendungsvorrangs der für die Arbeitsbeziehungen geltenden Vorschriften voraus.

3. Inhaber des Geschäftsgeheimnisses (§ 2 Nr. 2)

Begrüßt wird, dass verglichen mit dem Referentenentwurf der Begriff des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses entsprechend der Definition der Richtlinie angepasst wurde und als Inhaber derjenige gilt, der die rechtmäßige Kontrolle über die Information ausübt. Die widersinnige Formulierung, wonach als Inhaber jede Person gelten sollte, die ein Geschäftsgeheimnis rechtmäßig erlangt hat und es nutzen dürfe (also auch ein Betriebsrat im Rahmen seiner Tätigkeit), wurde nicht fortgeführt.

4. Erlaubte Handlungen und Handlungsverbote (§ 3 und § 4)

a. Im Allgemeinen

Während die Richtlinie die Fälle von rechtmäßigem (Art. 3) und rechtswidrigem (Art. 4) Erwerb bzw. rechtmäßiger und rechtswidriger Nutzung und Offenlegung

von Geschäftsgeheimnissen regelt, spricht der Gesetzentwurf von erlaubten Handlungen (§ 3) und Handlungsverboten (§ 4).

Nach unserer Überzeugung wird auch dadurch die Intention der Richtlinie, Beschäftigten und ihren Interessenvertretungen den Zugang zu Informationen, die sie zur Ausübung ihrer Rechte benötigen, ebenso wie die Nutzung und Offenlegung solcher Informationen in Ausübung ihrer Rechte grundsätzlich zu erlauben, nicht umgesetzt. Ebenso wird die berufliche Mobilität der Beschäftigten durch die Handlungsverbote unerlaubterweise eingeschränkt.

b. § 3 Abs. 2: Vorgaben der Richtlinie nicht umgesetzt

Aus dem **Erwägungsgrund 18** der Richtlinie geht hervor, dass Erwerb, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen immer dann, wenn sie rechtlich vorgeschrieben oder zulässig sind, etwa im Rahmen der kollektiven Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer einschließlich der Mitbestimmung, als rechtmäßig im Sinne dieser Richtlinie gelten. Zum „Recht der Mitgliedstaaten“ zählen neben den gesetzlichen Regelungen auch die durch die ständige Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze, etwa zur Zulässigkeit der Unterrichtung über den geplanten Personalabbau zwischen den Interessenvertretern und der Belegschaft. **Der vorliegende Entwurf setzt in § 3 Abs. 2 diese Vorgabe unzureichend um**, indem eine Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen nur dann rechtmäßig ist, wenn sie durch das Gesetz gestattet ist. Das ist aber eine sehr enge Formulierung, die offenbar eine ausdrückliche Erlaubnisnorm voraussetzt. **Die Regelung ist entsprechend dem Erwägungsgrund 18 der Richtlinie zu formulieren**, wonach Erwerb, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen immer dann, wenn sie rechtlich vorgeschrieben oder zulässig sind, etwa im Rahmen der kollektiven Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer einschließlich der Mitbestimmung, als rechtmäßig im Sinne dieser Richtlinie gilt. Zudem ist der Begründung der Vorschrift zu entnehmen, dass **spezialgesetzliche Regeln zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen Vorrang vor dem GeschGehG genießen sollen – aus dem Wortlaut der Vorschrift ist dies allerdings nicht abzuleiten. Der DGB fordert deshalb den Vorrang verbindlich festzuschreiben – vorzugsweise in § 1 des Gesetzes.**

c. Maulkorbpraxis durch Vertraulichkeitsverpflichtungen wird legitimiert

Das Zusammenspiel zwischen § 3 und § 4 bringt weder Rechtsklarheit, noch sichert es die Rechte der einzelnen Arbeitnehmer oder ihrer Interessenvertretungen. Im Gegenteil: Aus dem Zusammenspiel dieser beiden Vorschriften – der Regelung der erlaubten Handlungen in § 3 und der Handlungsverbote in § 4 – wird deutlich, welche Einschränkungen für die einzelnen Arbeitnehmer/innen und ihre Interessenvertretungen drohen.

So soll zwar ein Geschäftsgeheimnis durch „ein Ausüben von Informations- und Anhörungsrechten der Arbeitnehmer oder Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmervertretung“ erlaubterweise erworben werden können

(§ 3 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzentwurfs), es darf aber bei Vorliegen einer entsprechenden Geheimhaltungsverpflichtung nicht genutzt oder offengelegt werden (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 sowie Abs. 3 des Entwurfs). Das bedeutet, dass ein Arbeitnehmer und/oder eine Interessenvertretung zwar in den Besitz von Informationen gelangen kann – etwa indem der Arbeitgeber in Erfüllung gesetzlicher Unterrichts- und Auskunftspflichten (§§ 80 Abs. 2 Satz 1, 85 Abs. 3, 89 Abs. 5, 90 Abs. 1, 92 Abs. 1, 99 Abs. 1 Satz 1, 100 Abs. 1 Satz 2, 102 Abs. 1 Satz 2, 105 111 Abs. 1 Satz 1 BetrVG; § 7 Abs. 3 Satz 1 TzBfG) auch mögliche vertrauliche Informationen gegenüber dem Betriebsrat offenlegt. **Gleichzeitig könnte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bzw. seiner Vertretung aber eine Verpflichtung zur Beschränkung der Nutzung einseitig auferlegen, die Information damit zum „Geheimnis“ erklären, so dass der Betriebsrat bzw. der Einzelne keinen Gebrauch von dieser Information machen darf.** Denn jegliche Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen soll laut des vorliegenden Gesetzentwurfs als rechtswidrig gelten, wenn sie gegen Vertraulichkeitsvereinbarungen oder sonstige Nutzungsbeschränkungsvereinbarungen verstößt (§ 4 Abs. 2 und Abs. 3) – auf den Umfang der Vereinbarung, die Umstände ihres Zustandekommens und ihre Berechtigung kommt es nicht an.

Vertraulichkeitsvereinbarungen bzw. Verschwiegenheitserklärungen gehen nach unseren Erfahrungen schon heute über die erforderlichen und angemessenen Sicherungsanforderungen weit hinaus. Verschwiegenheitsregelungen mit teilweise drakonischen Sanktionsandrohungen bei Verletzung der Vertraulichkeit werden den Interessenvertretern in Betrieben und Arbeitnehmervertretern in Gremien schon heute regelmäßig zur Unterschrift vorgelegt – sind aber (beim Fehlen eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses) für die Interessenvertretungen bisher nicht verbindlich. Nach dem nun vorliegenden Kabinettsentwurf (§ 23 Abs. 1 Nr. 3) drohen dem Betriebsrat, der vom Arbeitgeber einseitig als Geschäftsgeheimnisse deklarierte und mit einer entsprechenden Vertraulichkeitsklausel versehene Informationen offenlegt, bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe. Der Gesetzesentwurf kommt damit einer unbeschränkten Zulassung von Verschwiegenheitserklärungen bzw. Vertraulichkeitsvereinbarungen gleich. **Auch das muss dringend korrigiert werden.**

Der Gesetzesbegründung zufolge muss eine solche Vertraulichkeitsverpflichtung nicht mal durch eine ausdrückliche Vereinbarung begründet werden. Vielmehr soll sie bereits aus der Treue- bzw. Rücksichtnahmepflicht des AN, die jedem Arbeitsverhältnis als eine vertragliche Nebenpflicht immanent ist, resultieren. Das bedeutet im Ergebnis, dass alle Beschäftigte, die eine willkürlich vom AG zum Geschäftsgeheimnis erklärte Information nutzen oder offenlegen, eine verbotene Handlung vollziehen, die entspr. dem Sanktionsregime des GeschGehG-E geahndet werden kann.

d. Gefahren und Risiken für Arbeitnehmer/innen in Aufsichtsräten

Bisher galt auch, dass sich ein grundsätzliches Verbot, den Gegenstand, Verlauf und das Ergebnis von Aufsichtsratsverhandlungen zu offenbaren, nicht mit einem

berechtigten Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens begründen lässt. Somit war es den Arbeitnehmervertreter/-innen im Aufsichtsrat mit ihrer Rolle als Doppelmandatsträger bisher zumindest möglich, generelle bzw. allgemeine Infos über Gegenstand, groben Verlauf und Ergebnis der Aufsichtsratssitzung ohne vertrauliche Details zu veröffentlichen (z. B. in Mitarbeiter-Zeitungen, im Betriebsrat oder auf einer Betriebsversammlung).

Nun drohen den Arbeitnehmervertreter/-innen im Aufsichtsrat erhebliche persönliche Konsequenzen, wenn sie die Informationen in die Betriebsratsgremien oder den Wirtschaftsausschuss weitergeben, weil z. B. das Unternehmen auf Hinweis der Arbeitnehmervertreter/-innen im Aufsichtsrat pflichtwidrig die Unterrichtung der Betriebsräte, z. B. nach den §§ 111 ff. BetrVG, unterlässt. Nach bisheriger Rechtslage droht in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen (z. B. BAG Beschluss v. 23.10.2008 – Az.: 2 ABR 59/07 – NZA 2009, 855) Arbeitnehmervertreter/-innen die Abberufung aus dem Aufsichtsrat; für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines – zugleich betriebsverfassungsrechtlichen – Mandatsträgers – fehlt es nach bestehender Rechtslage jedoch an einem wichtigen Grund aufgrund der (milderen) gesetzlichen Sanktion der Abberufung nach § 103 Abs. 3 AktG. Eine fortbestehende und in die Zukunft wirkende Belastung des Arbeitsverhältnisses und die Gefahr weiterer Verstöße gegen die Verschwiegenheitspflicht werden durch eine Abberufung ausgeschlossen, weshalb eine Kündigung unverhältnismäßig ist.

Diese durch die Sanktionsverschärfungen des vorliegenden Entwurfs verursachten Gefahren bzw. Risiken in Bezug auf Verschlechterungen in der Rechtsstellung der betroffenen Arbeitnehmer/innen verbreiten in Verbindung mit der Verstärkung von Compliance-Vorgaben in den Unternehmen eine „Angstkultur“ bei den Arbeitnehmervertretungen davor, Informationen preiszugeben und mit anderen Gremien zu teilen. Zudem wird mit diesen Regelungen – insbesondere durch die Begriffsdefinition nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 Nr. 1b des Entwurfs – das Geschäftsgeheimnis einzig nach den Regeln der Kapitaleseite bestimmt. Dabei bleibt außer Acht, dass die Preisgabe von Informationen genauso gut im Unternehmensinteresse sein kann, wenn durch die Entscheidungen, die als Geschäftsgeheimnis deklariert werden, dem Unternehmen ein Schaden drohen kann.

Für Aufsichtsratsmitglieder findet durch diese vorgenannten Verschlechterungen und Rechtsunsicherheiten in Bezug auf (möglicherweise) zu erwartende Sanktionen nach Maßgabe des vorliegenden Gesetzentwurfs ein Einschnitt in die bisher eigenverantwortliche Entscheidung statt, ob eine Information als geheimhaltungspflichtig eingestuft werden kann oder nicht. Regelungen in Geschäftsordnungen von Aufsichtsräten wurden bisher immer als unzulässig bewertet, wenn sie zum Gegenstand hatten, dass ein Aufsichtsratsmitglied sich vor der Weitergabe von Informationen die Genehmigung des Aufsichtsratsvorsitzenden einholen muss. Solche Erweiterungen der Verschwiegenheitspflicht verstießen bisher gegen den (insbesondere in der Kommentarliteratur vertretenen) Grundsatz der autonomen Entscheidungsfreiheit jedes Aufsichtsratsmitglieds bei der Einschätzung von Umfang und Grenzen der Geheimhaltung (vgl. Schubert, § 25 Rnr. 340 in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl. 2017; Köstler/Müller/Sick, Aufsichtsratspraxis, 10. Aufl. 2013, Rnr. 567f.; Ulmer/Habersack, § 25 Rnr. 104, 113ff. in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3.



Aufl. 2013). Diese Praxis wäre mit der Einführung bzw. Förderung von Vertraulichkeitsvereinbarungen und der Deutungshoheit für Geschäftsgeheimnisse durch Unternehmensleitungen – wie sie im Gesetzentwurf enthalten sind – widerlegt und obsolet.

Der vorgelegte Gesetzentwurf dürfte mit den geplanten Regelungen zu einer Änderung in der Auslegung der Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsräte gemäß §§ 93 Abs. 1 Satz 2, 116 AktG führen. Diese Verschärfungen der Vorgaben zur Verschwiegenheitspflicht zulasten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder droht das bewehrte System der Mitbestimmung insgesamt zu schwächen. In dem den Unternehmen die Deutungshoheit über die Vertraulichkeit überlassen wird, droht die Mitbestimmung auch insoweit in ihrer Funktionsfähigkeit als ein System kommunizierender Röhren entscheidend geschwächt zu werden. Jenseits einer Machtverschiebung zugunsten der Hauptversammlung und zulasten des mitbestimmten Aufsichtsrats durch aktuelle Entwicklungen der Corporate Governance (Investorengespräche, Say on Pay etc.) droht auf diese Weise auch die Mitbestimmung im unternehmerischen Machtgefüge weiter geschwächt zu werden. **Eine solche Schwächung lehnen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften strikt ab.**

e. Weitere Eingriffe in die Funktionsweise der Mitbestimmung und die Tarifautonomie

Der Gesetzentwurf konterkariert die Funktionsweise der betrieblichen Mitbestimmung, wenn dem Betriebsrat Informationen erteilt werden, die dieser nicht nutzen darf, er aber zugleich selbst – ggf. unter gerichtlicher Kontrolle – entscheiden muss, wie weit seine Verpflichtung aus § 79 BetrVG reicht und ob erhaltene Informationen ggf. auch der Belegschaft offenlegt werden dürfen oder gar müssen. Hieraus entsteht für den Betriebsrat ein Gewissenskonflikt: Zum einen ist die gesetzliche Definition der Geheimhaltungspflicht nach § 79 BetrVG enger (Erforderlichkeit eines objektiven Geheimnisses) als in der Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ in § 2 Nr. 1 des Entwurfs: So könnte ein Betriebsrat, ohne gegen § 79 BetrVG zu verstoßen, eine Information auf einer nicht öffentlichen Betriebsversammlung bekannt geben. Zum anderen könnte er aber gleichwohl die weitergehende Verpflichtung aus dem vorliegenden Gesetzentwurf verletzen. Hiergegen hat der Betriebsrat aber keine Rechtsbehelfsmöglichkeiten.

Als gravierender Rückschritt in der Mitbestimmung ist auch hier der Umstand der fehlenden Objektivität bei der Definition des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses zu bewerten. Es ist zu befürchten, dass durch die einseitige Möglichkeit, nahezu willkürlich festzulegen, ob Informationen ein Geschäftsgeheimnis darstellen, erhebliche Unsicherheiten und damit Nachteile für bereits im Amt befindliche Interessenvertreter entstehen. Auch dies kann zukünftig einen Rückgang der Bereitschaft der Beschäftigten, die Verantwortung für ein solches Mandat wahrzunehmen, bedeuten.

Mittelbar wird der Gesetzentwurf in seiner jetzigen Form auch die Funktionsweise der Tarifautonomie beeinträchtigen. Auf Grund ihrer demokratischen Verfasstheit haben Tarifkommissionen der Gewerkschaften u. a. über den Abschluss

von firmenbezogenen Sanierungstarifverträgen zu entscheiden. Dabei sind naturgemäß sensible Informationen zur Lage des Unternehmens Entscheidungsgrundlage. Diese wird ein Management – schon um sich selbst vor Haftungsansprüchen zu schützen – nur gegen Unterzeichnung entsprechender strafbewehrter Unterlassungs- und Verschwiegenheitserklärungen offenlegen. Dies könnte zur Folge haben, dass sich gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer/innen nur noch in geringerem Umfang bereit erklären, nicht nur die schwierigen Entscheidungen in solchen Tarifkommissionen zu verantworten, sondern sich zugleich erheblichen Haftungsrisiken auszusetzen.

f. Individualrechtliche Aspekte der Bewertung

Auch aus der individualrechtlichen Perspektive und auch vor dem Hintergrund, dass die Vorgaben zum Schutz der Mobilität der Beschäftigten (Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie) nicht umgesetzt worden sind, **sind die geplanten Regelungen zu § 3 und § 4 im vorliegenden Gesetzentwurf abzulehnen.**

Das Verbot der Nutzung und Offenlegung von Informationen beim Vorliegen von Vertraulichkeitsvereinbarungen ist vor dem Hintergrund der besonderen Abhängigkeit der Beschäftigten nicht akzeptabel. Eine echte Vertragsfreiheit im Hinblick auf die von ihnen unterzeichneten Verschwiegenheitsklauseln haben die Beschäftigten nicht. Die durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Umfang der Verschwiegenheitspflichten und zur Zulässigkeit von Verschwiegenheitsvereinbarungen müssen weiterhin in vollem Umfang ihre Geltung behalten.

Bei der Umsetzung der Richtlinie sind die Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Arbeitsplatzwechsel abzusichern. Ausweislich ihres Art. 1 Abs. 3 darf keine Bestimmung der diesem Gesetzentwurf zugrunde liegenden Richtlinie dazu genutzt werden, die Mobilität der Beschäftigten einzuschränken. Vielmehr ist die gesamte Richtlinie im Lichte dieser Vorgabe auszulegen und umzusetzen.

