

Der neue Straftatbestand des § 23 GeschGehG und das Whistleblowing

von Prof. Dr. Tobias Reinbacher*

Abstract

Die Umsetzung der RL (EU) 2016/943 im GeschGehG v. 18.4.2019, durch welche die §§ 17-19 UWG abgelöst wurden, enthält mit § 23 GeschGehG ebenfalls eine Strafvorschrift, daneben eine Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses in § 2 Nr. 1 GeschGehG und eine „Ausnahme“ in § 5 Nr. 2 GeschGehG für die Offenbarung rechtswidriger Geschäftspraktiken, die Whistlerblower entlasten soll. Der Beitrag untersucht die Strafbarkeit der Whistleblower nach der neuen Regelung und weist dabei auf einige offene Fragen hin.

I. Einleitung

Cambridge Analytica, Lux-Leaks oder Panama Papers, Whistleblower beherrschen einmal mehr die Schlagzeilen. Auf der Ebene der EU werden vermehrt Ideen entwickelt, um Hinweisgeber besser zu schützen, gerade auch vor strafrechtlichen Konsequenzen. So hat die Kommission am 23.4.2018 einen Vorschlag für eine neue Richtlinie vorgelegt,¹ der Rechtsausschuss des europäischen Parlaments hat dazu am 19.11.2018 Änderungsvorschläge unterbreitet² und Unterhändler der Mitgliedstaaten und des EU-Parlaments haben sich im März 2019 grundsätzlich verständigt. Die weitere europäische Entwicklung bleibt also mit Spannung abzuwarten und im Blick zu behalten.

Das hier untersuchte neue Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GeschGehG) v. 18.4.2019,³ ist ein Etappenschritt auf diesem Weg, denn neben dem Schutz der Geschäftsgeheimnisse etabliert es auch Regelungen zur Entlastung von Whistleblowern.

Hierzulande wurde insbesondere über die Weitergabe von Steuerdaten-CDs an die Finanzbehörden vehement diskutiert. Dabei standen bislang die §§ 17-19 UWG im Fokus, die eine Offenbarung von Geschäfts- oder Betriebsge-

heimnissen unter Strafe stellten und dabei auch die Whistleblower, die rechtswidrige Vorgänge im Unternehmen aufdecken, der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzten. Eine einheitliche Regelung für das Whistleblowing, die etwa ganz grundsätzlich vorgibt, unter welchen Umständen ein solcher Hinweisgeber sanktionslos handeln kann, gibt es in Deutschland hingegen (noch) nicht, entsprechende Initiativen sind mehrfach gescheitert.⁴ Die Frage der Zulässigkeit oder Strafbarkeit war und ist daher im Rahmen des jeweiligen Straftatbestandes zu erörtern.

In Bezug auf eine mögliche Strafbarkeit nach § 17 Abs. 1 UWG wurden in der Vergangenheit bekanntlich sowohl eine Lösung auf der Ebene des Tatbestandes als auch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit vorgeschlagen. So wurde teilweise vertreten, bei der Offenbarung von nicht offenkundigen Tatsachen, die sich auf rechtswidrige Praktiken eines Unternehmens beziehen (sog. „illegale Geheimnisse“), sei mangels eines „berechtigten wirtschaftlichen Interesses“ bereits das Tatobjekt Geschäftsgeheimnis zu verneinen, sodass der Whistleblower dieses straflos weitergeben dürfe (Tatbestandlösung).⁵ Nach der Gegenansicht war auch in solchen Fällen ein Geheimnis anzunehmen.⁶ Das Whistleblowing wurde von den Vertretern dieser Ansicht stattdessen auf der Ebene der Rechtswidrigkeit überwiegend an den Voraussetzungen des § 34 StGB gemessen,⁷ was u.a. eine Prüfung der Erforderlichkeit der Offenlegung beinhaltete, sodass in der Regel ein abgestuftes Vorgehen angezeigt war, das zunächst einen internen Abhilfeversuch, sodann den Gang zu den Behörden und erst als ultima ratio eine Weitergabe an die Presse beinhaltete (Rechtswidrigkeitslösung). Ferner verlangt § 34 StGB grds. eine Abwägung der widerstreitenden Interessen.

Einige Stimmen verneinten allerdings die subjektive Komponente des Rechtfertigungsgrundes, wenn ein Whistleblower monetäre Interessen verfolgt, und kamen so zur Strafbarkeit.⁸ Insofern war also das Whistleblowing

* Der Verfasser ist Inhaber einer Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ COM(2018) 218 final.

² http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COM-MITTEES/JURI/DV/2018/11-19/Votinglist_Protectionofperson-reportingonbreachesofUnionlaw_EN.pdf (zuletzt abgerufen am 14.5.2019); vgl. dazu auch *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963.

