

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 Richtliniengesetzgebers. 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