Um diese Vorgabe wirksam umzusetzen, sind **Geheimhaltungs- bzw. Verschwiegenheitsvereinbarungen, die die Mobilität der Beschäftigten beschränken, ausdrücklich zu untersagen.** Zumindest muss sichergestellt werden, dass die Grundsätze zur beschränkten nachvertraglichen Wirkung der Geheimhaltungspflichten und zur Zulässigkeit von nachvertraglichen Geheimhaltungsabreden, wie sie von Bundesarbeitsgericht (vgl. BAG v. 15.12.1987 – 3 AZR 474/86, BAG v. 19.5.1998 – 9 AZR 394/17) und Bundesgerichtshof (vgl. BGH v. 3.5.2001 – I ZR 153/99) aufgestellt wurden, weiterhin ihre Geltung behalten.

g. Abschließende Bemerkungen zu § 3 und § 4 des Entwurfs

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften bewerten die Auswirkungen der Regelungen des § 3 und des § 4 des vorliegenden Gesetzentwurfs auf das Arbeitsrecht und die betriebliche wie auch die Unternehmensmitbestimmung **insgesamt sehr kritisch.**

Wir appellieren daher, dass **durch eine eindeutige Regelung sichergestellt wird, dass der Informationserwerb und die Informationsnutzung durch Beschäftigte**

ihrer Interessenvertretungen und der Gewerkschaften, die der Ausübung ihrer Rechte dienen, nicht als rechtswidriger Erwerb gelten und nicht sanktioniert werden. Ebenso muss sichergestellt werden, dass die berufliche Mobilität der Beschäftigten durch die Handlungsverbote nicht beschränkt wird. Ein Anwendungsvorrang für die geltenden Regelungen zum Umgang mit vertraulichen Informationen im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht wäre hierfür das einfachste und wirksamste Mittel.

5. Zu § 5 des Entwurfs

§ 5 des Entwurfs setzt die Vorgaben des Art. 5 der Richtlinie modifiziert um. Geregelt werden Fälle, in welchen der Erwerb, die Nutzung und die Offenlegung – zusätzlich zu den Fällen des „erlaubten Handelns“ (§ 3) – gerechtfertigt sind. Es handelt sich um eine „insbesondere-Regelung“, wonach die drei ausdrücklich genannten Fälle (Ausübung der Meinungsfreiheit, Whistleblowing und Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber ihren Interessenvertretern) als Fälle des Schutzes eines berechtigten Interesses bezeichnet werden. Weitere Anwendungsfälle wären aber denkbar und nötig.

Die Vorschrift schafft nur auf den ersten Blick eine nennenswerte Abhilfe der bisherigen Probleme und Gesetzeslücken für die genannten Personengruppen. **Denn der Anwendungsbereich der Regelung ist eng gefasst und für die Beschäftigten mit nicht zu unterschätzenden Beweisproblemen verbunden.** Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses soll nach dem vorliegenden Entwurf nur dann als gerechtfertigt gelten, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, was neben der Ausübung der Meinungsfreiheit (Ziff. 1) auch in folgenden Fällen explizit vorliegen soll:

- Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen (Ziff. 2) und
- im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann (Ziff. 3).

a. Zu Ziff. 2 des § 5 des Entwurfs

Im Umkehrschluss bedeutet die eng gefasste Ausnahmeregelung für Whistleblower, dass etwa die Beschäftigten, die Hinweise auf Missstände in Unternehmen geben, ihre zivil- oder strafrechtliche Verurteilung nicht verhindern können, wenn sie nicht beweisen können, dass sie allein in der Absicht des Schutzes des öffentlichen Interesses gehandelt haben. Beim Vorliegen anderer Motive sind sie von der Ausnahmeregelung nicht erfasst.

Eine Nutzung oder Offenlegung der Information über das rechtswidrige Handeln zur Verfolgung eigener rechtmäßiger Interessen, z. B. zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen oder zur Abwehr unerlaubter Handlungen seitens des Inha-

bers des Geschäftsgeheimnisses oder zur Verfolgung von legitimen Gruppeninteressen, z. B. der Belegschaft oder der lauterer Wettbewerber, wäre damit möglicherweise künftig nicht mehr erlaubt. Denn sie erfolgt nicht vorrangig oder jedenfalls nicht allein in der Absicht, das „allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“, dient aber dennoch der Behebung eines rechtswidrigen Zustandes, auch wenn damit ausschließlich legitime Partikularinteressen verfolgt werden sollen.

Nutzung und Offenlegung erfolgen in der Regel auch nicht unbedingt zur Ausübung der freien Meinungsäußerung oder der Informationsfreiheit oder zur Information der Arbeitnehmervertretung durch die Arbeitnehmer, welche als weitere Rechtfertigungsgründe im Entwurf genannt werden.

Ob auch die oben genannten Fallkonstellationen vom „berechtigten Interesse“ des § 4 Eingangssatz mit umfasst würden, bleibt damit Auslegungssache der Gerichte. Angesichts der möglicherweise schwerwiegenden Folgen zivil- und strafrechtlicher Art wirkt diese Bestimmung stark einschüchternd. Es würde so ein geschützter Raum für rechtswidriges Handeln von Unternehmen zulasten Dritter geschaffen. Daran kann aber kein öffentliches Interesse bestehen.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern, dass rechtswidrige Handlungen eines Unternehmens und die Information darüber von vornherein kein Geschäftsgeheimnis darstellen können, so dass der Geheimnisinhaber dafür weder Schutz gegen deren Nutzung, Verwendung und Offenlegung erlangen noch eine Strafverfolgung derjenigen, die diese Information offenlegen oder nutzen, einleiten kann.

Es ist insgesamt auch bedauerlich, dass die Regelung zudem hinter den Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte an den Schutz der Hinweisgeber zurückbleibt (vgl. dazu EGMR in der Rechtssache Heinisch). Diese Anforderungen des EGMR sind für die Mitgliedstaaten der EMRK, darunter Deutschland, verbindlich und müssen bei der Umsetzung der Richtlinie beachtet werden. Zu klären wäre zudem das Verhältnis zum Arbeitsrecht, ob also die Offenlegung nicht auch dann erlaubt sein muss, wenn sie, anders als von der Rechtsprechung in Ableitung aus arbeitsvertraglichen Nebenpflichten gefordert, nicht zunächst auf innerbetriebliche Abhilfemöglichkeiten zurückgreifen, sofern diese zumutbar sind.

b. Zu Ziff. 3 des § 5 des Entwurfs:

Für Arbeitnehmer, die Informationen an ihre Interessenvertretung liefern, gilt, Erwerb, Offenlegung und Nutzung der Informationen nur dann als rechtmäßig, wenn die Information für die Erfüllung der Aufgaben der Interessenvertretung erforderlich war. Es handelt sich dem Wortlaut nach um eine „informativische Einbahnstraße“ – die die Rechtfertigung voraussetzt, dass die Information nur in Richtung der Arbeitnehmervertretung fließt, nicht etwa umgekehrt. Für den einzelnen Arbeitnehmer ist die Erforderlichkeit zur Wahrnehmung der Aufgaben schwer absehbar, insbesondere wenn sich die Erforderlichkeit erst im Zusammenhang mit weiteren Informationen, die der einzelne Arbeitnehmer ggf. gar nicht



hat, feststellen lässt. **Sowohl die einseitige Ausrichtung des zulässigen Informationsflusses als auch das Kriterium der Erforderlichkeit lehnen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften ab.**

Da § 4 die Überschrift „Rechtfertigungsgründe“ trägt, wäre der einzelne Arbeitnehmer zudem darlegungs- und beweisbelastet hinsichtlich der Erforderlichkeit der Information für die Erfüllung der Aufgaben seiner Interessenvertretung bzw. im Falle der Ziff. 2 hinsichtlich der Motivation und der Aufdeckung des Fehlverhaltens. Das halten wir für wenig praktikabel und hoch problematisch. Informationen, die zum Schutz des berechtigten Interesses erforderlich sind, sind bereits auf Tatbestandsebene aus dem Geheimnisbegriff rauszunehmen.

6. Abschnitt 2: Unterlassungs-, Schadensersatz- und Herausgabeansprüche (ausgewählt)

a. Zu § 6 Satz 2 des Entwurfs – Unterlassungsanspruch bei drohender Geheimnisverletzung

Nach dem Gesetzentwurf ist ein Unterlassungsanspruch bei drohender Rechtsverletzung geplant (§ 6 S. 2 des Entwurfs). Dieser präventive Geheimnisschutz führt in Kombination mit der sehr weitreichenden Definition des Geschäftsgeheimnisses, dem weitreichenden Verbot von Nutzung und Offenlegung von Informationen, die einer Geheimhaltungsklausel unterliegen, und der unklaren und unzureichenden Zuständigkeitsregelung in § 14 Abs. 1 des Entwurfs, dazu, dass **Arbeitgeber nicht nur jeglichen Umgang mit Informationen unterbinden, sondern auch eventuelle Verstöße unangemessen verfolgen können. Diese Möglichkeit lehnen wir strikt ab.**

Für hochqualifizierte Arbeitnehmer/innen, die im Besitz von Kenntnissen sind, die ein Arbeitgeber als Geschäftsgeheimnis qualifiziert (was er ohne weiteres kann), wäre ein Jobwechsel erheblich erschwert. Wo derzeit nachvertragliche Konkurrenzverbotsvereinbarungen mit entsprechender Entschädigung- bzw. Karenzzahlung greifen, werden künftig Unterlassungsklagen zur Anwendung kommen.

Für Interessenvertretungen bedeuten die Regelungen ebenfalls mittelfristig eine weitere erhebliche Einschränkung ihrer Handlungsfähigkeit. Der Betriebsrat besitzt keine generelle Rechts- und Vermögensfähigkeit (vgl. BAG v. 24.04.1986, 6 ABR 607/83, NZA 1987, 100; BAG v. 29.09.2004, 1 ABR 30/03, NZA 2005,123), sondern ist – wie vergleichbar auch andere Arbeitnehmervertretungs-gremien – lediglich nach § 10 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren parteifähig. Er ist auch nur partiell vermögensfähig, nämlich lediglich insoweit, als nach § 40 BetrVG ein Freistellungsanspruch von den für die Betriebsratsarbeit erforderlichen Kosten besteht (vgl. BAG v. 24.10.2001, 7 ABR 20/00, NZA 2003, 53).

7. Abschnitt 4: Strafvorschriften: § 23 des Entwurfs

Diese Strafvorschrift soll die strafrechtlichen Regelungen des UWG (§ 17 – 19) ersetzen, die mit dem Inkrafttreten des GeschGehG außer Kraft treten werden. Im Gegensatz zu den geltenden Straftatbeständen des Rechts gegen den unlauteren



Wettbewerb, denen ein objektiver Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses zu Grunde liegt, droht nun bis zu drei Jahre (bei Verwendung im Ausland: bis fünf Jahre) Freiheitsstrafe bei Offenlegung von Informationen, die Unternehmen willkürlich zum Geschäftsgeheimnis erklärt haben. (vgl. hierzu die Ausführungen zu § 2 Nr. 1 GeschGehG). Damit wird das bisherige Strafrechtsregime des UWG auf den Kopf gestellt.

Diese unsystematische Überführung des geltenden Schutzregimes in das GeschGehG ist für die Umsetzung der EU-Richtlinie nicht erforderlich. Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie schlägt als Sanktion für den Fall der Nichtbefolgung von Schutzmaßnahmen lediglich die Verhängung von Zwangsgeldern vor. Eine deutlich weitergehende Androhung von Geld- oder gar Freiheitsstrafen ist in der Richtlinie nicht vorgeschrieben.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen diese Verschärfung des Sanktionsregimes für das Arbeitsrecht als vollkommen unsachgemäß strikt ab.

IV. Abschließende Bemerkungen

Auf Grundlage des geplanten GeschGehG – zumindest in der bisherigen Fassung – droht eine ausufernde Geheimhaltungspraxis, die zu einem rechtlichen und tatsächlichen Maulkorb für Beschäftigte und deren Interessenvertreter werden kann und werden wird, sollte dieser Entwurf Gesetz werden.

Um einer solchen Praxis entgegenzuwirken, die Grundrechte der Beschäftigten zu schützen und die funktionierende Mitbestimmung aufrechtzuerhalten, ist die Geltung des geplanten Gesetzes, insbesondere aber des für das Arbeitsrecht völlig untauglichen Begriffs des Geschäftsgeheimnisses, für das Arbeitsrecht auszuschließen. Die Korrektur des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses um das Kriterium des berechtigten Geheimhaltungsinteresses ist davon unabhängig notwendig, damit die Unternehmen nicht die alleinige Deutungshoheit darüber haben, welche Informationen sie zu schützenswerten Geschäftsgeheimnissen erklären können. Die Vorgaben der Richtlinie zum Schutz der beruflichen Mobilität sind umzusetzen.

Andernfalls würden Arbeitnehmer und ihre Interessenvertretungen in Betrieben und Unternehmen erheblichen Risiken ausgesetzt, mit arbeitsrechtlichen, haftungsrechtlichen und – vor dem Hintergrund der Strafandrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe – strafrechtlichen Konsequenzen. Arbeitnehmer würden sich mit einem permanenten Risiko der Verletzung einer Verschwiegenheitspflicht beim Umgang mit berufsbezogenen Informationen und Interessenvertreter bei der Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Rechte und Erfüllung ihrer Verpflichtungen konfrontiert sehen. Die ausufernde Praxis der Verschwiegenheitsverpflichtungen wäre damit rechtlich bestätigt. Eine Kommunikation über Personalabbaupläne oder Sanierungspläne gegenüber der Beleg-



schaft könnte gänzlich unterbunden werden. Die Regelungen der unionsrechtlichen Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen (etwa der RL 2002/14/EG sowie der RL 2009/38/EG) drohten letztlich leerzulaufen.

Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes¹ zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung²

Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm (Hamburg)

Anlässlich der vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz beschlossenen Anhörung am 12. Dezember 2018 sollen einige wesentliche Gesichtspunkte des Gesetzgebungsvorhabens in der gebotenen Kürze zusammengefasst werden.

1. Ausgangspunkt

Die grundlegende Reformbedürftigkeit des deutschen Rechts zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen war in der Rechtswissenschaft und -praxis seit Langem unbestritten. Das seit Ende des 19. Jahrhunderts in seinen wesentlichen Zügen kaum veränderte Schutzsystem krankte vor allem daran, dass es rein strafrechtlich verankert war. Es fehlte deshalb an einer geschlossenen zivilrechtlichen Regelung, die als gleichermaßen effektiv wie ausgewogen gelten konnte. Es bedurfte offenbar eines Anstoßes „von außen“, um das Zivilrecht in den Mittelpunkt zu rücken und von seinen strafrechtlichen Fesseln zu befreien. In Zeiten zunehmender Digitalisierung einer international verflochtenen Wirtschaft sind Geschäftsgeheimnisse technischer und wirtschaftlicher Art einerseits wertvoller, andererseits gefährdeter denn je.

Den benötigten Impuls zu einer zeitgemäßen Neustrukturierung des Geheimnisschutzes verdanken die Mitgliedstaaten der Geschäftsgeheimnis-RL von 2016. Ihrem Erlass ging eine mehrjährige, sehr umfassende Erhebung des (innerhalb der Union zersplitterten und unbefriedigenden) Ist-Zustands voraus, gefolgt von einer breit angelegten Konsultation und einem auf Ausgleich verschiedenster Interessen bedachten legislativen Verfahren. Zu Recht wurde in den Erwägungsgründen der Richtlinie hervorgehoben, dass eine auf einem angemessenen Schutzniveau beruhende Rechtsangleichung eine wesentliche Voraussetzung für den grenzüberschreitenden Austausch vertraulicher technischer und wirtschaftlicher Informationen und damit für die Innovationsförderung im Binnenmarkt bildet.

2. Harmonisierungskonzept

Um näher beurteilen zu können, welchen Spielraum der deutsche Gesetzgeber bei der gebotenen Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben besitzt, ist ein Blick auf den von der Richtlinie beanspruchten Harmonisierungsgrad erforderlich. Aus den einleitenden Worten des Art. 1 Abs. 1 S. 2 ergibt sich, dass das von der Geschäftsgeheimnis-RL geschaffene Schutzniveau nicht unterschritten werden darf, während die Mitgliedstaaten einen über dieses Niveau hinausgehenden Schutz von

¹ Im Folgenden „GeschGehG“

² Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung; im Folgenden „Geschäftsgeheimnis-RL“

Geschäftsgeheimnissen einführen oder beibehalten dürfen. Insofern scheint die Richtlinie nur einen Mindeststandard herbeiführen zu wollen; dies würde dem Konzept der Durchsetzungs-Richtlinie von 2004³ entsprechen, die eine effektivere Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zum Ziel hatte.

Anders als dort wird das Gestaltungsrecht der Mitgliedstaaten in Art. 1 Abs. 1 der Geschäftsgeheimnis-RL aber im gleichen Atemzug „nach oben“ begrenzt: Zahllose Einzelbestimmungen, darunter auch die wichtigen Artikel 3 (stets als rechtmäßig geltende Handlungen) und 5 (Ausnahmen) dürfen bei der Umsetzung in nationales Recht inhaltlich nicht verändert werden. Sie dienen in erster Linie der angemessenen Berücksichtigung von Interessen Dritter (wie Arbeitnehmern, Wettbewerbern, Forschungseinrichtungen, Medien) und der Allgemeinheit. Bei näherer Betrachtung erweist sich, dass dieser Strauß sakrosankter Bestimmungen die große Mehrzahl der wichtigsten Richtlinienvorschriften erfasst. Hinzu kommt, dass auch die Definition des „Geschäftsgeheimnisses“ als verbindlich betrachtet werden muss.

Im praktischen Ergebnis nähert sich die Geschäftsgeheimnis-RL daher einer Vollharmonisierung stark an. Entsprechend gering ist die Entscheidungsfreiheit der nationalen Gesetzgebungsorgane. Sie beschränkt sich im Wesentlichen auf die Erweiterung des Katalogs rechtswidriger Handlungen (Art. 4), die Anerkennung legitimer Interessen Dritter (Art. 5 Buchstabe d) und die Einführung zusätzlicher Rechtsbehelfe, wie sie etwa die Durchsetzungs-RL vorsieht.