³ BGBl. I, S. 466; gem. Art. 6 in Kraft getreten am 26.4.2019.

⁴ Vgl. dazu auch *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332; *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12 (14).

⁵ *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Werkstand: 222. EL (Dezember 2018), § 17 Rn. 16; *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (333); *Rützel*, GRUR 1995, 557 (558 ff.).

⁶ *Brammsen*, in: MüKo-LauterkeitsR, 2. Aufl. (2014), § 17 Rn. 24; *Janssen/Maluga*, in: MüKo-StGB, Bd. 7 (Nebenstrafrecht II), 2. Aufl. (2015), § 17 UWG Rn. 35; *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Rahimi Azar*, JuS 2017, 930 (933); *Reinbacher*, in: Leitner/Rosenau, Nomos Kommentar Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (NK-WSS), 2017, § 17 UWG Rn. 23; *ders.*, KriPoZ 2018, 115 (117); *Rengier*, in: Fezer/Bücher/Obergfell, UWG, Kommentar, 3. Aufl. (2016), § 17 Rn. 21; *Wolters*, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen (GK-UWG), 3. Bd., 2. Aufl. (2015), § 17 Rn. 28.

⁷ *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Reinbacher*, in: NK-WSS (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 43; *Rengier*, in: Fezer/Bücher/Obergfell (Fn. 6), § 17 Rn. 47; *Többens*, NStZ 2000, 505 (506), *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2017), § 33 Rn. 52a – nach a.A. kommt auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zumindest bzgl. der Strafanzeige an die Behörde eine Rechtfertigung gemäß § 158 StPO in Betracht; vgl. *Kaiser*, NStZ 2011, 383 (388); *Satzger*, in: FS Achenbach, 2011, S. 447 (451).

⁸ So etwa *Trüg*, StV 2011, 111 (112) für die Steuerdaten-CDs.

entweder nach der Tatbestandslösung ohne jede Abwägung immer zulässig oder aber der Whistleblower war nach der Rechtswidrigkeitslösung mit einem Risiko belastet und musste in der Regel ein abgestuftes System beachten. Soll es auf eine Interessenabwägung ankommen, im Rahmen welcher sowohl die Interessen der Unternehmensinhaber als auch der Hinweisgeber und der Öffentlichkeit, ggf. inklusive der Strafverfolgungsinteressen, berücksichtigt werden sollen, sprach meines Erachtens mehr für die zweite Lösung, die nicht bereits das Tatobjekt ablehnte, zumal die Rechtswidrigkeit der traditionellen Ort für eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen im Einzelfall ist.⁹

Nun muss diese Frage unter Geltung des neuen GeschGehG noch einmal beleuchtet werden. Nachdem sowohl ein Referentenentwurf (RefE) als auch ein Regierungsentwurf (RegE)¹⁰ vorlagen, hat sich der Gesetzgeber nun für eine modifizierte¹¹ Version des RegE entschieden, durch welche die §§ 17-19 UWG aufgehoben und durch das GeschGehG ersetzt werden.¹² In diesem Gesetz ist der zivilrechtliche Schutz der Geschäftsgeheimnisse nun eigenständig geregelt,¹³ aber auch eine Strafnorm ist vorgesehen, die – parallel zum Bereich des Immaterialgüterrechts¹⁴ – akzessorisch zum Zivilrecht ausgestaltet ist. Durch die RL (EU) 2016/943 vom 8. Juni 2016¹⁵ war in verschiedener Hinsicht ein Reformbedarf entstanden, der u.a. auch das Whistleblowing betraf.¹⁶

Von den verschiedenen Möglichkeiten der Umsetzung¹⁷ hat das GeschGehG den Weg eines neuen „Stammgesetzes“ gewählt, da die erforderliche Überführung der Regelungen der RL (EU) 2016/943 in die §§ 17-19 UWG den Rahmen dieser Vorschriften gesprengt hätte, insbesondere weil es sich im Wesentlichen um detaillierte zivilrechtliche Vorgaben inklusive etlicher Verfahrensvorschriften handelt. Das Gesetz ist folgendermaßen aufgebaut: Abschnitt 1 regelt „Allgemeines“. Dort ist in § 1 der Anwendungsbereich festgelegt. In § 2 finden sich Begriffsbestimmungen, in § 3 erlaubte Handlungen, in § 4 Handlungsverbote und in § 5 „Ausnahmen“ von diesen Verboten. Abschnitt 2 regelt in den §§ 6-14 die zivilrechtlichen Ansprüche, Abschnitt 3 in den §§ 15-22 das Verfahren. Die Strafvorschrift des § 23 bildet Abschnitt 4. Die aus strafrechtlicher Sicht augenfälligste Änderung liegt zunächst in der Ausgliederung der Strafvorschriften aus dem UWG und der Überführung in § 23 GeschGehG. Diese Strafvorschrift stellt eine Besonderheit des deutschen Rechts dar, da sie in der – rein zivilrechtlichen – RL (EU) 2016/943 nicht vorgesehen ist. Ein Vergleich zu den geltenden Normen der §§ 17-19 UWG zeigt, dass einige Be-