3. Entwurf des GeschGehG

Vor diesem Hintergrund ist der vorliegende Entwurf des GeschGehG im Grundsatz als sehr gelungen zu bewerten. Er trägt dem aus deutscher Perspektive bestehenden Reformbedarf Rechnung und bewegt sich gleichzeitig – von kleineren Grauzonen abgesehen – sicher auf dem Boden der Geschäftsgeheimnis-RL. Dabei schöpft er den verbliebenen Gestaltungsspielraum in weitgehend überzeugender Weise aus. Infrage gestellt wird Letzteres in der rechtswissenschaftlichen Literatur am ehesten in Bezug auf den von gewichtigen Stimmen als noch nicht als ausreichend angesehenen Schutz von Geschäftsgeheimnissen in gerichtlichen Verfahren (Art. 9, §§ 15 bis 19 des GeschGehG). Bedauert wird z.T. auch, dass für bestimmte Situationen der Beweisnot nicht – wie in der Enforcement Directive – ein verbesserter Zugang zu Informationen und Unterlagen eröffnet wird, die sich im Besitz des mutmaßlichen Verletzers befinden.

4. Ausgewählte Einzelaspekte

a) Verhältnis Zivilrecht/Strafrecht

Zu begrüßen ist, dass nun die Voraussetzungen und Grenzen des zivilgerichtlichen Schutzes im Zentrum stehen, während die Strafvorschriften (§ 23) nur noch akzessorischen Charakter haben. Die Strafbarkeit hängt nicht

³ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Abl. L 157 vom 30.4.2004, S. 45)

nur vom Nachweis von Vorsatz und z.T. weiteren subjektiven Tatbestandsmerkmalen (etwa Schädigungsabsicht oder Eigennutz) ab, sondern knüpft auch nur an einen Teil der zivilrechtlichen Verbote an. Strafrechtlich aus guten Gründen nicht aufgegriffen wird beispielsweise die in § 4 Abs. 1 Nr. 2 enthaltene Öffnungsklausel, nach der ganz allgemein auch „jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben... entspricht“, verboten ist. Überdies wird in der Gesetzesbegründung (S. 41) ausdrücklich betont, dass generell kein Verhalten strafrechtlich erfasst werden soll, das sich zivilrechtlich als zulässig erweist. Bedeutung hat dies etwa deshalb, weil § 5 vorsieht, dass *jede* Handlung zum Schutz eines berechtigten Interesses gerechtfertigt ist.

b) Flexibles System eines einzelfallbezogenen Interessenausgleichs

Der eben angesprochenen Generalklausel des § 4 Abs. 1 Nr. 2 steht spiegelbildlich nicht nur die Generalklausel des § 5 gegenüber. Hinzu kommt vielmehr eine ebenfalls ganz allgemein formulierte Vorgabe aus Art. 3 Abs. 1 Buchstabe d (in § 3 Abs. 2 wohl etwas zu frei umgesetzt), nach der auch „jede andere Vorgehensweise (als rechtmäßig gilt), die unter den gegebenen Umständen mit einer seriösen Geschäftspraxis vereinbar ist“. Es handelt es sich also um ein nach beiden Seiten offenes System, das in weit größerem Umfang als nach bisherigem deutschen Rechts eine dem Einzelfall gerecht werdende Abwägung ermöglicht. Darüber hinaus wird in mehreren Zusammenhängen (insbesondere in Art. 7 und Art. 11 Abs. 2 sowie in § 9 GeschGehG) betont, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur im Allgemeinen, sondern bei jeder konkreten gerichtlichen Entscheidung über die dem Geheimnisinhaber zu gewährenden Rechtsbehelfe beachtet werden muss.

c) Rechtfertigungsgründe (insbesondere „Whistleblowing“)

Nach §§ 17 und 18 UWG konnten legitim erscheinende Interessen Dritter oder der Allgemeinheit sowohl im straf- als auch im zivilrechtlichen Zusammenhang nur sehr begrenzt berücksichtigt werden. Die Prüfung, ob eine tatbestandsmäßige Handlung „unbefugt“ war, ermöglichte nach überwiegender Auffassung nur eine Berücksichtigung allgemeiner Rechtfertigungsgründe (wie Einwilligung, rechtfertigender Notstand, Anzeigepflicht in Bezug auf drohende schwere Straftaten). Hierüber gehen die Geschäftsgeheimnis-RL (Art. 5 Buchstabe d) und der Entwurf des GeschGehG (§ 5 Halbsatz 1) nun zugunsten gegenläufiger individueller oder – vor allem – kollektiver Interessen weit hinaus. Es besteht damit schon im Rahmen des einfachen Gesetzes (statt erst auf der übergeordneten Ebene verfassungsrechtlicher Erwägungen) ein unmittelbarer Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung legitimer Belange, die denjenigen des Geheimnisinhabers zuwiderlaufen können. Hierin liegt, betrachtet aus der Perspektive der jeweiligen Interessentinhaber – eine ganz wesentliche Verbesserung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand.

Dies gilt auch für den in § 5 Nr. 2 GeschGehG (Art. 5 Buchstabe b der Geschäftsgeheimnis-RL) formulierten Schutz von Hinweisgebern. Nach ganz überwiegender Ansicht der deutschen Rechtslehre und –praxis zu § 17 UWG wurde „Whistleblowern“ ein Schutz dieser Art nicht gewährt, und zwar in der Regel nicht einmal bei Mitteilungen über eindeutig rechtswidrige unternehmensinterne Vorgänge. Nach neuem Recht dürfen nicht nur diese aufgedeckt werden, sondern darüber hinaus auch ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten – immer vorausgesetzt, dass der Hinweisgeber in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Dies mag man – je nach rechtspolitischer Perspektive – als zu weitgehend oder als immer noch unzureichend betrachten. Für die Zwecke des derzeitigen Umsetzungsvorhabens ist aber fest davon auszugehen, dass die im Entwurf des GeschGehG vorgeschlagene Regelung in § 5 Nr. 2 inhaltlich vollständig der für die Mitgliedstaaten bindenden Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-RL entspricht.

Die Voraussetzungen und Grenzen eines Hinweisgeberschutzes (als Ausnahme von den gemäß Art. 4 rechtswidrigen Geheimnisverletzungen) wurden auf Unionsebene umfassend und kontrovers diskutiert – mit dem aus Art. 5 Buchstabe b ersichtlichen, für den nationalen Gesetzgeber verbindlichen Ergebnis. Eine Änderung dieser Vorgaben (sei es „nach oben“, sei es „nach unten“) kann ihrerseits nur auf der Ebene des Unionsrechts betrieben, nicht im Rahmen des jetzt anstehenden Umsetzungsgesetzes erreicht werden. Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden,⁴ zeigt, dass der Umgang mit dem Phänomen des „Whistleblowing“ auch allgemeiner in Bewegung geraten ist. Möglicherweise führt dies irgendwann zu einer übergreifenden Lösung, die auch den derzeitigen § 5 Nr. 2 GeschGehG ersetzt oder modifiziert.

⁴ COM(2018)218 final

Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm
Am Sandtorkai 77 – 20457 Hamburg

An den
Deutschen Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Konrad-Adenauer-Str. 1
10117 Berlin

13. Dezember 2018

**Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2016/943 zum Schutz von
Geschäftsgeheimnissen (PA 6 – 5410-2.2)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

gestatten Sie mir bitte einige ergänzende Anmerkungen unter dem Eindruck der Anhörung vom 12. Dezember 2018:

1. Was einigen Kolleginnen und Kollegen gestern nicht bewusst zu sein schien: Seit Ablauf der Umsetzungsfrist Anfang Juli dieses Jahres sind die nach Art. 1 bindenden Vorschriften der Richtlinie in Deutschland unmittelbar anwendbar, was sämtliche Träger öffentlicher Gewalt von Amts wegen zu beachten haben (vgl. EuGH, Slg. 1991, I-3757, 3789, Tz. 16 – *Verholen*; EuGH NJW 2004, 3547, Tz. 110 – *Pfeiffer/DRK*; *Ahrens* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, Einl. G Rn. 7).

Nach zwingendem Unionsrecht gelten derzeit also unter anderem bereits die Definition des Geschäftsgeheimnisses nach Art. 2 Nr. 1 und die Regelung zur Meinungs- und Pressefreiheit sowie zum Hinweisgeberschutz gemäß Art. 5 Buchstabe b der Geschäftsgeheimnis-RL.

2. Die Regelung des Whistleblowing gemäß Art. 5 Buchstabe b der RL und § 5 Nr. 2 RegE ist für die Hinweisgeber weitaus günstiger als nach bisherigem Recht (§ 17 UWG). Auch die Betonung der Meinungs-, Presse- und Informationsfreiheit (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 und § 5 Nr. 1 ist eine positive Neuerung – im bisherigen Recht (§§ 17 und 18 UWG) war sie nicht erwähnt.

3. § 5 Geschäftsgeheimnis-RL gehört zu den Bestimmungen, die der nationale Gesetzgeber nicht erweitern darf, denn einer Erweiterung der „Ausnahmen“ entspräche spiegelbildlich eine Einengung der Regeltatbestände, nämlich des Katalogs der Handlungsverbote des Art. 4 (=§ 4). Dies aber käme einer Senkung des Schutzniveaus gleich, die durch Art. 1 verboten ist (Art. 1 erlaubt nur eine Anhebung des Schutzniveaus, vorausgesetzt, dass die zahlreichen dort genannten Schrankenbestimmungen beachtet werden). Aus diesem von der RL vorgegebenen Grund kann im Zuge dieser Umsetzung auch die Whistleblower-Regelung nicht ausgedehnt werden.
4. Meinungsverschiedenheiten entzündeten sich vor allem an der Frage, ob die Fälle des Art. 5 bzw. § 5 als „Ausnahme“ oder als „Rechtfertigungsgründe“ bezeichnet werden. Wenn es der breiteren Akzeptanz dient, wäre es nach meiner Auffassung vertretbar, in § 5 GeschGehG die gleiche Terminologie wie in Art. 5 Geschäftsgeheimnis-RL zu wählen („Ausnahmen“). Es bliebe dann der Rechtsprechung (und damit letztlich dem EuGH) überlassen, den rechtsdogmatischen Charakter dieser Regelung in richtlinienkonformer Weise festzulegen.
5. Die von Medienvertretern geäußerte Befürchtung, § 8 RegE könnte Journalisten zur Aufdeckung ihrer Quellen zwingen, beruht auf einem Missverständnis. Alleiniger Zweck dieser Bestimmung ist, wie sowohl der Wortlaut als auch die diesbezügliche Begründung zeigen, eine „Auskunft über rechtsverletzende Produkte“ zu ermöglichen. Mit einer Preisgabe von (sonstigen) Informationen über Geschäftsgeheimnisse und/oder die in deren Weitergabe involvierten Informanten hat dies nichts zu tun (was ggf. in der Begründung zu § 8 noch deutlicher zum Ausdruck gebracht werden könnte). Vorbild des § 5 sind die Regelungen, die aufgrund der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (2004/48 EG) unter anderem in das MarkenG (§ 19) und das UrhG (§ 101) aufgenommen wurden. Sinn ist es, möglichst zügig den Vertriebsweg „rechtsverletzender Produkte“ zu ermitteln, um zu verhindern, dass diese noch weiter verbreitet werden. Beispiele wären gefälschte Markenprodukte, Raubkopien von urheberrechtlich geschützten Werken oder eben Produkte, die unter rechtswidriger Verwertung fremder Geschäftsgeheimnisse hergestellt wurden.
6. Die strafrechtlichen Bestimmungen sind – wie während der Anhörung zutreffend bemerkt wurde – von der RL nicht vorgegeben. Im RegE wurden im Wesentlichen und in nicht erweiterter Form die bisherigen deutschen Vorschriften beibehalten, dies jedoch in sachgerechter Anknüpfung an die neuen zivilrechtlichen Handlungsverbote. Der von § 23 RegE strafrechtlich erfasste Bereich kann eher als etwas enger als nach bisherigem Recht betrachtet werden, zumal in der Begründung ausdrücklich hervorgehoben wird, dass zivilrechtlich erlaubte Handlungen unter keinen Umständen strafbar sein sollen. Damit kommt den Handelnden strafrechtlich zugute, dass Art. 3 ausdrücklich auch alle sonstigen (d.h. nicht ausdrücklich – wie etwa das Reverse Engineering – in Art. 3 explizit genannten) Handlungen für rechtmäßig erklärt, die „unter den gegebenen Umständen mit einer seriösen Geschäftspraxis vereinbar ist“. Diese Generalklausel erweitert also den Bereich des Zulässigen und strahlt auch auf das Strafrecht aus.

Entgegen dem in der Anhörung erwähnten Eindruck sind auch weder das (eher geringe) Strafmaß noch die Strafbarkeit des Versuchs oder die höhere Bestrafung bestimmter Auslandstaten eine Besonderheit des RegE. Alle diese Regelungen stammen „1:1“ aus dem seit Jahrzehnten geltenden deutschen Recht der §§ 17 bis 19 UWG).

Mit freundlichen Grüßen

gez. Prof. Dr. Henning Harte-Bavendamm

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz - PA 6
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Vorab per Email an: rechtsausschuss@bundestag.de

10. Dezember 2018

Stellungnahme als Sachverständiger

Sehr geehrte Abgeordnete,

ich nehme hiermit zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung „*Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung*“, BT-Drs. 19/4724, wie folgt Stellung:

I. Allgemeines

Sinn und Zweck des Gesetzesentwurfes ist die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/943 und die Schaffung eines Stammgesetzes zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen (BT-Drs. 19/4724, S. 1). Das erklärte Ziel ist, dass auf diese Weise ein „*stimmiger Schutz vor rechtswidriger Erlangung, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen erreicht*“ werden soll (ebd.). Damit sollen gesetzliche Anpassungen im UWG (Streichung von §§ 17-19 UWG), im Gerichtsverfassungsgesetz (Geheimhaltungsvorschriften in Verfahren), in der Strafprozessordnung (Anpassung der bisherigen Verweisungen auf § 17 UWG) und im Gerichtskostengesetz einhergehen (BT-Drs. 19/4724, S. 2). Die Anpassung weiterer Gesetze ist im Gesetzesentwurf bislang nicht vorgesehen.

PROF. DR. MICHAEL FUHLROTT

Partner | Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

DR. MAYEUL HIÉRAMENTE

Partner | Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

DR. PHILIP VON DER MEDEN

Partner | Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

JULIA MADELEINE REMY

Rechtsanwältin

BEARBEITER

Dr. Hiéramente
T 0049 (0) 40 36 111 83-0
E hieramente@fhm-law.de

AKTENZEICHEN

Die vorliegende Stellungnahme befasst sich mit der aus *arbeitsstrafrechtlicher* Perspektive zentralen Fragestellung der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen durch Unternehmensmitarbeiter und Führungskräfte in Fällen des sogenannten Whistleblowings. Hierfür werden die insoweit primär relevanten Normen des § 2 Nr. 1 GeschGehG-E, §§ 3,4 GeschGehG-E und § 5 GeschGehG-E sowie § 23 GeschGehG-E in den Blick genommen. Eine vollständige Bewertung des Gesetzesentwurfs ist mit dieser Stellungnahme nicht beabsichtigt. Insbesondere erfolgt keine Befassung mit kollektivarbeitsrechtlichen Fragestellungen (z.B. Einbindung von Betriebsräten, Gewerkschaften, Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat) oder der (strafrechtlichen) Haftung von Medienvertretern.

II. Zur Definition des § 2 Nr. 1 GeschGehG-E

§ 2 Nr. 1 GeschGehG-E sieht – anders als die bisher zentrale Norm des § 17 UWG – eine eigenständige Definition des Geschäftsgeheimnisses vor. Diese lautet:

„Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. Geschäftsgeheimnis eine Information, die

- a) 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) Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist;“*

Diese Definition ist eng angelehnt an Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie (EU) 2016/943 und soll der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben zur Harmonisierung des *zivilrechtlichen* Geheimnisschutzes dienen. Aufgrund des gewählten Regelungsansatzes (Verweisung des § 23 GeschGehG-E) soll diese Definition zukünftig auch maßgeblich für den *strafrechtlichen* Schutz von Geschäftsgeheimnissen sein.¹

¹ Zur Sinnhaftigkeit einer strafrechtlichen Regelung siehe auch *Württemberg/Freischem*, GRUR 2018, 708, 712.

1. Zu § 2 Nr. 1 a) GeschGehG-E

Die Definition weicht leicht von der Sprachfassung der Richtlinie ab. So wird u.a. der „kommerzielle“ Wert durch „wirtschaftlich“ ersetzt.² Die sprachliche Abweichung wird in der Gesetzesbegründung nicht weiter erläutert (BT-Drs. 19/4724, S. 22). Zum „wirtschaftlichen Wert“ wird in der Gesetzesbegründung indes ausgeführt:

*„Eine Information besitzt **wirtschaftlichen Wert**, wenn ihre Erlangung, Nutzung oder **Offenlegung** ohne Zustimmung des Inhabers dessen wissenschaftliches oder technisches Potenzial, **geschäftliche oder finanzielle Interessen, strategische Position oder Wettbewerbsfähigkeit negativ beeinflussen** (vgl. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie (EU) 2016/943).“*

(BT-Drs 19/4724, S. 24. Hervorhebung hier)

Der Gesetzesentwurf stellt für die Bestimmung des wirtschaftlichen Wertes auf die für den Geheimnisinhaber *negativen* Folgen einer Offenlegung ab. Eines positiv festgestellten Marktwertes bedarf es nicht. Damit ist von der Definition auch das sog. „*rechtswidrige Geheimnis*“ erfasst. Dieser Ansatz ist, auch im Lichte der Richtlinie (EU) 2016/943, vorzugswürdig.³ Auch Erkenntnisse über etwaiges innerbetriebliches Fehlverhalten sind grundsätzlich als Geheimnis im Sinne der Norm einzustufen.⁴ Dies wird nach derzeitiger Rechtslage im Hinblick auf § 17 UWG ebenfalls so gesehen.⁵

Ein tatbestandlicher Ausschluss „*rechtswidriger Geheimnisse*“ ist bereits deshalb nicht zielführend, weil in den meisten wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalten eine klare Trennung zwischen schützenswerten Betriebsinterna und inkriminierten Informationen nicht möglich ist.⁶ Ein Tatbestandsausschluss könnte zu einer leichtfertigen Offenlegung von Informationen führen, wenn auf weitergehende – subjektive oder objektive – Anforderungen an den Offenlegenden verzichtet würde. Darüber hinaus darf nicht aus dem Blick verloren werden, dass die Definition des Geschäftsgeheimnisses nicht nur Anwendung im Verhältnis zum (verantwortungsvollen) Whistleblower findet, sondern auch gegenüber Wettbewerbern, die sich im Sinne des § 4

² Vgl. auch *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1176 f.

³ A.A. *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1011.

⁴ Zu sprachlichen Unschärfe siehe aber *Passarge*, CB 2018, 144, 145.

⁵ *Passarge*, CB 2018, 144, 145; *Schmitt*, RdA 2017, 365, 369; *Janssen/Maluga*, MüKo-StGB, 2. Aufl. 2015, § 17 UWG, Rn. 35.

⁶ Vgl. *Reinbacher*, KriPOZ 2018, 115, 117. Siehe auch *Schmitt*, RdA 2017, 365, 369.

GeschGehG-E auf unbefugte Weise Zugriff auf derartige Informationen verschaffen.⁷ Es wäre insoweit nicht zweckmäßig, dem Inhaber (vermeintlich) „*rechtswidriger Geheimnisse*“ die Rechtsschutzmöglichkeiten des GeschGehG in Gänze zu nehmen.

Es ist auch europarechtlich nicht geboten, „*rechtswidrige Geheimnisse*“ von der Definition des § 2 Nr. 1 GeschGehG-E auszunehmen. So schreibt die Richtlinie 2016/943 in Art. 2 Nr. 1 der Information einen kommerziellen Wert gerade deshalb zu, „*weil*“ diese geheim ist.⁸ Der Wert resultiert mithin nicht allein aus der Information selbst. Hinzu kommt, dass die Systematik der Richtlinie gegen einen Tatbestandsausschluss spricht. Andernfalls wäre die Ausnahmeregelung des Art. 5 b) der Richtlinie (EU) 2016/943 – und die darin niedergelegten subjektiven Anforderungen – hinfällig.⁹ In Erwägungsgrund 14 der Richtlinie (EU) 2016/943 kommt ebenfalls ein „*negatives*“ Verständnis des kommerziellen Werts zum Ausdruck.¹⁰ Schließlich darf nicht verkannt werden, dass auch an der Wahrung eines „*rechtswidrigen Geheimnisses*“ zunächst einmal ein legitimes Interesse im Sinne des Erwägungsgrunds 14 der Richtlinie (EU) 2016/943 bestehen kann. Anhaltspunkte für innerbetriebliches Fehlverhalten sind regelmäßig Anlass für die Durchführung interner Untersuchungen und der Optimierung von Compliance-Systemen.¹¹ Dabei ist es durchaus gängige Praxis, dass die so gewonnenen Erkenntnisse proaktiv Behörden offengelegt werden, um im Dialog mit den Ermittlungs- und Aufsichtsbehörden eine zukünftige Normbefolgung im Unternehmen effektiv sicherzustellen. Es wäre daher vorschnell, dem Bestreben zur internen Aufklärung und Selbstreinigung pauschal die Legitimität abzuspochen.

Es ist daher festzuhalten, dass die Richtlinie (EU) 2016/943 den Schutz „*rechtswidriger Geheimnisse*“ ebenso zulässt wie der Gesetzesentwurf (BT-Drs. 19/4724). Daran sollte festgehalten werden. Eine weitere Klarstellung im Normtext erscheint aus hiesiger Sicht nicht erforderlich.

2. Zu § 2 Nr. 1 b) GeschGehG-E

Die Definition der Richtlinie (EU) 2016/943 weicht in einem Punkt relativ deutlich von der

⁷ Vgl. *Reinbacher*, KriPOZ 2018, 115, 119.

⁸ Vgl. auch *Hoeren/Münker*, WRP 2018, 150, 151.

⁹ *Reinbacher*, KriPOZ 2018, 115, 119.

¹⁰ Denkbar sind allenfalls Ausnahmen, wo ausschließlich illegale Machenschaften in Rede stehen, vgl. *Schmitt*, RdA 2017, 365, 369. Hier werden im Regelfall aber kaum arbeitsrechtliche Streitigkeiten ausgetragen werden.

¹¹ Vgl. auch *Meyer*, HRRS 2018, 322, 328.

bisherigen, von der deutschen Rechtsprechung zu § 17 UWG entwickelten Definition ab.¹² Während nach der bisherigen nationalen Rechtsprechung objektiv ein Geheimhaltungsinteresse und subjektiv ein Geheimhaltungswille, der sich (ggfs. konkludent) manifestiert, erforderlich war, gibt das Europarecht nunmehr vor, dass der Geheimnisinhaber „*angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen*“ vornimmt, um den zivilrechtlichen (und im Ergebnis auch strafrechtlichen¹³) Schutz zu erlangen. Dabei erkennt die Richtlinie (EU) 2016/943 grundsätzlich an, dass das Geheimhaltungsinteresse von Relevanz ist (vgl. Erwägungsgrund 14). Zudem ist die Durchführung von Sicherungsmaßnahmen ein deutliches Zeichen, dass der Geheimnisinhaber einen Geheimhaltungswillen hat.¹⁴

Aus praktischer Sicht problematisch ist allerdings, dass aus dem nunmehr eingeforderten – strikten – Erfordernis der angemessenen Schutzmaßnahmen eine Beweisbelastung des Geheimnisinhabers resultiert. Dieser wird – sowohl im Zivilverfahren als auch im Strafverfahren¹⁵ – die Existenz von Sicherungsmaßnahmen vorzutragen und zu belegen haben.¹⁶ Zu begrüßen ist insoweit, dass der Gesetzesentwurf – jedenfalls in der Begründung – **keine übersteigerten Anforderungen an die Schutzmaßnahmen** stellt:

*„Es ist nicht erforderlich, jede geheim zu haltende Information gesondert zu kennzeichnen, sondern es können grundsätzlich Maßnahmen für bestimmte Kategorien von Informationen ergriffen werden [...] oder **durch allgemeine interne Richtlinien und Anweisungen oder auch in Arbeitsverträgen vorgegeben werden.**“*

(BT-Drs. 19/4724, S. 24. Hervorhebung hier)

Es wäre allerdings, u.a. im Interesse der Rechtsklarheit sowie aufgrund bestehender arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung zu Vertraulichkeitsvereinbarungen,¹⁷ zu erwägen, dies **im Normtext selbst klarzustellen**. Dies könnte mit einem **nicht abschließenden Katalog** erfolgen, der sich am Begründungstext orientiert.¹⁸

¹² Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175, 1177.

¹³ Vgl. Reinbacher, KriPOZ 2018, 115, 119.

¹⁴ Siehe insoweit auch Brammsen, wistra 2018, 449, 451.

¹⁵ Hier gilt grundsätzlich die Amtsaufklärungspflicht. Allerdings wird in der Praxis ein faktischer Zwang bestehen, hier aktiv vorzutragen.

¹⁶ Kritisch Brammsen, wistra 2018, 449, 41 f.; Passarge, CB 2018, 144, 145. Positive Bewertung hingegen bei Busekist/Racky, ZRP 2018, 135, 137.

¹⁷ Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175, 1177 mwN. Siehe auch Heinzke, CCZ 2016, 179, 182 f.

¹⁸ Vgl. auch Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175, 1177.

Darüber hinaus ist zu überlegen, das auch bisher von der Rechtsprechung geforderte Merkmal des **Geheimhaltungsinteresses**, welches in den Erwägungsgründen der Richtlinie (EU) 2016/943 auch angesprochen wird, **als weiteres Tatbestandsmerkmal** in die Definition aufzunehmen. Jedenfalls im Hinblick auf die Strafandrohung des § 23 GeschGehG-E muss sichergestellt werden, dass die Entscheidung über die Strafbarkeit eines Verhaltens vom Gesetzgeber selbst und nicht von Privatpersonen getroffen wird. Hierbei darf der Gesetzgeber zwar mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeiten.¹⁹ Führt der Gesetzgeber nunmehr aber eine Legaldefinition ein, sollte diese auch geeignet sein, die Strafandrohung auf die objektiv schützenswerten Geheimnisse zu beschränken.

III. Zu §§ 3, 4 GeschGehG-E

§ 3 GeschGehG-E regelt die zulässigen Formen der Erlangung, Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen. § 4 GeschGehG-E definiert Handlungsverbote. Auf dieser Rechtsverletzung setzen die Ansprüche des Geheimnisinhabers auf Beseitigung und Unterlassung (§ 6 GeschGehG-E), Vernichtung, Herausgabe, Rückruf, Entfernung und Rücknahme vom Markt (§ 7 GeschGehG-E), Auskunft (§ 8 GeschGehG-E) und Schadensersatz (§ 10 GeschGehG-E) auf.

Anders als nach bisheriger Rechtslage, knüpfen die Ansprüche an das zivilrechtlich geprägte Handlungsverbot und nicht an dem für die strafrechtlichen Bedürfnisse formulierten § 17 UWG an. Diese strukturelle Umstellung hat im Kern **eine Ausweitung der zivilrechtlichen Haftung** zur Folge. So erfolgte über § 17 UWG nur dann eine Sanktionierung, wenn der Rechtsverletzer „*zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen*“, agierte. Diese Formulierung findet sich zwar nunmehr – in leicht abgewandelter Form – in § 23 GeschGehG-E wieder, entfaltet aber nunmehr nur bei der strafrechtlichen Würdigung unmittelbare Wirkung.²⁰

Damit geht einher, dass selbst der altruistisch und im (ausschließlichen) Interesse der Öffentlichkeit agierende Whistleblower nunmehr sicher vom Tatbestand der Geheimnisverletzung (§ 4 GeschGehG-E) erfasst ist.²¹

¹⁹ BVerfG, Beschluss v. 23.6.2010, 2 BvR 2559/08 = BVerfG NJW 2010, 3209, 3210 f.

²⁰ Vgl. Reinbacher, KriPOZ 2018, 115, 116; Kalbfus, GRUR 2016, 1009, 1013.

²¹ Zur Möglichkeit der Erfassung von Whistleblowern nach § 17 Abs. 1 UWG siehe Eufinger, ZRP 2016,

IV. Zum Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E

Betrachtet man die Reaktionen auf die Richtlinie (EU) 2016/943 und den vorliegenden Gesetzesentwurf, so hat die Ausnahmeregelung des § 5 GeschGehG-E bzw. des Art. 5 der Richtlinie (EU) 2016/943 die meiste Beachtung erfahren. Diese Regelung befasst sich mit dem rechtspolitisch seit einem guten Jahrzehnt²² kontrovers diskutierten Thema des „Whistleblowings“ (dazu unter 1. bis 3.). § 5 GeschGehG-E befasst sich ferner mit dem Umgang mit Meinungs- und Pressefreiheit (Nr. 1) sowie kollektivarbeitsrechtlichen Themenstellungen (Nr. 3). Diese beiden Regelungen werden in der folgenden Betrachtung ausgeklammert.

1. Zur inhaltlichen Reichweite des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E

§ 5 Nr. 2 GeschGehG-E lautet:

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

2. zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;

Art. 5 b) der Richtlinie (EU) 2016/943 lautet in der deutschen Sprachfassung:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Antrag auf die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe abgelehnt wird, wenn der angebliche Erwerb oder die angebliche Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses in einem der folgenden Fälle erfolgt ist:

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.“

229, 230.

²² Vgl. Übersicht bei *Eufinger*, ZRP 2016, 229; *Meyer*, HRRS 2018, 322.

In der englischen Sprachfassung heißt es:

„Member States shall ensure that an application for the measures, procedures and remedies provided for in this Directive is dismissed where the alleged acquisition, use or disclosure of the trade secret was carried out in any of the following cases:

b) for revealing misconduct, wrongdoing or illegal activity, provided that the respondent acted for the purpose of protection of the general public interest;”

Die französische Sprachfassung lautet:

“Les États membres veillent à ce qu’une demande ayant pour objet l’application des mesures, procédure et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque l’obtention, l’utilisation ou la divulgation alléguée du secret d’affaires a eu lieu dans l’une ou l’autre des circonstances suivantes:

b) pour révéler une faute, un acte reprehensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l’intérêt public general;”

Praktische Bedeutung dürfte diese Regelung vor allem im Hinblick auf die **Offenlegung** entfalten, da eine Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses angesichts der subjektiven Anforderungen des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E nur schwer denkbar ist.

Zum Anwendungsbereich des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E stellen sich im Lichte der Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/943 drei zentrale Auslegungsfragen, die im Folgenden dargestellt werden sollen:

a) Fehlverhalten als objektives Kriterium

Die Formulierung in § 5 Nr. 2 GeschGehG-E ist interpretationsbedürftig. Sie ließe sich sowohl als objektives als auch als subjektives Kriterium verstehen.

Es sollte hier sprachlich klargestellt werden, dass für die Rechtfertigung im Sinne der Norm ein **zur**

Aufklärung berechtigendes Verhalten (dazu sogleich) **objektiv** vorgelegen haben muss.²³

Dies entspricht auch der Intention des Richtlinienetzgebers. So heißt es in Erwägungsgrund 20 der Richtlinie (EU) 2016/943:

*„Daher sollte sich der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht auf Fälle erstrecken, in denen die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses insoweit dem öffentlichen Interesse dient, als ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird. Das sollte **nicht** so verstanden werden, das die zuständigen Gerichte **daran gehindert** seien, Ausnahmen von der Anwendung der Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe in den Fällen zuzulassen, **in denen der Antragsgegner allen Grund hatte, in gutem Glauben davon auszugehen**, dass sein Verhalten den in dieser Richtlinie festgelegten angemessenen Kriterien entspricht.“*

(Hervorhebung hier)

Der europäische Gesetzgeber geht mithin selbst davon aus, dass die von ihm in Art. 5 der Richtlinie (EU) 2016/943 definierten Ausnahmen nur dann – zwingend – greifen, wenn das Verhalten objektiv vorliegt.²⁴ Ein darüberhinausgehender Schutz wird ermöglicht, in der Richtlinie indes nicht vorgegeben. Es besteht insoweit ein **Umsetzungsspielraum** für den nationalen Gesetzgeber.

Aus hiesiger Sicht es zielführend, **auf Ebene des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E ein tatsächlich feststehendes Fehlverhalten** einzufordern. Auf diese Weise wird der – auch in der Richtlinie dargestellten – Interessenlage der verschiedenen Beteiligten Rechnung getragen und ein grundrechtsschonender Ausgleich ermöglicht. Eine strikt objektive Betrachtung ist auch mit einem effektiven Schutz von Whistleblowern in Einklang zu bringen. Ein Whistleblower ist hierdurch keinesfalls schutzlos gestellt. Sachgerechter ist es, **Irrtumskonstellationen maßnahmespezifisch** zu betrachten, anstatt diese im § 5 Nr. 2 GeschGehG-E vor die Klammer zu ziehen²⁵:

So ist beispielsweise im **Strafrecht** (vgl. § 23 GeschGehG-E) anerkannt, dass im Falle eines Irrtums

²³ Vgl. *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1015; *Schmitt*, RdA 2017, 365, 371.

²⁴ Siehe auch *Hoeren/Münker*, WRP 2018, 150, 154.

²⁵ Es ist wohl unstrittig, dass verantwortlich agierende Whistleblower auch bei Veröffentlichung tatsächlich nicht bestehender rechtswidriger Handlungen nicht gänzlich schutzlos gestellt werden können, vgl. *Schmitt*, RdA 2017, 365, 371.

über objektive Merkmale eines Rechtfertigungsgrunds die **Vorsatzschuld** entfällt. Ein gutgläubiger Whistleblower, der irrtümlich annimmt, eine rechtswidrige Handlung der Unternehmensführung aufzudecken, wird in der Praxis in der Regel straflos ausgehen. Hat er vor Offenlegung eine gewissenhafte Prüfung durchgeführt und vor Offenlegung intern Rücksprache gehalten (dazu unten) so kann auch der **Fahrlässigkeitsvorwurf** entfallen und der Whistleblower auf diese Weise von **Schadensersatzansprüchen** freigestellt werden, die nur bei Verschulden (vgl. § 10 Abs. 1 GeschGehG-E) drohen.²⁶ Hingegen wäre es nicht sachgerecht, wenn nach einer irrtümlichen Offenlegung keine – **verschuldensunabhängige** – Unterlassung (vgl. § 5 GeschGehG-E) gefordert werden könnte. Es bedarf insoweit keines Schutzes des Whistleblowers.²⁷

Will man dem (vermeintlichen) Whistleblower einen weitergehenden Schutz angedeihen lassen (z.B. durch Definition des Verschuldensmaßstabs im Schadensersatz- und Arbeitsrecht), sollte dies auf Ebene der einzelnen Maßnahmen erfolgen,²⁸ da dies eine bessere Abwägung der widerstreitenden Interessen erlaubt. Meyer fordert zu Recht:

„Es bedarf letztlich einer Richtungsentscheidung, wie das Risiko, dass sich die Verdachtsmomente als Irrtum oder anderweitig substanzlos erweisen, zwischen den Grundrechtsträgern verteilt wird. Dies betrifft nicht nur das ‚Ob‘ der Meldung, sondern auch das ‚An wen‘.“²⁹

Auf Ebene des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E ist eine rein objektive Betrachtung angezeigt. Eine Irrtumsklausel sollte nach der Konzeption dieses Gesetzes, wenn man diese einführt, nicht im Allgemeinen Teil des Geschäftsheimnisgesetzes normiert werden.

b) Restriktive Bestimmung des „Fehlverhaltens“

Eine der meist diskutierten Formulierungen des GeschGehG-E ist die Definition des Whistleblowing-Anlasses. § 5 Nr. 2 GeschGehG-E lautet insoweit:

²⁶ Zum Regelungsansatz und der damit einhergehenden Erweiterung des Handlungsspektrums des Geheimnisinhabers siehe auch *Hoeren/Münker*, WRP 2018, 150, 153.