standteile wortgleich in den neuen Straftatbestand übernommen, andere hingegen neu formuliert wurden.¹⁸ Der wichtigste Unterschied besteht darin, dass die Strafvorschrift ihren eigenständigen Charakter eingebüßt hat und nunmehr Verstöße gegen die zivilrechtlichen Handlungsverbote in § 4 GeschGehG bei Vorliegen bestimmter Absichten des Täters (zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen) auch strafrechtlich sanktioniert.

Dieser Beitrag kann natürlich nicht zu allen mit diesem neuen Gesetz verbundenen Problemen Stellung nehmen.¹⁹ Er beschränkt sich darauf, die Strafbarkeit des Whistleblowings nach dem geplanten § 23 GeschGehG näher zu betrachten und dabei auf einige offene Fragen hinzuweisen. Für die Strafbarkeit der Whistleblower ist nun insbesondere § 23 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 Nr. 3 GeschGehG einschlägig. Hiernach macht sich strafbar, wer zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber eines Unternehmens Schaden zuzufügen, entgegen § 4 Abs. 2 Nr. 3 GeschGehG als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäftsgeheimnis, das ihr im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses offenlegt.

II. Tatbestandslösung 1: Das illegale Geschäftsgeheimnis

Die erste hier zu behandelnde Frage betrifft das Tatobjekt. Eine Tatbestandslösung entsprechend der soeben dargestellten Ansicht zu § 17 UWG würde bereits hier eine Strafbarkeit ablehnen. Whistleblower machen sich auch nach § 23 GeschGehG nur dann strafbar, wenn es sich bei dem von ihnen aufgedeckten Sachverhalt überhaupt um ein taugliches Tatobjekt, nämlich um ein Geschäftsgeheimnis, handelt. Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses i.S.d. § 17 UWG war nicht im Gesetz festgelegt. Darunter wurde überwiegend jede Tatsache verstanden, die (1.) im Zusammenhang mit einem Unternehmen steht, (2.) nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt ist, an der (3.) der Betriebsinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und die (4.) nach seinem erkennbaren Willen geheim gehalten werden soll.²⁰

In Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 ist das Geschäftsgeheimnis hingegen legaldefiniert. Nach Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 sind Geschäftsgeheimnisse – übereinstimmend mit Art. 39 Abs. 2 TRIPS²¹ – Informationen, die

⁹ Vgl. etwa *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 10 Rn. 21.

¹⁰ BT-Drs. 19/4724, S. 17.

¹¹ Zu den Modifikationen vgl. die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 19/8300.

¹² Art. 5 GeschGehG.

¹³ Bisher bestimmt er sich nach den §§ 823 und 826 BGB sowie ggf. analog § 1004 BGB.

¹⁴ Vgl. etwa die §§ 143 MarkenG, 142 PatG und 106 UrhG.

¹⁵ ABl. EU Nr. L 157, S. 1, v. 15.6.2016.

¹⁶ Vgl. dazu *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115.

¹⁷ Vgl. *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (120 f.).

¹⁸ Vgl. auch die Erläuterung des RegE in BT-Drs. 19/4624, S. 40 f.

¹⁹ Vgl. zu weiteren Problemen etwa *Brammsen*, BB 2018, 2446; *ders.*, wistra 2018, 449; speziell zum Whistleblowing *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65.

²⁰ BGHSt 41, 140 (142); *BGH*, NStZ 2014, 325 (326); *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (zit.: *Harte/Henning*), UWG, Kommentar, 4. Aufl. (2016), § 17 Rn. 1; *Reinbacher*, in: *NK-WSS* (Fn. 6), § 17 Rn. 7; *Rengier*, in: *Fezer/Büschler/Obergfell* (Fn. 6), § 17 Rn. 7; *Wolters*, in: *GK-UWG* (Fn. 6), § 17 Rn. 13.

²¹ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums v. 15.4.1994, BGBl. II, S. 1730.

a) in dem Sinne geheim sind, 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 Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind, b) von kommerziellem Wert sind, weil sie geheim sind und c) Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person sind, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt.