²⁷ Auch § 4d Abs. 6 FinDAG stuft die Haftung nach Verschulden ab, vgl. dazu auch *Eufinger*, ZRP 2016, 229, 230. Für eine Übersicht zu bestehenden Beschwerderechten von Arbeitnehmern siehe *Schmitt*, RdA 2017, 365

²⁸ *Meyer*, HRRS 2018, 322, 327.

²⁹ *Meyer*, HRRS 2018, 322, 326 (zum „An wen“ siehe unten).

„zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens“

i) *„Rechtswidrige Handlung“*

Das Merkmal *„rechtswidrige Handlung“* ist als normativ vorgeprägtes Merkmal das unproblematischste. Man sollte sich indes bewusst sein, dass auch dieses Merkmal **potentiell großflächige Ausnahmen vom Geheimnisschutz** zulässt. So ist der Terminus *„rechtswidrige Handlung“* im GeschGehG-E nicht legaldefiniert. Auch die Gesetzesbegründung enthält keine weiteren Hinweise (vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 29).

Es bleibt mithin der Rechtsprechung überlassen, die Konturen des Ausnahmetatbestands genauer zu definieren. Grundsätzlich ist zu konstatieren, dass der Ausnahmetatbestand vergleichsweise weit gefasst ist. Eindeutig dürfte sein, dass der Anwendungsbereich über § 11 Nr. 5 StGB (*„rechtswidrige Tat“*) hinausgeht und daher auch Handlungen erfasst werden, die keinem Straftatbestand unterfallen. Aus dem Umkehrschluss zu § 1 Abs. 1 OWiG ergibt sich ferner, dass der in § 5 Nr. 2 GeschGehG-E normierte Ausnahmetatbestand mehr erfassen dürfte, als Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. So lautet § 1 Abs. 1 OWiG:

*„Eine **Ordnungswidrigkeit** ist eine **rechtswidrige und vorwerfbare Handlung**, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt.“*

(Hervorhebung hier)

§ 5 Nr. 2 GeschGehG-E dürfte daher dahingehend interpretiert werden, dass das aufgedeckte Verhalten nur gegen die objektive Rechtsordnung verstoßen muss, ohne dass gleichzeitig festgestellt werden muss, dass die Schwelle eines Ordnungswidrigkeiten- oder Straftatbestands überschritten ist. Diese Weite des Ausnahmetatbestands ist nicht unbedenklich. Allerdings dürfte in der Praxis eine gewisse Kompensation über den subjektiven Tatbestand erfolgen. Auf diese Weise können Bagatellfälle aussortiert werden.³⁰

³⁰ Zur Notwendigkeit siehe auch *Reinbacher*, KriPOZ 2018, 115, 118 mit Verweis auf das Merkmal der „unmittelbaren Relevanz“ in Erwägungsgrund 20 der Richtlinie (EU) 2016/943. Siehe auch *Hoeren/Münker*, WRP 2018, 150, 154.

ii) „berufliches Fehlverhalten“

Auch dieser Rechtsbegriff ist im Gesetz nicht legaldefiniert. Die Gesetzesbegründung enthält allerdings eine sinnvolle Präzisierung:

„Vom Begriff des beruflichen Fehlverhaltens ist ein Verstoß gegen berufsständische Normen erfasst.“

(BT-Drs. 19/4724, S. 29)

Es erscheint durchaus sinnvoll an berufsständischen Normen anzuknüpfen. Diese sind regelmäßig kodifiziert und verhindern eine konturenlose Anwendung des Ausnahmetatbestands. Hinzukommt, dass bei einer berufsständischen Selbstverwaltung (Rechtsanwaltskammer, Ärztekammern, etc.) geeignete Ansprechpartner für eine Aufarbeitung, Bewertung und ggfs. Sanktionierung von beruflichen Fehlverhalten zur Verfügung stehen. **Allerdings wäre es wünschenswert, wenn die Beschränkung auf berufsständisch definiertes Fehlverhalten im Gesetzestext seinen Niederschlag findet.**³¹

iii) „sonstiges Fehlverhalten“

Der am meisten kritisierte Ausnahmetatbestand ist die „Aufklärung sonstigen Fehlverhaltens“.³² Dieser Punkt ist bereits sprachlich konturenlos und damit geeignet, den auch mit der Richtlinie (EU) 2016/943 beabsichtigten Geheimnisschutz zu untergraben. Kritisch ist auch die Begründung des Gesetzesentwurfs, in der es heißt:

*„Hiervon können Aktivitäten erfasst sein, die ein **unethisches Verhalten** darstellen, aber **nicht notwendigerweise gegen Rechtsvorschriften** verstoßen. Ein Beispiel hierfür könnten Auslandsaktivitäten eines Unternehmens sein, die in den betreffenden Ländern nicht rechtswidrig sind, aber dennoch von der Allgemeinheit als Fehlverhalten gesehen werden, wie zum Beispiel Kinderarbeit oder gesundheits- und umweltschädliche Produktionsbedingungen. Auch die systematische und unredliche Umgehung von Steuertatbeständen wird in der **öffentlichen Diskussion** häufig als unethisches Verhalten angesehen.“*

³¹ Vgl. auch Bürkle, CCZ 2018, 193.

³² Siehe aber auch Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175, 1179.

(BT-Drs. 19/4724, S. 29. Hervorhebung hier)

Gegen einen derart weiten Auffangtatbestand bestehen bereits **systematische Bedenken**.³³ So ist es bedenklich, wenn ein **demokratisch legitimiertes rechtsnormatives Verbot** (Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen), welches nach nationalem Recht zivil- und strafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht, **durch** rechtlich – vom demokratisch gewählten Gesetzgeber – nicht als schützenswert erachtete **ethische Belange unterlaufen** wird. Der Gesetzgeber ist dazu berufen, die normativen Wertentscheidungen selbst zu treffen und diese nicht den einzelnen Bürgern oder den Gerichten zu überantworten. Der Gesetzgeber ist zwar grundsätzlich nicht daran gehindert, ethische Vorstellungen in der Gesellschaft aufzugreifen und diese in rechtsnormative Handlungsregelungen zu gießen. In der hier vorliegenden Regelung erfolgt dies indes gerade nicht. Der Gesetzesentwurf erlaubt nur den Rückgriff auf ethische Maßstäbe, ohne diese inhaltlich zu definieren.

Darüber hinaus bestehen auch **praktische Probleme**. So wäre bei Beibehaltung der derzeitigen Fassung zunächst der (potentielle) Whistleblower dazu gezwungen, eine eigene Abschätzung vorzunehmen, ob das von ihm zur Aufklärung vorgesehene Verhalten als „*unethisch*“ einzustufen ist.³⁴ Dies bedeutet für diesen eine beträchtliche Rechtsunsicherheit, da ihm kein Prüfkatalog vorliegt und er einzig nach seinen – nicht notwendigerweise von der Gesellschaft mitgetragenen – Wertvorstellungen agieren muss. Werden diese nicht geteilt, drohen zivilrechtliche Schritte und strafrechtliche Ermittlungen. In einem weiteren Schritt müsste das betroffene Unternehmen prüfen, ob rechtliche Schritte eingeleitet werden sollen. Schließlich sind Behörden und Gerichte zur Bewertung berufen. All diese Verfahrensbeteiligten müssten – ohne normative Leitlinien – eine ethische Einschätzung vornehmen.³⁵ Hinzu kommt, dass die in der Gesetzesbegründung beschriebenen Fallkonstellationen einen (bereits existierenden) öffentlichen Diskurs voraussetzen scheinen. Häufig werden die Anwendungsprobleme jedoch dann auftauchen, wenn ein (vermeintlicher) Missstand erstmalig öffentlich publik wird. Dann besteht im Zeitpunkt der Offenlegung regelmäßig noch kein einheitliches Bild, welche Verhaltensweisen die „Gesellschaft“ als unethisch ansieht. Auch hier besteht die Gefahr beträchtlicher Rechtsunsicherheiten.

Nimmt man die in der Gesetzesbegründung dargelegten Beispielfälle in den Blick, kann zudem die

³³ Äußerst kritisch *Passarge*, CB 2018, 144, 146 f.; *Bürkle*, CCZ 2018, 193.

³⁴ Zu den praktischen Hindernissen für einen verantwortungsvollen Whistleblower siehe *Passarge*, CB 2018, 144, 147.

³⁵ Zu den Schwierigkeiten siehe *Bürkle*, CCZ 2018, 193; *Meyer*, HRRS 2018, 322, 324.

Frage aufgeworfen werden, **ob es überhaupt des Rückgriffs auf außernormative Kategorien bedarf**. So sind vielfältige Verhaltensweisen des unternehmerischen Handels detailliert normativ vorgezeichnet. Beispielhaft sei hier auf §§ 5, 5a UWG verwiesen. Hiernach werden unlautere Formen der Produktvermarktung im Detail aufgelistet. Im Steuerrecht ist in § 42 AO eine von der Rechtsprechung ausdifferenzierte Missbrauchsregelung³⁶ vorgesehen, die auch Umgehungshandlungen unter der Schwelle der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) erfasst. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in der Praxis auch durch eine restriktive Interpretation des Geschäftsgeheimnisses (s.o) einer zu extensiven Kriminalisierung von Whistleblowing-Aktivitäten entgegengewirkt werden kann.

Eine Streichung ist aus hiesiger Sicht **mit den Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/943 vereinbar**. So enthält die Richtlinie selbst keinerlei Verweis auf ethische Maßstäbe. Es ist dem Normtext des Art. 5 b) der Richtlinie (EU) 2016/943 nicht zu entnehmen, dass das dort erwähnte „*sonstige Fehlverhalten*“ an außerrechtlichen Maßstäben anknüpfen soll. Auch aus den Erwägungsgründen ist eine derart weitgehende Interpretation nicht erkennbar. In der englischen Sprachfassung fehlt der für Auffangregelungen typische Verweis („*sonstiges*“). Dort heißt es schlicht „*wrongdoing*“. Gleiches gilt für die französische Sprachfassung, in der ein „*acte répréhensible*“ gefordert wird. Die Wortwahl in den anderen Sprachfassungen ist restriktiver als die – augenscheinlich bei der Schaffung des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E zugrunde gelegte – deutsche Sprachfassung. Auch der Richtlinienentwurf der EU-Kommission zum Schutz von Whistleblowern³⁷ befasst sich ausschließlich mit Rechtsverstößen und Missbrauchskonstellationen (vgl. Art. 3 des Richtlinienentwurfs).

Die hiesige Rechtsansicht wird vom österreichischen Gesetzgeber geteilt. Im dortigen Ministerialentwurf³⁸ heißt es in § 26e:

„Der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist rechtmäßig, wenn dies [...]

2. in einem der folgenden Fälle erfolgt: [...]

³⁶ Siehe Übersicht bei *Birnbaum/Matschke*, NZWiSt 2013, 446.

³⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, COM(2018) 218 final, 2018/0106(COD), 23.4.2018. Siehe dazu auch *Richter*, ArbRAktuell 2018, 433.

³⁸ Entwurf, XX. Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG und die Zivilprozessordnung geändert werden, 58/ME XXVI: GP – Ministerialentwurf- Gesetz, abrufbar unter: www.parlament.gv.at.

b) zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung in Verbindung mit einem beruflichen Fehlverhalten im Zusammenhang mit dem Geschäftsgeheimnis, sofern der Rechtsverletzer in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;“

Eines Rückgriffs auf die Kategorie der Ethik als Rechtfertigungsgrund ist ebenso abzulehnen, wie der Auffangtatbestand des „sonstigen Fehlverhaltens“. Dieser Auffangtatbestand sollte ersatzlos gestrichen werden.

c) Unangemessenheit einer Auffangklausel („insbesondere“)

Der Gesetzesentwurf (BT-Drs. 19/4724) weicht in der Struktur von der Richtlinie (EU) 2016/943 ab. So ist das „berechtigte Interesse“ vor die Klammer gezogen und die Regelungen unter a) - c) sind als Beispielfälle normiert („insbesondere“) worden. Mit dieser Struktur geht eine Öffnung für unbestimmte Fälle des „berechtigten Interesses“ einher. Dies ist problematisch. Zwar enthält auch die Richtlinie in Art. 5 d) der Richtlinie (EU) 2016/943 eine Art Auffangklausel, die lautet:

„d) zum Schutz eines durch das Unionsrecht oder das nationale Recht anerkannten legitimen Interesses“

Der zentrale Unterschied ist jedoch, dass die Richtlinie die notwendige Verbindung zur normativen Bestimmung des „legitimen“ bzw. „berechtigten Interesses“ herstellt. Diese Klarstellung, den auch der österreichische Entwurf³⁹ und das französische Gesetz⁴⁰ enthalten, sollte auch im deutschen Gesetz erfolgen.

Die Öffnungsklausel („insbesondere“) sollte durch einen abschließenden Katalog ersetzt werden.

³⁹ Entwurf, XX. Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG und die Zivilprozessordnung geändert werden, 58/ME XXVI: GP – Ministerialentwurf- Gesetz, § 26e Abs. 3 d), abrufbar unter: www.parlament.gv.at.

⁴⁰ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, Article 1, Art. 5 L. 1515-8, 3°, abrufbar unter: www.legifrance.gouv.fr.

d) Formulierungsvorschlag

Aufgrund der obigen Feststellungen bietet sich eine Neuformulierung des § 5 GeschGehG an.⁴¹ Diese sollte zur weiteren Klarstellung ferner festlegen, dass die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen nur insoweit zulässig ist, als dass unternehmensbezogene, rechtswidrige Handlungen in Rede stehen.⁴² Rein privates Fehlverhalten von Mitarbeitern und Führungskräften kann regelmäßig keine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen rechtfertigen. Folgende Formulierung scheint aus hiesiger Sicht angemessen:

§ 5 GeschGehG-E – NEU:

„Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist gerechtfertigt, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt. Dies ist der Fall, wenn: [...]

2. dadurch eine rechtswidrige Handlung oder ein Verstoß gegen berufsständische Vorschriften aufgedeckt wird, die im Zusammenhang mit dem Geschäftsgeheimnis stehen, und die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.

[...]

4. die Offenlegung zum Schutz eines durch das Unionsrecht oder das nationale Recht anerkannten legitimen Interesses erforderlich ist.

2. § 5 Nr. 2 GeschGehG-E und Konfliktpotential mit anderen Normen

Von der inhaltlichen Ausgestaltung des § 5 GeschGehG-E ist die Frage des Anwendungsbereichs zu trennen. So stellt sich *de lege ferenda* die Frage, ob § 5 GeschGehG-E über den Anwendungsbereich des Geheimnisschutzgesetzes Wirkung entfalten soll oder nicht. Hierzu erscheint es zweckmäßig zunächst eine kurze - nicht abschließende - Bestandsaufnahme möglicher kollidierender normativer Vorgaben zu machen.⁴³

⁴¹ Anders z.B. *Würtenberger/Freischem*, GRUR 2018, 708, 710.

⁴² Vgl. auch *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1177, die feststellen, dass die Richtlinie (EU) 2016/943 den Unternehmensbezug nicht in Frage stellt. Siehe auch *Schmitt*, RdA 2017, 365, 369.

⁴³ Zu etwaigen Auswirkungen auf die Verschwiegenheitspflicht von Vorstandsmitgliedern nach § 93 Abs.

a) Strafrechtliche Normen

Bei der Ausgestaltung des Whistleblower-Schutzes sollte Berücksichtigung finden, dass nach derzeitiger Rechtslage nicht nur § 17 UWG einen strafrechtlichen Geheimnisschutz gewährt.

i) § 203 StGB

Eine zentrale Geheimnisschutzvorschrift im StGB ist § 203 StGB. Diese stellt die Offenbarung von Geheimnissen durch Berufsheimnisträger (Anwälte, Ärzte, Steuerberater, etc.) unter Strafe. Die Schutzrichtung unterscheidet sich von § 17 UWG bzw. § 23 GeschGehG-E darin, dass der Schutz des Geheimnisses hier nur Ausfluss der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht ist.⁴⁴ Dem entsprechend ist es zielführend, auch auf Ebene der Rechtfertigung zwischen beiden Fallkonstellationen zu unterscheiden. Die Richtlinie (EU) 2016/943 spricht das Thema „Berufsheimnisträger“ nicht an. Auch der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz hat diesen Aspekt ausgeblendet. Im Gesetzesentwurf (BT-Drs. 19/4724) ist nunmehr in § 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG-E eingeführt worden:

„Es bleiben unberührt:

1. der berufs- und strafrechtliche Schutz von Geschäftsgeheimnissen, deren unbefugte Offenbarung von § 203 des Strafgesetzbuches erfasst wird.“

Dies dürfte zur Folge haben, dass eine strafrechtliche Sanktionierung eines Whistleblowers, der Geschäftsgeheimnisse bei der Berufsausübung zur Kenntnis bekommt und dennoch offenbart, möglich bleibt (vgl. auch BT-Drs. 19/4724, S. 23).⁴⁵ Auch eine berufsrechtliche Sanktion, die an einer berufsständischen Geheimhaltungspflicht – wie z.B. § 43a Abs. 2 S. 1 BRAO – anknüpft, die im Katalog des § 203 StGB erfasst ist, dürfte in Zukunft zulässig sein. Unklar ist dies allerdings im Hinblick auf die Verwertung nach § 204 StGB, wobei eine solche wohl kaum einhergeht mit den subjektiven

1 S. 3 AktG siehe auch *Ries/Haimerl*, NZG 2018, 621. Zur Frage, ob auch Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB oder § 826 BGB ausgeschlossen werden, vgl. *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1179. Insbesondere ein Ausschluss des § 826 BGB erscheint allerdings aufgrund der subjektiven Anforderungen an die Rechtfertigung nach § 5 Nr. 2 GeschGehG-E fraglich.

⁴⁴ *Ciernak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. 2017, § 203, Rn. 3 ff.

⁴⁵ Anders *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1179. Unklar insoweit auch *Hiéramente/Golzio*, CCZ 2018, 262.

Anforderungen des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass im Hinblick auf § 203 StGB eine angemessene Lösung im derzeitigen Gesetzesentwurf gefunden wurde.

ii) § 353b StGB

Neben § 203 StGB ist die Norm des § 353b StGB in den Blick zu nehmen. Dienstgeheimnisse können unter Umständen auch unternehmerische Erkenntnisse sein.⁴⁶ Hier könnte sich die Frage stellen, ob eine Offenlegung über § 5 Nr. 2 GeschGehG-E gerechtfertigt werden kann. Hierzu trifft das Gesetz keine ausdrückliche Regelung. Möchte der Gesetzgeber sicherstellen, dass Dienstgeheimnisse mit Geschäftsbezug von dem Rechtfertigungsgrund ausgenommen werden, sollte er insoweit aktiv werden und dies in § 1 Abs. 3 GeschGehG-E eindeutig klarstellen.

iii) §§ 85 Abs. 1 GmbHG, 404 AktG, 120 BetrVG

Praktisch deutlich relevanter sind die Normen des §§ 85 Abs. 1 GmbHG, 404 AktG, 120 BetrVG, die die unbefugte Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Geschäftsführer, Vorstände oder Betriebsratsmitglieder unter Strafe stellen.⁴⁷ Angesichts der inhaltlichen Nähe zu § 17 UWG und des Abstellens auf die Offenbarung eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses, stellt sich die naheliegende Frage, ob der § 5 Nr. 2 GeschGehG-E zur Rechtfertigung herangezogen werden kann. Dies liegt nach der derzeitigen Sprachfassung durchaus nahe, da der Gesetzesentwurf in § 5 Nr. 2 – anders als in der Richtlinie (EU) 2016/943 (dazu unten) – keine Beschränkungen auf das Gesetz selbst vorsieht.

iv) §§ 202a ff. StGB

Ferner ist die Frage aufzuwerfen, ob die illegale Datenerlangung – ob durch einen Mitarbeiter des Unternehmens, einen Wettbewerber oder einen „Hacker“ – über § 5 Nr. 2 GeschGehG-E gerechtfertigt werden kann. Problematisch ist insoweit, dass der Wortlaut die Rechtfertigung des „Erlangens“ beinhaltet, ohne nach den Personen und der Art und Weise der Erlangung zu differenzieren. So werden auch der „*unbefugte Zugang*“ und das „*unbefugte Kopieren*“ im Sinne des

⁴⁶ Vgl. *BGH NJW* 1989, 1938; *BGH NSTZ* 2014, 325 zu Ausschreibungen.

⁴⁷ Siehe auch § 333 Abs. 1 HGB, § 1515 GenG, § 19 PulBG, § 315 UmwG, § 15 EWivAG, § 53 SEAG,

§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG-E vom Rechtfertigungstatbestand erfasst.

Es ginge allerdings zu weit, den Rechtfertigungstatbestand auf sämtliche Formen der – grundsätzlich illegalen – Datenbeschaffung zu erstrecken.⁴⁸ Dies gilt sicherlich für ein technisches Eindringen in die IT-Systeme, muss aber nach dem Schutzkonzept der §§ 202a ff. StGB auch dann gelten, wenn ein Mitarbeiter unter Überwindung von Sicherungsmechanismen – z.B. Ausspähen von Passwörtern von anderen Mitarbeitern oder Vorgesetzten⁴⁹ – an die Daten gelangt.

Es könnte im Interesse der Rechtsklarheit klargestellt werden, dass eine Strafbarkeit nach den §§ 202a - 202d StGB unberührt bleibt.

b) Arbeitsrechtliche Treue- und Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers

Praktisch von herausragender Bedeutung ist das Verhältnis des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E zu **arbeitsrechtlichen** Vorgaben, denen der (potentielle) Whistleblower ausgesetzt ist. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) anerkannt, dass den Mitarbeiter grundsätzlich nach § 241 Abs. 2 BGB eine Treuepflicht gegenüber seinem Arbeitgeber trifft.⁵⁰ Dies spielt auch beim sogenannten Whistleblowing eine Rolle. So ist nach der Rechtsprechung des BAG anerkannt, dass eine externe Offenlegung von (möglichen) Missständen regelmäßig nur nach Abwägung mit den Interessen des Arbeitgebers stattfinden darf. In den meisten Fällen kann vom Arbeitnehmer erwartet werden, zunächst intern auf Missstände hinzuweisen, bevor in einem nächsten Schritt die Behörden oder gar die Presse eingeschaltet werden.⁵¹ In der Rechtssache *Heinisch v. Deutschland* hat der EGMR in Rn. 65 des Urteils ausgeführt:

„Wegen dieser Pflicht zur Loyalität und Vertraulichkeit müssen Informationen zunächst dem Vorgesetzten oder einer anderen innerbetrieblichen Stelle oder Einrichtung gegeben werden. Nur wenn das eindeutig unmöglich ist, kann der Arbeitnehmer, als letztes Mittel, damit an die Öffentlichkeit gehen.“⁵²

⁴⁸ Dies gilt auch für Hausfriedensbruch, § 123 StGB, und vergleichbare „Begleitdelikte“.

⁴⁹ Vgl. *Graf*, in: MüKO-StGB, 3. Aufl. 2017, § 202a, Rn. 46.

⁵⁰ *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1178 mwN; *Schmitt*, RdA 2017, 365, 366 mwN.; *Groß/Platzer*, NZA 2018, 913, 915 f.

⁵¹ *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1176, 1179.

⁵² *EGMR*, Ur. V. 21.7.2011, 28274/08, NJW 2011, 3501, 3503

Die bisherige Rechtsprechung deutscher Arbeitsgerichte steht daher durchaus im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR. Eine Variante dieses „**Eskalationsmodells**“ findet sich auch in dem Richtlinienentwurf zum Whistleblowing vom 23.4.2018.⁵³

3. Lösungsansätze für arbeitsrechtliche Konfliktlage

Im Folgenden soll dargestellt werden, dass die derzeitige Regelung im Gesetzesentwurf (BT-Drs. 19/4724) den berechtigten Interessen der Beteiligten (Whistleblower, Geheimnisinhaber) nur unzureichend Rechnung trägt und in der Folge erläutert werden, welche Lösungsansätze in Betracht kommen.

Es ist insoweit zunächst festzustellen, dass der Gesetzesentwurf **bislang keine explizite Abwägung zwischen den Interessen des Whistleblowers und des Geheimnisinhabers/Unternehmens** vorsieht.⁵⁴ In § 4 des Referentenentwurfes war immerhin noch das Merkmal der Erforderlichkeit als Korrektiv vorgesehen.⁵⁵ Dieses ist im Text des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E – ohne weitere Begründung – nicht mehr enthalten. Eine Einzelfallabwägung ist indes nach dem Grundgesetz, der EMRK und der EU Grundrechte-Charta geboten und mit der Richtlinie (EU) 2016/943 in Einklang zu bringen.

a) Zum Erfordernis der Abwägung im Einzelfall

Das Bundesarbeitsgericht führt in einer Entscheidung aus 2004 bereits grundlegend aus:

*„Die vertragliche Rücksichtnahmepflicht wird durch die Grundrechte näher ausgestaltet [...] Kollidiert das dem Arbeitgeber als Ausfluss seiner grundrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit (Art. 12 I GG) zustehende Recht, vom Arbeitnehmer die Einhaltung eines gewissen Maßes von Rücksicht auf seine Interessen zu verlangen, mit grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitnehmers, so ist das **Spannungsverhältnis** im Rahmen der Konkretisierung und Anwendung der Generalklausel des § 242 BGB (jetzt auch § 241 II BGB n.F.) **grundrechtskonform auszugleichen** und sind die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten entsprechend zu konkretisieren [...] Dabei sind die **kollidierenden Grundrechte** in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass die bei der Ausformung der vertraglichen*

⁵³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, COM(2018) 218 final, 2018/0106(COD), 23.4.2018.

⁵⁴ Kritisch *Brammsen*, wistra 2018, 449, 454.; *Passarge*, CB 2018, 144, 147.

⁵⁵ Vgl auch *Busekist/Racky*, ZRP 2018, 135, 1137.

Rücksichtnahmepflicht geschützten Rechtspositionen für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. [...]

Es ist vielmehr im Einzelfall zu bestimmen, wann dem Arbeitnehmer eine vorherige innerbetriebliche Anzeige ohne weiteres zumutbar ist und ein Unterlassen ein pflichtwidriges Verhalten darstellt.“

(BAG, Urteil v. 3.7.2003, 2 AZR 235/02 = BAG NZA 2004, 427. Hervorhebung hier)

Das **Grundgesetz** fordert mithin einen Ausgleich der verschiedenen Grundrechte im konkreten Einzelfall. Daraus folgt im Grundsatz⁵⁶ ein Vorrang interner vor externer Aufklärung.⁵⁷

Auf Ebene des Europarats gelten gemäß der Rechtsprechung des EGMR zu **Art. 10 EMRK** vergleichbare Maßstäbe⁵⁸:

*„Es ist aber auch richtig, dass Arbeitnehmer gegenüber ihren Arbeitgebern zu **Loyalität, Zurückhaltung und Vertraulichkeit verpflichtet sind** (s. EGMR, Urt. v. 19. 2. 2009 – 4063/04 Nr. 45 – Marchenko/Ukraine). Diese Loyalitätspflicht kann bei Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes größer sein als bei Angestellten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, gilt aber zweifellos auch für sie. Deswegen trifft die Meinung der Regierung zu, dass die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Grundsätze und Kriterien über das Abwägen des Rechts eines Arbeitnehmers auf Freiheit der Meinungsäußerung durch Offenbaren rechtswidrigen oder strafbaren Verhaltens seines Arbeitgebers einerseits gegen dessen Recht auf Schutz seines guten Rufs und seiner geschäftlichen Interessen andererseits auch im vorliegenden Fall herangezogen werden müssen. Art und Umfang der von einem Arbeitnehmer in einem Einzelfall geschuldeten **Loyalität** haben Einfluss auf die **Abwägung der Rechte des Arbeitnehmers und der entgegenstehenden Interessen seines Arbeitgebers.***

(EGMR, Rechtssache Heinisch, Urteil v. 21.7.2011 – 28274/08. Hervorhebung hier)

Daraus leitet der EGMR einen grundsätzlichen Vorrang der internen Aufklärung her (s.o.).

⁵⁶ Anderes gilt beispielsweise bei Straftaten zu Lasten des Whistleblowers oder bei einer Anzeigepflicht nach § 138 StGB.

⁵⁷ Siehe *Schmitt*, RdA 2017, 365, 366 mwN.

⁵⁸ Vgl. auch *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1178; *Schmitt*, RdA 2017, 365, 367.

Nichts anderes kann auf Ebene der **Europäischen Union** gelten. Die EU Grundrechte-Charta erkennt neben der auch im Grundgesetz niedergelegten Berufsfreiheit (Art. 15 EuGrCH) und dem Eigentumsrecht (Art. 17 EUGrCH) sogar ganz explizit das Recht auf unternehmerische Freiheit (Art. 16 EUGrCH) an.⁵⁹ Hinzu kommt, dass Art. 52 Abs. 3 EUGrCH eine Orientierung an den in der EMRK definierten Menschenrechten vorgibt.⁶⁰ Es ist kein Grund ersichtlich, warum von der interessengerechten Abwägung auf nationaler und internationaler Ebene auf supranationaler Ebene abgewichen werden sollte.⁶¹

All dies spricht dafür, dass bei der Anwendung des EU-Rechts (Art. 51 Abs. 1 EUGrCH) – also auch bei der Anwendung der Vorgaben aus der Richtlinie (EU) 2016/943 – ein mit der EMRK vergleichbarer Interessenausgleich zwischen den Interessen des Whistleblowers und des Geheimnisinhabers zu erfolgen hat.

b) Einzelfallabwägung im Einklang mit der Richtlinie (EU) 2016/943

Ein Blick auf die Richtlinie (EU) 2016/943 verdeutlicht, dass eine **arbeitsrechtliche Abwägung grundsätzlich zulässig** ist.⁶² Anders als § 5 Nr. 2 GeschGehG-E ist Art. 5 b) der Richtlinie (EU) 2016/943 nicht als Rechtfertigungstatbestand ausgestaltet. Vielmehr heißt es dort ausdrücklich:

*„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Antrag auf die **in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe** abgelehnt wird [...]“*

(Hervorhebung hier)

Es ist den Mitgliedstaaten unbenommen, dieses Ziel mittels Einführung eines Rechtfertigungsgrundes zu erreichen. Die Richtlinie (EU) 2016/943 enthält indes keine Vorgabe dergestalt, dass die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen in sämtlichen Rechtsbereichen des nationalen Rechts folgenlos bleiben müsste. Zwar befasst sich die Richtlinie am Rande mit (kollektiv-) arbeitsrechtlichen Themenstellungen (Offenlegung gegenüber Arbeitnehmervertretungen,

⁵⁹ Schmitt, RdA 2017, 368.

⁶⁰ Schmitt, RdA 2017, 365, 368.

⁶¹ Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175, 1178; Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001, 1003; Schmitt, RdA 2017, 365, 368.

⁶² Anders Busekist/Racky, ZRP 2018, 135, 137.

Mobilität von Arbeitnehmern). Eine umfassende Normierung der arbeitsrechtlichen Implikationen (insb. Abmahnungen, Kündigung) des (unzulässigen) Umgangs mit Geschäftsgeheimnissen enthält die Richtlinie (EU) 2016/943 nicht.⁶³

Demgemäß ist es grundsätzlich mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang zu bringen, wenn im nationalen Arbeitsrecht das *bis dato* verfolgte „Eskalationsmodell“ beibehalten wird.⁶⁴

c) Lösungsansätze

Im Lichte der oben dargestellten Parameter sind verschiedene Lösungsansätze denkbar:

i) *Beibehaltung des gegenwärtigen Gesetzesentwurfes*

Zunächst könnte man überlegen, den Gesetzesentwurf grundsätzlich unangetastet zu lassen und die Thematik des Whistleblowings erst im Zuge der Einführung einer Whistleblowing-Richtlinie⁶⁵ einer expliziten Normierung zuzuführen.⁶⁶ Allerdings ist derzeit noch nicht absehbar, ob und wann der Richtlinienentwurf Realität werden wird und ob sich der Bundesgesetzgeber dann dazu entscheiden wird, eine Regelung über den Anwendungsbereich der avisierten Whistleblowing-Richtlinie (vgl. Art. 1 des Richtlinienentwurfs v. 23.4.2018) hinaus zu treffen. Es ist daher davon auszugehen, dass ein Zuwarten mehrere Jahre in Anspruch nehmen könnte. Angesichts dessen ist die Frage zu klären, ob für eine mehrjährige Übergangszeit der *Status Quo* – Umsetzung des GeschGehG-E ohne nennenswerte Anpassung – tragbar ist.

Angesichts der unter a) und b) dargestellten Parameter wäre es **aus europarechtlicher Perspektive** grundsätzlich denkbar, den § 5 Nr. 2 GeschGehG-E dergestalt zu interpretieren, dass eine arbeitsrechtliche Bewertung des Sachverhalts nicht erfasst wird und das dort vorgesehene Eskalationsmodell mithin nicht in Frage gestellt wird. Betrachtet man die Gesetzesbegründung, so findet man für eine solche – restriktive – Lesart einen weiteren Anhaltspunkt. So heißt es:

⁶³ Siehe auch *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1015.

⁶⁴ So auch *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1176, 178; *Lejeune*, CR 2016, 330, 334; *Schmitt*, RdA 2017, 365, 371; anders wohl *Reinbacher*, KriPOZ 2018, 115, 120; *Hoeren/Münker*, WRP 2018, 150, 154; *Eufinger*, ZRP 2016, 229, 230; siehe auch *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1015, der es allerdings als unklar erachtet, ob Ausgestaltungsspielräume bestehen.

⁶⁵ Zum Entwurf siehe: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, COM(2018) 218 final, 2018/0106(COD), 23.4.2018.

⁶⁶ Eine Whistleblowing-Gesetz befürwortet etwa *Eufinger*, ZRP 2016, 229, 231.

*„§ 5 enthält Fallgruppen, in denen die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gerechtfertigt sind, wenn dies um Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt. Ist die Handlung im Einzelfall gerechtfertigt, sind **die in Abschnitt 2 aufgezählten Ansprüche ausgeschlossen.**“*

(BT-Drs. 19/4724, S. 28. Hervorhebung hier)

Eine solche Interpretation wäre auch nicht *contra legem*, da sie in das Merkmal des „berechtigten Interesses“ hineingelesen werden kann (BT-Drs. 19/4724, S. 28).⁶⁷ Erfolgt die grundrechtlich gebotene Abwägung nicht, kann dies die Berechtigung der Vorgehensweise in Frage stellen.

Es wäre allerdings nicht zielführend, wenn der Gesetzgeber sehenden Auges eine unklare Normierung in Kauf nehmen würde und es den Beteiligten, Behörden und Gerichten überantworten würde, derartige Zweifelsfragen – ggfs. *post factum* – zu klären. Es muss Anspruch des Gesetzgebers sein, dem verantwortlich agierenden Whistleblower nachvollziehbare Leitlinien für sein (intendiertes) Handeln an die Hand zu geben.⁶⁸ Eine Richtlinienumsetzung darf nicht auf die Rechtsprechung verlagert werden.⁶⁹ Gesetzliche Unsicherheiten können leicht zu voreiliger Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen führen, die weder im Interesse des Whistleblowers noch im Interesse der Geheimnisinhaber sein kann. In der Richtlinie ist explizit das Schädigungspotential genannt. So heißt es in Erwägungsgrund 26 der Richtlinie (EU) 2016/943:

„Der rechtswidrige Erwerb, die rechtswidrige Nutzung oder die rechtswidrige Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses durch einen Dritten könnte verheerende Folgen für den rechtmäßigen Inhaber des Geschäftsgeheimnisses haben, da dieser nach der Offenlegung den Zustand vor dem Verlust des Geschäftsgeheimnisses nicht wiederherstellen kann. Folglich kommt es entscheidend darauf an, rasche, wirksame und zugängliche vorläufige Maßnahmen zur unverzüglichen Beendigung des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zu treffen [...].“

Nach hiesiger Sicht wäre es daher nicht sachgerecht, § 5 Nr. 2 GeschGehG unverändert zu

⁶⁷ Siehe auch *Lejeune*, CR 2016, 330, 334.