Auch § 2 Nr. 1 GeschGehG enthält nun eine Legaldefinition. Hierin wird das Geschäftsgeheimnis als eine Information definiert, 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, b) Gegenstand von den Umständen nach angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch ihren rechtmäßigen Inhaber ist und bei der c) ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht. Eine nähere Betrachtung zeigt, dass die Definition des § 2 Nr. 1 GeschGehG mit derjenigen der Richtlinie nicht ganz deckungsgleich ist. So fasst das GeschGehG zunächst die ersten beiden Voraussetzungen der RL in Unterpunkt a) zusammen. Art. 2 lit. c der RL wird dadurch zu § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG. Das Erfordernis des „berechtigten Geheimhaltungsinteresses“ in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG ist hingegen nicht ausdrücklich von der RL vorgegeben. Allerdings war bereits im ursprünglichen RegE zu lesen, die neue Legaldefinition des § 2 GeschGehG entspreche „im Wesentlichen“ der von der Rechtsprechung zu § 17 UWG entwickelten Definition²², welche bislang, wie soeben angeführt, nur solche Tatsachen als Geheimnis i.S.d. § 17 UWG erfasst hat, an deren Geheimhaltung objektiv ein „berechtigtes wirtschaftliches Interesse“ des Betriebsinhabers besteht (sog. „Geheimhaltungsinteresse“).²³ Insofern lässt sich sagen, dass das „berechtigtes wirtschaftliche Interesse“ sich nun in zweifacher Form, d.h. in zwei Komponenten, in der neuen Legaldefinition wiederfindet. Denn zum einen muss das Geschäftsgeheimnis einen „wirtschaftlichen Wert“ haben und zum anderen muss ein „berechtigtes Interesse“ an der Geheimhaltung bestehen.

Hinsichtlich beider Komponenten ist zu erörtern, ob sie dazu führen, dass eine Information über ein rechtswidriges Verhalten im Unternehmen, das sog. illegale Geschäftsgeheimnis, bereits als Tatobjekt ausscheidet, wie es

die ehemalige Tatbestandslösung im Hinblick auf § 17 UWG annahm. Zudem ist zu fragen, ob die deutsche Regelung den Vorgaben der Richtlinie Genüge tut.

1. Das bisherige Verständnis des berechtigten Geheimhaltungsinteresses

Das wirtschaftliche Geheimhaltungsinteresse wurde bislang überwiegend weit verstanden. So wurde etwa angenommen, dass nicht nur echtes vermögenswertes Know-how, sondern auch solche Tatsachen, die selbst keinen eigenen Vermögenswert haben, vom wirtschaftlichen Interesse erfasst sind,²⁴ wenn ihr Bekanntwerden für das Unternehmen schädlich wäre,²⁵ weil der Inhaber durch die Offenlegung einen wirtschaftlichen Schaden erleiden²⁶ oder weil dadurch die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt oder die Position der Konkurrenten gestärkt werden könnte.²⁷ Hier lässt sich etwa daran denken, dass ein Unternehmen Produktions- und Lieferschwierigkeiten hat oder sich in einer prekären finanziellen Lage befindet.²⁸ Wird diese Information offenbart, so kann es dadurch einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden erleiden, weil potenzielle Kunden von Aufträgen oder Banken von Krediten absehen. Ebenso stellte es ein Geheimnis dar, dass das betreffende Unternehmen sich eines bestimmten Verfahrens bedient, selbst wenn das Verfahren selbst bereits bekannt war.²⁹ Im Wesentlichen sollte durch dieses Merkmal verhindert werden, dass der Betriebsinhaber willkürlich die Geheimhaltung von Tatsachen verlangt, an deren Geheimhaltung kein objektiv begründetes Interesse besteht.³⁰

2. Der wirtschaftliche Wert der Information i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG

Haben sich der europäische und der deutsche Gesetzgeber nun insofern der ehemaligen Tatbestandslösung zugewandt, als sie jeweils das explizite Erfordernis des „kommerziellen“ bzw. des „wirtschaftlichen Werts“ der Information i.S.d. Art. 2 Nr. 1 lit. b RL (EU) 2016/943 bzw. des § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG aufgenommen haben? Soll dieses Erfordernis so zu lesen sein, dass die Information selbst – wie Marken, Patente und Urheberrechte³¹ – einen echten wirtschaftlichen Wert im Sinne eines Handelsguts haben (und insofern „verwertbar“ sein) muss? Wäre dies der Fall, so könnte man annehmen, dass die soeben angeführten Grundsätze nicht mehr zutreffen.³²

Für eine solche Sichtweise könnte Erwägungsgrund (14)

²² BT-Drs. 19/4724, S. 24.

²³ BVerfGE 115, 205 (230); BGH, GRUR 1955, 424 (426); Harte-Bavendamm, in: Harte/Henning (Fn. 20), § 17 Rn. 6; Janssen/Maluga, in: MüKo-StGB (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 34; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. (2019), § 17 Rn. 9; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 21; Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 6), § 17 Rn. 20.