⁶⁸ Siehe auch *Passarge*, CB 2018, 144; *Schmitt*, RdA 2017, 365.

⁶⁹ Vgl. *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 mwN; *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1002.

übernehmen.

ii) Festlegung des Anwendungsbereichs von § 5 Nr. 2 GeschGehG-E

Eine weitere Möglichkeit wäre eine genauere Festlegung des Anwendungsbereichs des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E.

Es könnte – entweder in § 5 GeschGehG-E oder in § 1 GeschGehG-E – festgelegt werden, dass Verpflichtungen eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber von diesem Gesetz unberührt bleiben. Damit könnte gewährleistet werden, dass die von BAG und EGMR entwickelte Rechtsprechung zum grundsätzlichen Vorrang der internen Aufklärung – auch für die Beteiligten erkennbar – weiter Anwendung findet. Jedenfalls auf arbeitsrechtlicher Ebene wäre damit für einen angemessenen Interessenausgleich Sorge getragen. Möglich wäre auch die Übernahme der Formulierung aus Art. 5 b) der Richtlinie (EU) 2016/943 bzw. die Beschränkung der Rechtfertigungswirkung des § 5 GeschGehG-E auf das Gesetz. Dann wäre allerdings zu überlegen, ob aus Wertungsgesichtspunkten die Rechtfertigungswirkung des § 5 GeschGehG-E – etwa über Verweisungsnormen – auf die Straftatbestände erstreckt wird, die ausschließlich die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen unter Strafe stellen (z.B. §§ 85 Abs. 1 GmbHG, 404 AktG, 120 BetrVG).

Eine derartige „kleine“ Lösung würde indes das derzeit **bestehende Schutzniveau für Geschäftsgeheimnisse senken**. Nach derzeitiger Rechtslage ist der Geheimnisinhaber vor allem durch die Trias „Kündigung-Schadensersatz-Strafrecht“ vergleichsweise umfassend vor einer leichtfertigen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen durch eigene Mitarbeiter geschützt. Würde man die Regelung des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E nur in ihrem Anwendungsbereich beschränken, bliebe von der Trias nur die Kündigungsdrohung bestehen. Damit wäre die Abschreckungswirkung – vor allem bei Mitarbeitern, die bereits beabsichtigen das Unternehmen zu verlassen – deutlich reduziert. Die Notwendigkeit einer effektiven Abschreckung wird in der Richtlinie (EU) 2016/943 allerdings besonders hervorgehoben (vgl. Erwägungsgründe 8, 21).

Eine derartige „kleine“ Lösung hätte mithin den Nachteil, dass sie keine verlässlichen Leitlinien aufzeigt, dem – regelmäßig juristisch nicht geschulten – (potentiellen) Whistleblower die Bürde der Analyse auferlegt sowie den betroffenen Unternehmen keine

klaren Anreize liefert, ein internes Hinweisgebersystem einzuführen.⁷⁰

iv) *Einführung eines Eskalationsmodells*

Nach hiesiger Auffassung wäre es **sachgerecht, im Geschäftsgeheimnisgesetz – jedenfalls bis zur Umsetzung eines umfänglichen Whistleblowing-Konzeptes nach Erlass der geplanten Whistleblowing-Richtlinie – eine gesonderte Whistleblowing-Regelung aufzunehmen, die das von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte Eskalationsmodell aufgreift und gesetzlich fixiert.**⁷¹

Dieses würde für den Rechtsanwender – Bürger und Gerichte – Rechtssicherheit schaffen und einen verfahrensrechtlichen Beitrag dazu leisten, die widerstreitenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.⁷² Der grundsätzliche Vorrang innerbetrieblicher Aufklärung folgt zwar aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, dient allerdings in der praktischen Ausgestaltung keinesfalls nur dem Schutz des Unternehmens. Die Rücksprache mit dem Vorgesetzten oder einer innerbetrieblichen Meldestelle ermöglicht dem (potentiellen) Whistleblower auch, die ihm vorliegenden Sachverhaltsinformationen zunächst für sich zu verifizieren oder in einen – ihm möglicherweise unbekanntem – Kontext einzuordnen. Er kann auf diese Weise auch von einer irrtümlichen Offenlegung abgehalten werden. Auf der anderen Seite wird das Unternehmen in die Lage versetzt, bei Bestehen von Missständen diese abzustellen und andernfalls Vorkehrungen gegenüber einer unberechtigten Offenlegung zu treffen. Insbesondere ließe sich für den Geheimnisinhaber im einstweiligen Rechtsschutz eine gerichtliche Klärung der Rechtmäßigkeit der Offenlegung erwirken, bevor mit einer breiten Veröffentlichung Fakten geschaffen werden.

Die Normierung eines Whistleblowing-Verfahrens im Geschäftsgeheimnisgesetz würde auch die Entwicklungen in Europa antizipieren.⁷³ Dem entsprechend wäre es auch sinnvoll, sich an den in Art. 13 ff. des Richtlinienentwurfs⁷⁴ dargestellten Regelungen zu orientieren. Die Einhaltung des dort normierten Verfahrens könnte als Bedingung für die rechtfertigende Wirkung in § 5 Nr. 2

⁷⁰ Vgl. auch *Schmitt*, RdA 2017, 372.

⁷¹ Siehe auch *Groß/Platzer*, NZA 2018, 913, 915. Sowie die in *Keller*, GRUR 2018, 706, 707 wiedergegebene Ansicht von *Ohly*.

⁷² Siehe grundsätzlich auch *Meyer*, HRRS 2018, 322, 325.

⁷³ Vgl. *Ann*, GRUR-Prax 2016, 465.

⁷⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, COM(2018) 218 final, 2018/0106(COD), 23.4.2018.

GeschGehG-E festgelegt werden.⁷⁵ Auf diese Weise wäre auch sichergestellt, dass eine direkte Veröffentlichung, z.B. über Presse oder Internet, nur in absoluten Ausnahmefällen zulässig ist.⁷⁶

aa) Das Eskalationsmodell und das Arbeitsrecht

Die Einführung eines **Eskalationsmodells** ist nach hiesiger Auffassung mit der Richtlinie (EU) 2016/943 in Einklang zu bringen. Im Hinblick auf mögliche **arbeitsrechtliche Maßnahmen**, wie z.B. Abmahnung und Kündigung, folgt dies bereits aus dem eingeschränkten Anwendungsbereich des Art. 5 der Richtlinie (EU) 2016/943 (s.o.).

bb) Das Eskalationsmodell und die in der Richtlinie normierten Ansprüche des Geheimnisinhabers

Aus hiesiger Sicht dürfte es ebenfalls europarechtlich vertretbar sein, die Einhaltung des **Eskalationsmodells** auch für eine rechtfertigende Wirkung **bzgl. der in der Richtlinie explizit aufgeführten Maßnahmen** zu fordern. Die dort normierten Ansprüche des Geheimnisinhabers sind artverwandt mit den aus Pflichtverletzungen in einem Anstellungsverhältnis resultierenden Ansprüchen. Dementsprechend ist es interessengerecht, die widerstreitenden und von den (europäischen) Grundrechten geschützten Belange mittels Abwägung im Einzelfall in Ausgleich zu bringen.

Die Richtlinie ist ihrerseits im Lichte der EUGrCH auszulegen. Die Tatsache, dass die Richtlinie (EU) 2016/943 – anders als der dazugehörige Entwurf⁷⁷ – nicht explizit die „Erforderlichkeit“ der Offenlegung fordert, schließt eine Interpretation im Lichte der Charta nicht aus. Da es sich bei einer Richtlinie nur um einen Umsetzungsbefehl an die Mitgliedstaaten handelt, ist der Wortlaut der Richtlinie, soweit dieser mit primärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts in Konflikt steht, von nachrangiger Bedeutung (vgl. auch Art. 288 AEUV). Notwendig aber auch ausreichend ist, dass in der Umsetzung eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im Lichte der europäischen – primär- und sekundärrechtlichen – Vorgaben erfolgt. Die Richtlinie sieht selbst das Bedürfnis nach

⁷⁵ Dies würde aber, da § 5 Nr. 2 GeschGehG-E wohl mehr erfasst als strafrechtliches oder ordnungswidriges Verhalten (s.o.), die Festlegung externer Stellen erfordern. Zu der Problematik siehe auch *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1179.

⁷⁶ Vgl. auch *Reinbacher*, KriPOZ 2018, 115, 118 zu § 17 UWG; *Passarge*, CB 2018, 144, 147; *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1003, 1005.

⁷⁷ Die sprachliche Anpassung ist unbegründet geblieben, vgl. Comittee on Legal Affairs 2014/0402 (COD), Amendments 172-339, 26.3.2015; Opinion of the Internal Market and Consumer Protection, 2013 /0402 (COD), 30.3.2015; Opinion of the Committee on Industry, Research and Energy, 2013/0402 (COD), 29.4.2015; Report des Committee on Legal Affairs v. 22.6.2015

Abwägung (vgl. auch BT- Drs. 19/4724. S. 28). So heißt es in Erwägungsgrund 21:

*„Im Einklang mit dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** sollten die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen darauf zugeschnitten sein, das Ziel eines reibungslos funktionierenden Binnenmarkts für Forschung und Innovation zu erreichen, indem sie insbesondere vor dem rechtswidrigen Erwerb und der rechtswidrigen Nutzung und Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses abschrecken. [...] Deshalb bezwecken die in dieser Richtlinie festgelegten Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zu gewährleisten, dass die zuständigen Gerichte Faktoren wie dem Wert eines Geschäftsgeheimnisses, der Schwere des Verhaltens, das zum rechtswidrigen Erwerb oder zur rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung geführt hat, sowie den Auswirkungen dieses Verhaltens Rechnung tragen. **Auch sollte sichergestellt sein, dass die zuständigen Gerichte über das Ermessen verfügen**, die Interessen der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien und die Interessen Dritter, gegebenenfalls auch der Verbraucher, **gegeneinander abzuwägen**.*

Dementsprechend ist es nach hiesiger Auffassung zulässig, die Rechtfertigung nach § 5 Nr. 2 GeschGehG-E für den Anwendungsbereich der Richtlinie einer Erforderlichkeitsprüfung zu unterwerfen und dafür das Eskalationsmodell heranzuziehen. Um eine unangemessene Benachteiligung des verantwortungsbewusst agierenden Whistleblowers zu garantieren, sollte diese Normierung begleitende Irrtumsregelungen enthalten.

cc) Das Eskalationsmodell und das Strafrecht

Die Richtlinie (EU) 2016/943 trifft keine explizite Regelung für das Strafrecht. Dennoch sind die in Art. 5 b) der Richtlinie(EU) 2016/943 zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen bei der Ausgestaltung einer strafrechtlichen Sanktion des von der Richtlinie erfassten Verhaltens zu berücksichtigen. Unklar ist, ob ein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund für die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen nach § 23 GeschGehG-E an die Beachtung des Vorrangs eines internen Whistleblowings gekoppelt werden kann. Nach verbreiteter Ansicht ist dies *de lege lata* der Fall, weil der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB eine Erforderlichkeitsprüfung voraussetzt. Im Hinblick auf den von der Richtlinie (EU) 2016/943 intendierten Schutz von Whistleblowern, die im öffentlichen Interesse auf tatsächliche Missstände hinweisen, ist jedenfalls fraglich, ob der reine Verfahrensverstoß – z.B. eine unmittelbare Offenlegung rechtswidriger Handlungen an die Behörden – eine Reaktion mittels des scharfen Schwertes des Strafrechts erfordert. Es ist in einem

umfassenden Konzept für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen denkbar, auf der Rechtsfolgende eine Abstufung vorzunehmen und keinen vollständigen Gleichlauf des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Schutzniveaus vorzunehmen. Was zivilrechtlich erlaubt ist, kann nicht strafrechtlich verboten sein. Was zivilrechtlich verboten ist, muss indes nicht strafbewehrt sein.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Mayeul Hiéramente

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GeschGehG)

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem o. g. Entwurf.

1. Schaffung eines eigenen Gesetzes

Die Schaffung eines eigenen Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen wird als positiv bewertet, da hierdurch den Besonderheiten von Geschäftsgeheimnissen besser Rechnung getragen werden kann. Sie unterscheiden sich in wesentlichen Punkten von den klassischen Immaterialgüterrechten (z. B. Marken, Patente) und dem Lauterkeitsrecht. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen hängt beispielsweise von der tatsächlichen Geheimhaltung ab, ohne dass eine besondere Qualität der Information für den rechtlichen Schutz erforderlich ist. Von den lauterkeitsrechtlichen Regelungen des UWG unterscheiden sich Geschäftsgeheimnisse insofern, als dass sie handelbar sind und einen wirtschaftlichen Wert besitzen. Auch die Maßgabe einer möglichst engen 1:1-Umsetzung wird befürwortet und erleichtert die Rechtsanwendung.

2. Begriffsbestimmung/ Anwendungsbereich

Bei der Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ bleibt unklar, welche (Fach-)Kreise betrachtet werden. Sind damit auch unternehmensinterne Personen umfasst, die z. B. üblicherweise bedingt durch ihren Aufgabenbereich im Unternehmen das Geheimnis im Produktionsablauf kennen, in den Anwendungsbereich. D. h. ist die Information (z. B. das Geheimnis im Produktionsablauf), die alle Mitarbeiter des betreffenden Unternehmens(-bereichs) kennen und Zugang zu entsprechender Information haben, kein Geschäftsgeheimnis, das in den Schutzbereich des Gesetzes fällt? Eine Klarstellung zumindest in der Gesetzesbegründung wäre dazu wünschenswert.

Befürchtet wird teilweise, dass der Nachweis eines wirtschaftlichen Werts ggf. über die Bilanzierung des Geschäftsgeheimnisses erbracht werden müsste. Ob eine solche wertmäßige Erfassung überhaupt (in allen Fällen) möglich ist, und die Wertansätze belastbar wären, wird für die praktische Handhabung als erhebliches Problem gewertet. Müßte eine solche Bilanzierung erfolgen, bestünde das zusätzliche Risiko, dass weitere Kreise überhaupt erst von dem Geschäftsgeheimnis Kenntnis erlangen. Dies wäre für den Schutzzweck des Gesetzes aber eher kontraproduktiv. Eine Klärung dieser Befürchtung ggf. in der Gesetzesbegründung wäre hier ebenfalls wünschenswert.

3. Erfordernis von „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ (§ 1 GeschGehG)

Für viele Unternehmen stellt diese (der EU-RiLi geschuldete Regelung) zentrale Neuerung im deutschen Recht eine Umstellung im Umgang mit Geschäftsgeheimnissen dar, die zusätzliche Kosten und Aufwand verursachen kann. Im Gegensatz zu § 17 UWG a.F., wonach ein erkennbarer subjektiver Geheimhaltungswille ausreichte, handelt es sich nun um eine objektive Voraussetzung, für die der Geheimnisinhaber im Streitfall die Beweislast trägt.

Welche Geheimhaltungsmaßnahmen konkret getroffen werden müssen, lässt der Entwurf dankenswerterweise offen. Sie werden künftig nicht zuletzt von der Art des Geschäftsgeheimnisses abhängen. Bei der Wertung der Angemessenheit dürften dann verschiedene Faktoren wie Wert des Geschäftsgeheimnisses oder Bedeutung für das Unternehmen zu berücksichtigen sein. Für KMUs sollte möglicherweise auch der Aspekt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit mit berücksichtigt und in der Begründung erwähnt werden.

Darüber hinaus führt die Dokumentation der Maßnahmen wegen der Beweislast zu einem Mehraufwand an Zeit und Kosten für die Unternehmen.

Insgesamt werden die neuen Regelungen aus Unternehmenssicht dennoch überwiegend befürwortet. Neben der Stärkung des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen wird auch die höhere Transparenz, die durch die neuen Regelungen geschaffen wird, für gut befunden. Die Unternehmen als Geheimnisinhaber werden angehalten, ihre Geschäftsgeheimnisse im eigenem Interesse hinreichend zu sichern. Das wird in der Praxis einerseits die Bedeutung von NDAs stärken, andererseits aber weitergehende faktische Maßnahmen wie z. B. Zugangsbeschränkungen, etc. erforderlich machen.

4. Whistleblower (§5 GeschGehG)

§ 5 regelt wie in der EU-Richtlinie vorgesehen u. a. auch die Whistleblower Thematik. In Anbetracht der 1:1-Umsetzung und des Zeitablaufs für die Umsetzung der EU-Richtlinie zum Geheimnisschutz ist es verständlich, wenn der Gesetzgeber sich an die Regelungen in

der EU-Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen hält. Dennoch bestehen Bedenken gegen § 5 Nr. 2 RefE-GeschGehG. Dort wird die Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen Fehlverhaltens als Rechtfertigungsgrund geregelt. Unklar bleibt, ob jeder kleine Rechtsverstoß bereits als Legitimation für eine Offenlegung ausreicht bzw., was unter „anderes Fehlverhalten“ zu subsumieren ist. Fehlverhalten kann nach der Gesetzesbegründung (S. 25) schon dann als Rechtfertigung herangezogen werden, wenn dieses gar keinen Ordnungswidrigkeiten- oder Straftatbestand erfüllt. Schon ein bloß subjektives Motiv des „Whistleblowers“ kann demnach als Rechtfertigung ausreichen. Hier wird praktisch der Schutz des Geschäftsgeheimnisses ausgehebelt, sobald die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person plausibel darlegt, sie habe in der Absicht gehandelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.