²⁴ BGH, GRUR 2006, 1044 (1046); Diemer, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 5), § 17 UWG Rn. 8a; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 23), § 17 Rn. 9.

²⁵ Brammsen, in: MüKo-LauterkeitsR (Fn. 6), § 17 Rn. 13.

²⁶ Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Fn. 6), § 17 Rn. 20.

²⁷ BGH, GRUR 2006, 1044 (1046); Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. (2016), § 17 Rn. 12; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 21.

²⁸ Janssen/Maluga, in: MüKo-StGB (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 34.

²⁹ BGH, GRUR 1955, 424 (425); Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 27), § 17 Rn. 6.

³⁰ BGH, GRUR 1955, 424 (426); Harte-Bavendamm, in: Harte/Henning (Fn. 20), § 17 Rn. 6; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 21.

³¹ Teilweise wird angenommen, dass das Geschäftsgeheimnis nun zu einem echten Immaterialgüterrecht geworden sei; vgl. Kiefer, WRP 2018, 910 – a.A. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 23), vor §§ 17-19 Rn. 2.

³² R. Hauck, WRP 2018, 1032 (1034); Kalbfus, GRUR 2016, 1009 (1011).

der RL (EU) 2016/943 streiten, in dem es heißt: „Darüber hinaus sollte solches Know-how oder sollten solche Informationen einen – realen oder potenziellen – Handelswert verkörpern“.³³ Dies könnte implizieren, dass es nicht mehr ausreicht, dass die Information selbst keinen Vermögenswert hat und nur ihr Nicht-Bekanntwerden für das Unternehmen von wirtschaftlichem, jedenfalls wettbewerbsmäßigem Vorteil ist.³⁴ Dies würde ganz allgemein Informationen über Produktionsschwierigkeiten des Unternehmens etc. ausschließen, bei denen die Offenlegung einen Wettbewerbsnachteil mit sich brächte. Unter Berufung auf diesen Hinweis ließe sich aber insbesondere auch den „illegalen Geheimnissen“ der Geheimnischarakter absprechen. So wird denn auch vorgebracht, dass eine Information über rechtswidrige Vorgänge faktisch keinen Vermögenswert habe.³⁵ Andererseits fährt Erwägungsgrund (14) der RL (EU) 2016/943 im nächsten Satz aber wie folgt fort: „Solches Know-how oder solche Informationen sollten so verstanden werden, dass sie einen Handelswert verkörpern, zum Beispiel wenn ihr unbefugter Erwerb oder ihre unbefugte Nutzung oder Offenlegung die Interessen der Person, die rechtmäßig die Kontrolle über sie ausübt, aller Voraussicht nach dadurch schädigt, dass das wissenschaftliche oder technische Potenzial, die geschäftlichen oder finanziellen Interessen, die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit dieser Person untergraben werden.“ Dies klingt nun doch wieder sehr nach dem bisherigen deutschen Verständnis, wenn es ausreichen soll, dass die Offenlegung die strategische Position oder die Wettbewerbsfähigkeit untergräbt.

Zudem spricht Art. 2 Nr. 1 lit. b RL (EU) 2016/943 davon, dass die Information einen kommerziellen Wert hat, „weil sie geheim ist“, was in § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG durch die Wendung „und daher von wirtschaftlichem Wert ist“ umgesetzt wird. Diese Kausalbeziehung deutet darauf hin, dass auch Tatsachen erfasst sind, deren bloße Geheimhaltung für das Unternehmen von wirtschaftlichem Wert ist.³⁶ Auch i.H.a. Art. 39 Abs. 2 TRIPS, an dem sich die Regelung der Richtlinie orientiert, wurde in der Vergangenheit der wirtschaftliche Wert des Geheimnisses in der Literatur schon als inhaltsgleich mit dem „berechtigten wirtschaftlichen Interesse“ der deutschen Definition bezeichnet.³⁷

Es ist zudem zu bedenken, dass auch dann, wenn der bloßen Information über einen Rechtsverstoß selbst kein eigenständiger Vermögenswert zukommen sollte, d.h. wenn

es tatsächlich nicht mehr auf die wirtschaftlichen Auswirkungen auf das Unternehmen ankommen sollte, was, wie gesagt, fraglich ist, zusammen mit dieser schlichten Tatsache regelmäßig auch solche Informationen und Unterlagen mitgeteilt werden, die durchaus einen wirtschaftlichen Wert verkörpern können. Werden z.B. Substanzen oder Objekte in einem Unternehmen produziert, die gesetzlichen Regelungen widersprechen, und werden die Rezepte und Konstruktionspläne offenbart, um den Gesetzesverstoß aufzuzeigen, so haben diese selbst einen wirtschaftlichen Wert.³⁸

Im Rahmen des § 17 UWG spiegelte sich hier im Hinblick auf das „berechtigte wirtschaftliche Interesse“ jedoch auch die Diskussion um den wirtschaftlichen oder juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff wider, wobei nach Letzterem Handelsgüter, die der Rechtsordnung widersprechen, bei normativer Betrachtung keinen Vermögenswert haben.³⁹ So wurde denn auch im Hinblick auf das Tatobjekt des § 17 UWG unter Berufung auf den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff vertreten, dass „illegale Geheimnisse“ auszuklammern seien, da ihnen im Rahmen einer juristischen Betrachtung kein wirtschaftlicher Wert zukomme und § 17 UWG als Vermögensdelikt einzustufen sei.⁴⁰ Die deutsche Rechtsprechung vertritt hingegen einen rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff und zählt etwa auch illegale Betäubungsmittel zum geschützten Vermögen, das durch Erpressung oder Betrug geschädigt werden kann.⁴¹ Insofern könnte auf der Grundlage dieser Rechtsprechung trotz des Bezugs zu einem illegalen Sachverhalt auch den „illegalen Geheimnissen“ ein solcher Vermögenswert zuerkannt werden.⁴² Zudem war gegen diese Ansicht einzuwenden, dass es sich bei § 17 UWG nach h.M. nicht um ein reines Vermögensdelikt handelte.⁴³

3. Das berechtigte Interesse i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG

Die Tatbestandslösung berief sich ferner aber insbesondere darauf, Bestandteil des Geheimnisbegriffs sei das Er-

³³ In der englischen Version: „commercial value“.

³⁴ R. Hauck, WRP 2018, 1032 (1034).

³⁵ A.a.O.

³⁶ So i.E. auch Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683): Wenn die entsprechende Information Einfluss auf die Wettbewerbsposition habe und dem Geheimnisinhaber bei Geheimhaltung einen Vorteil verspreche, so könne man ihr letztlich auch einen kommerziellen Wert zusprechen; vgl. auch die Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb zum RefE, S. 3: Die Verschmelzung der Voraussetzungen bekräftige zugleich die Erkenntnis, dass der kommerzielle Wert der Information nur eine begrenzte Rolle spiele. Es sei davon auszugehen, dass Informationen, die Dritten nicht zugänglich seien, dem Inhaber einen Wettbewerbsvorteil verleihen, sodass automatisch ein kommerzieller Wert bestehe. Im Ergebnis seien daher nur triviale Informationen ausgenommen.

³⁷ So etwa McGuire/Joachim/Künzel/Weber, GRUR-Int. 2010, 829 (830).

³⁸ Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67); vgl. auch Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 23), Vor §§ 17-19 Rn. 16, der insofern differenziert, dass die „Verschleierungssoftware“ für Dieselfahrzeuge einen kommerziellen Wert habe; im Gegensatz dazu lehnt er aber einen wirtschaftlichen Wert von Informationen über Rechtsverstöße, die in einem Unternehmen begangen werden, ab.

³⁹ Vgl. zu diesen Theorien und weiteren Spielarten etwa Kühl, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 263 Rn. 33; Rengier, Strafrecht BT I, 20. Aufl. (2018), § 13 Rn. 121 ff.

⁴⁰ Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333).

⁴¹ BGH, StV 2018, 27; vgl. dazu Bolender/Rinck, famos 4/2018.

⁴² Für einen Vermögenswert Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67).

⁴³ Vgl. zu den Schutzzwecken nach h.M. (primär Geheimhaltungsinteresse des Geschäftsinhabers, mittelbar auch Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb) Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 2; Rengier, in: Fezer/Büschler/Obergfell (Fn. 6), § 17 Rn. 4.

fordernis eines „berechtigten“ wirtschaftlichen Interesses.⁴⁴ Ein solches bestehe aber nicht bei Vorgängen, die der Rechtsordnung zuwiderlaufen. Mit anderen Worten soll niemand ein „berechtigtes Interesse“ daran haben, Straftaten zu verbergen, sodass darin vielleicht ein wirtschaftliches Interesse liegen kann, nicht aber ein normativ „berechtigtes“.