Nach unserer Auffassung muss hier ein objektiver Maßstab angelegt werden. Die Formulierung sollte klarstellen, dass der Rechtfertigungsgrund nur greift, wenn auch aus objektiver Sicht ein schutzwürdiges öffentliches Interesse im Zeitpunkt der Tathandlung tatsächlich bestanden hat.

Wir geben ferner zu bedenken, dass derzeit auf EU-Ebene der Entwurf der Whistleblower-Richtlinie vorliegt. Zu der Whistleblowerthematik sollten keine unterschiedlichen Regelungen auf EU-Ebene bestehen. Spätestens nach Verabschiedung der EU-Whistleblower-Richtlinie sollte die Regelung des § 5 angepasst werden. Verschiedene Anforderungen in einem solch kritischen Bereich wären für die Wirtschaft nicht opportun.

5. Anspruch auf Auskunft (§ 8 GeschGehG)

§ 8 des Entwurfs gewährt dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses als weitere Maßnahme gegen Rechtsverletzer eine Auskunftspflicht. Diese wird als hilfreich gewertet, den gesamten einschlägigen Sachverhalt zu erforschen. Durch die Schadensersatzandrohung nach § 8 Abs. 2 GeschGehG wird dem nochmals Nachdruck verliehen. Der Inhaber erhält somit ein vorteilhaftes Werkzeug, das aufgrund des Verhältnismäßigkeitserfordernisses (§ 9 GeschGehG s.u.4) sinnvoll begrenzt wird.

6. Erhöhtes Haftungsrisiko für Unternehmen, denen Geschäftsgeheimnisse Dritter anvertraut wurden; Anspruchsausschluss bei Unterverhältnismäßigkeit (§ 9 GeschGehG)

Für Unternehmen, denen Geschäftsgeheimnisse Dritter im Rahmen von Kooperationen oder sonstigen Geschäftsbeziehungen anvertraut werden, können die neuen Regelungen zu einem erhöhten Haftungsrisiko führen. Grund hierfür ist die Änderung des Verschuldensmaßstabes, wonach Fahrlässigkeit nunmehr für einen Verstoß ausreicht.

Unter dem Aspekt dieses erhöhten Haftungsrisikos ist es aber positiv, dass die neuen Regelungen für mehr Transparenz sorgen und eventuelle Haftungsrisiken bewusster machen. Aufgrund des potentiell höheren Haftungsrisikos wird gleichzeitig auch **§ 9 GeschGehG** für sinnvoll angesehen, der die Ansprüche nach §§ 6 bis 8 GeschGehG bei Unverhältnismäßigkeit ausschließt und somit ein notwendiges Korrektiv bietet, wenn die Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses nur leicht fahrlässig erfolgte. Begrüßt wird insbesondere, dass dadurch eine Parallele zu den urheberrechtlichen Regelungen (§ 98 Abs. 4 UrhG) geschaffen wird.

7. Haftung des Inhabers eines Unternehmens (§ 12 GeschGehG)

Die an die §§ 14 Abs. 7 MarkenG und 8 Abs. 2 UWG angelehnte Regelung in § 12 GeschGehG, wonach der Inhaber eines Unternehmens haftet, wenn die Rechtsverletzung durch einen seiner Beschäftigten begangen wurde, wird ebenfalls befürwortet. Durch diese Regelung wird verhindert, dass sich der Inhaber eines Unternehmens einer Haftung entziehen kann, weil nicht er selbst, sondern seine Mitarbeiter tätig geworden sind. Die Durchsetzung von Ansprüchen in dieser Konstellation wird für den Inhaber von Geschäftsgeheimnissen damit erleichtert.

Es fällt auf, dass § 12 GeschGehG keinen ausdrücklichen Verweis auf die Schadensersatzregelung des § 10 GeschGehG enthält und damit eher der lauterkeitsrechtlichen Regelung des § 8 Abs. 2 UWG als der Regelung des § 14 Abs. 7 MarkenG angenähert ist. Eine Begründung hierfür wäre wünschenswert.

8. Prozessrechtliche Regelungen/ Gerichtszuständigkeit (§15 ff GeschGehG)

Die dort normierten Zuständigkeitsregelungen zugunsten der Landgerichte ziehen zwar Anwaltszwang nach sich, werden aber wegen der Bedeutung der Materie befürwortet. Dies gilt auch für die Ermöglichung, dass die Länder eine Zuweisung der Streitsachen an bestimmte Landgerichte hier festlegen können. Damit wird gewährleistet, dass sich entsprechendes Know-how beim Gericht bildet.

Durch das Gesetz wird kein sog. „in camera-Verfahren“ eingeführt. Das wird aber andererseits von der zugrundeliegenden EU Richtlinie 2016/943 auch nicht gefordert. Dennoch wird es kritisch gesehen, dass das vorgesehene Verfahren als „zahnloser Geheimnisschutz für Gerichtsverfahren“ erscheint, da den Parteien während des Verfahrens voller Einblick in die Geschäftsgeheimnisse gewährt wird. Es wird angeregt an dieser Stelle unter Berücksichtigung des Grundsatzes eines fairen und verfassungskonformen Verfahrens die Regelungen nochmals zu überdenken.

Der Verstoß gegen die Regelung in § 15 Abs.2, der ursprünglich nur mit einem Ordnungsgeld iHv 1.000 EUR geahndet werden sollte, ist im Regierungsentwurf nun mit 100 000 Euro zu Recht deutlich nach oben korrigiert worden.

9. Reverse Engineering / Verschiedenes

1. Wir geben ferner zu bedenken, dass die Schranken des Informationsfreiheitsgesetzes – wie insb. die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsbehörden (etwa § 309 VAG) – weiterhin maßgeblich sein sollten. Dies ist Ausdruck des Wunsches, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen den Regeln des GeschGehG vorgehen. Dies ist durch die geplante Nachrangigkeit des GeschGehG (§ 1 Abs. 2 GeschGeh-E) gegeben und sollte auch nicht eingeschränkt werden.
2. Des Weiteren stellt sich die Frage nach dem **Verhältnis zwischen GeschGehG und etwaigen Geheimschutzvorschriften**, bei denen es um die Sicherung sogenannter "Verschlussachen", also staatlich geheim zu haltender Informationen, geht. Diese Regelungen dürften Vorrang haben. Denn ansonsten liefe der deutsche Staat Gefahr, dass ein nationales Geheimnis (die Rede ist etwa von militärischen Geheimnissen) an einen fremden Staat ginge. **Geschäfts- und Staatsgeheimnisse** können untrennbar in Produkten miteinander verbunden werden.

Als Beispiel wurde uns genannt:

Das Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr beauftragt ein Unternehmen mit der Weiterentwicklung eines beim Unternehmen bereits existierenden eigenen Systems (Geschäftsgeheimnis). Dieses System soll um spezifische Funktionalitäten erweitert werden und letztendlich den deutschen Streitkräften und deren Bündnispartnern einen Kampfkraft-/Verteidigungsvorteil liefern (Staatsgeheimnis). Die ergänzende Funktionalität ist als Verschlussache des Geheimhaltungsgrades GEHEIM eingestuft. Die zusätzliche Funktionalität würde auf Source Code-Ebene mit dem Source Code des bereits existierenden Systems zwangsläufig verbunden werden. Das Unternehmen verkauft ein solches erweitertes System auch an Bündnispartner der Bundesrepublik Deutschland.

Zwar ist die Bundesrepublik Deutschland grds. gewillt, ihren Bündnispartnern eigene Verteidigungsprodukte zur Verfügung zu stellen. Dass der Partner aber tieferes Know-How hieran erlangen soll, ist nicht gewünscht.

Wäre jetzt dem Empfänger die Rückentwicklung des unternehmenseigenen Systems (Geschäftsgeheimnis) erlaubt und tätigte der Empfänger die Rückentwicklung, so stieße

er unweigerlich auf den Source Code der zusätzlichen und als Verschlussache eingestuft Funktion. Das wäre aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland fatal! Es wird aber angezweifelt, ob in einem solchen Fall damit argumentiert werden könne, dass ein Geheimnis unrechtmäßig erlangt worden ist.

3. Wir regen ferner **Übergangsfristen bzw. eine Stichtagsregelung** u. a. wegen der neuen Möglichkeit des „**Reverse Engineering**“ an. Bisher bestand keine Notwendigkeit in Lieferverträgen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen wurden bzw. erfolgt sind, ein entsprechend ausdrückliches Verbot hierzu aufzunehmen. Ein Nachverhandeln dürfte teilweise schwierig, wenn nicht sogar in vielen Fällen unmöglich sein. Der Empfänger von Lieferungen, dürfte oft kaum Interesse daran haben, nachträglich und vor allen Dingen rückwirkend einen entsprechenden Vertrag zu ändern. Das Gleiche gilt für normale langfristige Lieferverträge, deren Laufzeit mehrere Jahre beträgt und bei denen die Lieferverpflichtung andauert.

Ansprechpartnerin:

RAin Doris Möller
Bereich Recht
Leiterin des Referats Recht des Geistigen Eigentums
Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V.
Breite Straße 29
10178 Berlin
Tel.: (030) 20308-2704
E-Mail: moeller.doris@dihk.de
<http://www.dihk.de>

Wer wir sind:

Unter dem Dach des Deutschen Industrie- und Handelskammertags (DIHK) haben sich die 79 Industrie- und Handelskammern (IHKs) zusammengeschlossen. Unser gemeinsames Ziel: Beste Bedingungen für erfolgreiches Wirtschaften.

Auf Bundes- und Europaebene setzt sich der DIHK für die Interessen der gesamten gewerblichen Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit ein.

Denn mehrere Millionen Unternehmen aus Handel, Industrie und Dienstleistung sind gesetzliche Mitglieder einer IHK - vom Kiosk-Besitzer bis zum Dax-Konzern. So sind DIHK und IHKs eine Plattform für die vielfältigen Belange der Unternehmen. Diese bündeln wir auf demokratischem Weg zu gemeinsamen Positionen der Wirtschaft und tragen so zum wirtschaftspolitischen Meinungsbildungsprozess bei.

Darüber hinaus koordiniert der DIHK das Netzwerk der 140 Auslandshandelskammern, Delegationen und Repräsentanzen der Deutschen Wirtschaft in 92 Ländern.

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.

OKF DE e.V. | Singerstr. 109 | D-10179 Berlin



Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Open Knowledge Foundation Deutschland e.V.
Singerstraße 109
D- 10179 Berlin
info@okfn.de
Vereinsnummer: VR 30468 B
USt-IdNr / VAT: DE278022128

www.okfn.de | info@okfn.de | +49 30 57703666 0

Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung

Berlin, 11.12.2018

Sehr geehrte Damen und Herren,

die staatsanwaltlichen Ermittlungen gegen den Correctiv-Chefredakteur Oliver Schröm im Zusammenhang mit den Cum/Ex-Recherchen auf Basis des § 17 UWG, die am 11. Dezember 2018 bekanntgeworden sind, zeigen, dass der Definition von Geschäftsgeheimnissen und dem Umgang mit möglichen Verstößen gegen den Schutz solcher Geheimnisse eine zentrale Funktion für die Pressefreiheit zukommt.

Nicht nur letztlichendliche Verurteilungen wegen des Verrats von Geschäftsgeheimnissen, auch exzessive strafrechtliche Ermittlungen in diesem Bereich können die Pressefreiheit sowie Whistleblowing erheblich einschränken.

Der vorliegende Regierungsentwurf für das GeschGehG enthält einige Verbesserungen im Vergleich zum Referentenentwurf des BMJV. Allerdings gibt es weiterhin schwerwiegende Regelungslücken, auf die im Folgenden eingegangen werden soll:

1) Legaldefinition

Es ist nicht erkennbar, warum das Kriterium des "berechtigten Interesses" zur Definition von Geschäftsgeheimnissen mit dem GeschGehG wegfallen soll.

Die bisherige Definition von Geschäftsgeheimnissen durch die Rechtsprechung der obersten Gerichte in Deutschland hat sich bewährt. Von ihr abzuweichen wäre fahrlässig: Durch die Neufassung der Definition könnten anders als bisher auch rechtswidrige

Praktiken Geschäftsgeheimnisse darstellen. Es liegt allerdings grundsätzlich im allgemeinen öffentlichen Interesse, diese offenzulegen.

Notwendig ist eine solche Einschränkung nicht: Nach Erwägungsgrund 14 der EU-Richtlinie wird auch auf das "legitime" Geheimhaltungsinteresse abgestellt. Durch die Neufassung ist zu befürchten, dass Unternehmen erweiterte Möglichkeiten erhalten, illegitim gegen die Aufdeckung von rechtswidrigen Vorgängen vorzugehen.

Das berechnete Interesse ist daher als Teil der Legaldefinition von Geschäftsgeheimnissen in den Normtext aufzunehmen. Ein Verweis auf legitimes Interesse in der Gesetzesbegründung ist nicht ausreichend.

2) Schutz von Whistleblowing

Es ist zu begrüßen, dass der Schutz von Whistleblowern bzw. Informanten durch das GeschGehG normiert werden soll. Die vorgesehene Regelung sieht allerdings in § 5 Nr. 2 vor, dass lediglich diejenigen Personen geschützt werden sollen, *die in der Absicht handeln*, das öffentliche Interesse zu schützen.

Entscheidend ist hingegen vielmehr, ob das *Verhalten des Whistleblowers* dem allgemeinen öffentlichen Interesse dient.

Die vorgesehene Regelung läuft auf eine Gesinnungsprüfung hinaus, die in der Praxis in weiteren Schikanen gegenüber Betroffenen resultieren würde. In vielen Whistleblowing-Fällen spielen neben dem Schutz des öffentlichen Interesses persönliche Motive der Betroffenen durchaus eine Rolle, beispielsweise das Wohl Dritter oder das Wohl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in einem Unternehmen. In jedem Fall prüfen zu wollen, welche dieser Motive überwiegt, ist realitätsfern. Es ist zu befürchten, dass die vorliegende Formulierung dazu führen würde, dass Whistleblower von der Offenlegung rechtswidriger Praktiken abgeschreckt werden.

Die Formulierung widerspricht zudem dem Regelungszweck des englischen Originals der Richtlinie. Dort heißt es, dass Whistleblower geschützt werden, sofern sie "for the purpose of protecting the general public interest" gehandelt haben, also mit dem Zweck, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Dass in der deutschen Version der Richtlinie von der "Absicht" der Whistleblower die Rede ist, ist offensichtlich ein Übersetzungsfehler, der in den Gesetzentwurf übernommen wurde.

Entsprechend der Vorgabe aus Erwägungsgrund 20 der EU-Richtlinie ist daher die Prüfung der Absicht von Whistleblowern durch eine Prüfung des Zwecks zu ersetzen.

3) Missbrauchsverbot

Wie die Ermittlungen gegen Oliver Schröm aufgrund der Cum/Ex-Recherchen zeigen, muss der Zweck einer strafrechtlichen Verfolgung von Journalisten und Whistleblowern für Unternehmen nicht alleine in einer möglichen Verurteilung der Personen liegen, die einen Missstand aufdecken.

Auch die Ermittlungen an sich - selbst in der Sache aussichtslos - können dazu führen, dass Betroffene angesichts der möglichen Strafen unter Druck gesetzt, in finanzielle Nöte versetzt und abgeschreckt werden. Alleine schon die Möglichkeit von missbräuchlichen Anzeigen könnte Recherchen behindern. Gerade kleinere und lokale Medien wären davon betroffen. Eine Abwägung von Risiko und Ertrag von investigativen Recherchen würde weiter erschwert. Die Entscheidung von Whistleblowern, sich mit Journalisten auszutauschen, wird durch diese Unsicherheiten ebenfalls erschwert. Die möglichen "chilling effects" durch das GeschGehG sollte daher mit einem strengeren Missbrauchsverbot begegnet werden.

Bisher erlaubt § 14 die volle Entschädigung des Anspruchsgegners bei Missbrauch. Neben der Kompensation sollten für eine effektive Durchsetzung des Missbrauchsverbots allerdings auch Sanktionen für Antragsteller vorgesehen werden. Gerade in Fällen, in denen das Gesetz gegen Journalistinnen missbraucht wird, erscheinen Sanktionen sinnvoll, da hier nicht nur die Anspruchsgegner, sondern die gesamte Gesellschaft geschädigt wird. Es ist davon auszugehen, dass die bisher vorgesehenen Kompensationsansprüche alleine keinen abschreckenden Effekt etwa auf Unternehmen haben würden, die eigenes rechtswidriges Verhalten vertuschen wollen.

Nach Art. 7 Abs. 2 der EU-Richtlinie wäre die Einführung von Sanktionen möglich.

4) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Während der Schutz von wirtschaftlich tätigen Unternehmen und Einrichtungen sinnvoll und wünschenswert ist, sollten öffentliche Stellen und Unternehmen, soweit sie mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) betraut wurden, keinen Schutz von Geschäftsgeheimnissen genießen, da sie nicht im Wettbewerb stehen. Das trifft beispielsweise die Kammern oder Stadtwerke, die öffentliche Aufgaben erledigen. Eine solche Regelung entspräche dem Erwägungsgrund 14, nach dem Geschäftsgeheimnisse einen Handelswert verkörpern sollen.

Weitere Anmerkungen

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass der allgemeine Teil der Begründung noch auf einen "Verstoß gegen § 4 bei der rechtmäßigen Ausübung der Meinungsfreiheit oder bei der Aufdeckung eines Fehlverhaltens" verweist. Eine solche Formulierung war Teil des Referentenentwurfs, ist allerdings richtigerweise nicht mehr im Normtext des Regierungsentwurfs enthalten.

Mit freundlichen Grüßen

Arne Semsrott

Open Knowledge Foundation Deutschland e.V