Der Wortlaut der Legaldefinitionen des § 2 Nr. 1 GeschGehG sieht ein solches „berechtigtes Interesse“ – entgegen Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 und anders als der RefE und der RegE – nun explizit vor. Daher stellt sich zuvorderst die Frage, ob die nun getroffene Regelung überhaupt richtlinienkonform ist, da in der Definition des Geschäftsgeheimnisses in Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 ein solches „berechtigtes Interesse“ nicht enthalten ist. Zu bedenken ist ferner, dass es in der RL gerade darum ging, eine „homogene Definition des Begriffs [...] festzulegen“.⁴⁵ Insofern ließe sich bereits aus diesem Grunde annehmen, ein „berechtigtes“ Interesse sei gar kein Bestandteil des europäischen Geheimnisbegriffs mehr.⁴⁶ Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, dessen Beschlussempfehlung sich letztlich durchsetzen konnte, verweist jedoch auf die Erwägungsgründe der RL (EU) 2016/943.⁴⁷ Dort heißt es in Erwägungsgrund (14): „Eine solche Definition sollte daher 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“.⁴⁸ Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz meint insofern, seine nun Gesetz gewordene Änderung „folge“ aus diesem Erwägungsgrund,⁴⁹ dessen Ausführungen er in die Definition des Art. 2 der RL scheinbar hineinliest.⁵⁰

Allerdings ist zu beachten, dass Erwägungsgründe nach der Rechtsprechung des *EuGH* „rechtlich nicht verbindlich sind und weder herangezogen werden können, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht.“⁵¹ Daher sind Zweifel an der Richtlinienkonformität des § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG nicht von der Hand zu weisen,⁵² da Art. 2 RL 2016/943 insofern alleine unter Berufung auf die Erwägungsgründe nicht entsprechend geändert werden darf, wenn dies einen Widerspruch zu ihrem Wortlaut bedeutet. Immerhin wird die Definition des Geschäftsgeheimnisses dort durch ein normatives Merkmal ergänzt, das in der RL so nicht vorgesehen ist.

Möglicherweise lässt sich das „legitime Interesse“, von dem in Erwägungsgrund (14) die Rede ist, als Bestandteil der Voraussetzung des „wirtschaftlichen Werts“ desselben ansehen⁵³ – wie es ja auch der bisherigen Interpretation unter Geltung des § 17 UWG entsprach, die wie dargestellt auf ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse abstellte. Problematisch ist daran aber, dass der Wortlaut der Definition insofern zwei getrennte Begriffsmerkmale enthält, deren zweites, das berechnete Interesse, dann überflüssig wäre, weil es in unionsrechtskonformer Auslegung – und in Übereinstimmung mit der bisher h.M. zu § 17 UWG – schon mit dem Erfordernis des wirtschaftlichen Werts verknüpft wäre.

Aber lassen wir die Unionsrechtskonformität der Regelung einmal kurz beiseite und widmen uns der inhaltlichen Frage, ob dieses Merkmal tatsächlich die sog. „illegalen Geheimnisse“ ausschließt. Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz führte neben den Erwägungsgründen der RL an, mit der Aufnahme des „berechtigten Interesses“ sei zudem der Begriffsbestimmung des *BVerfG* Rechnung getragen.⁵⁴ Schon in der Begründung zum RegE wurde vorgetragen, der Begriff des Geschäftsgeheimnisses im GeschGehG stehe „im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses, wonach solche Informationen geschützt sind, an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat.“⁵⁵ Soll das explizit aufgenommene Tatbestandsmerkmal des „berechtigten Interesses“ die „illegalen Geheimnisse“ jetzt also ausschließen⁵⁶ oder sollen die gleichen Erwägungen gelten wie zuvor?

Unter Geltung des Geheimnisbegriffs des § 17 UWG wurde zu Recht überwiegend angenommen, die sog. „illegalen Geheimnisse“ seien vom Geheimnisschutz erfasst. Geschäftsdaten eines Unternehmens werden gegenüber Dritten nicht weniger schutzbedürftig, weil sich daraus eine Steuerhinterziehung ergibt, eine Software verliert ihren Wert nicht dadurch, dass mit ihr manipuliert wird, vertrauliche Unterlagen über die Produktion des Unternehmens wie Rezepte oder Konstruktionspläne sollten nicht der allgemeinen Kenntnis zustehen, nur weil sich daraus Rechtsverstöße ergeben etc. Der Hintergrund liegt u.a. darin, dass dem Merkmal des „berechtigten wirtschaftlichen Interesses“ im Wesentlichen bislang, wie erläutert, die Funktion der Verhinderung von Willkür zukam.⁵⁷ Es ging dabei um den Ausschluss von Belanglosigkeiten, die objektiv keinerlei wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen haben. Dies ist eine nachvollziehbare und wichtige Beschränkung, die sich aber auch jetzt noch halten lässt.

⁴⁴ So etwa *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 5), § 17 UWG Rn. 16; *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (333); *Rützel*, GRUR 1995, 557 (558 ff.).

⁴⁵ Erwägungsgrund (14) zur RL (EU) 2016/943; Abl. EU Nr. L 157, S. 4.

⁴⁶ So wohl *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65 (67).

⁴⁷ BT-Drs. 19/8300, S. 13 f.

⁴⁸ Abl. EU Nr. L 157, S. 4.

⁴⁹ BT-Drs. 19/8300, S. 13 f.

⁵⁰ So wohl auch *R. Hauck*, WRP 2018, 1032 (1033 ff.).

⁵¹ *EuGH*, Rs. C-345/13 – Karen Müller Fashions/Dunnes, Rn. 31, GRUR 2014, 774 (775).

⁵² So erklärte die Bundesregierung, der Handlungsspielraum des deut-

schen Gesetzgebers werde überschritten, da die Richtlinie einen europaweit einheitlichen Begriff des Geschäftsgeheimnisses schaffen wolle, den einzelne Mitgliedstaaten nicht durch zusätzliche Tatbestandsmerkmale einschränken dürften, BT-Drs. 19/8300, S. 12. Auch der Fachbereich Europa des Bundestages kam in einer Kurzinformation (PE 6 -3000 - 020/19) zu diesem Ergebnis.

⁵³ So wohl *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 23), § 17 Rn. 9.

⁵⁴ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁵⁵ BT-Drs. 19/4724, S. 24.

⁵⁶ Vgl. *R. Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034) zum „legitimen Interesse“ in Erwägungsgrund (14).

⁵⁷ *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas (Fn. 5), § 17 UWG Rn. 15; *Harte-Bavendamm*, in: Harte/Henning (Fn. 20), § 17 Rn. 6.

Ganz in diesem Sinne sollen nämlich ausweislich Erwägungsgrund (14) der RL (EU) 2016/943 „belanglose Informationen“ ausgeschlossen sein. Soll also der neue Begriff „im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses stehen, wonach solche Informationen geschützt sind, an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat“, so könnte dies bedeuten, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass sich ebendiese Rechtsprechung, die beim Geheimhaltungsinteresse gerade nicht restriktiv vorging und die ihm bekannt war, fortsetzen soll. Da es um ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse ging, kam es darauf an, ob es für den Betrieb von wirtschaftlicher Bedeutung war. Soll dem Merkmal nun aber wegen der Aufteilung seiner beiden Komponenten – wirtschaftlicher Wert der Information in § 2 Nr. 1 lit. a und berechtigtes Interesse in § 2 Nr. 1 lit. c – nun eine normative Korrektivfunktion zukommen, die über den Ausschluss von Willkür und Bagatellen bzw. den wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen hinausgeht und eine strengere Wertungsebene bereits innerhalb der Definition des Geschäftsgeheimnisses einführt,⁵⁸ also schon beim Tatobjekt des § 23 GeschGehG? Dies wäre dann erst recht am Unionsrecht zu messen, weil insofern der Schutz der Geschäftsgeheimnisse gegenüber dem europäischen Rechtsakt eingeschränkt wäre.

Zur Beurteilung dieser Frage muss aber auch die Systematik des Gesetzes in Betracht gezogen werden. Schon in der Richtlinie werden die Definition des Geheimnisses in Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 und die „Ausnahmen“ in Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 getrennt behandelt und die entsprechende Schranke setzt in ihrer deutschen Fassung eine Absicht, das allgemeine öffentliche Interessen zu schützen, voraus. Die rechtswidrigen Vorgänge werden also nicht im Rahmen des Geheimnisbegriffs abgearbeitet und auch nicht grundsätzlich vom Geheimnisschutz ausgenommen.⁵⁹

Dem folgt auch die Systematik des GeschGehG. Im RegE war § 5 noch als (zivilrechtlicher) Rechtfertigungsgrund ausgestaltet. Schon in der Überschrift wurde explizit klar gestellt, dass es sich um einen „Rechtfertigungsgrund“ handeln sollte und auch die Erläuterungen im RegE bestätigten dies.⁶⁰ Dort wurde ferner angeführt, dass § 5 GeschGehG auch auf die Strafvorschrift des § 23 GeschGehG anwendbar sei.⁶¹ Dies beantwortete zwar noch nicht die Frage, ob dieser zivilrechtliche „Rechtfertigungsgrund“ strafrechtsdogmatisch ebenfalls erst auf der Rechtswidrigkeitsebene zu beachten sein sollte,⁶² jedoch kam dadurch jedenfalls die Zweiteilung zwischen Tatbestand und ausnahmsweiser „Rechtfertigung“ der Handlung zum Ausdruck, was zumindest implizierte, dass

zivilrechtlich der Tatbestand erfüllt sein sollte und das „illegale Geheimnis“ insofern ein taugliches Tatobjekt bildete.

Nun hat der Gesetzgeber vom Konzept der Rechtfertigung im Einzelfall Abstand genommen, an dessen Unionsrechtskonformität sich ebenfalls zweifeln ließ, da die RL eine generelle „Ausnahme“ fordert. Im Wortlaut des § 5 GeschGehG heißt es jetzt: „Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses [*sic!*] fällt nicht unter die Verbote des § 4, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere [...] zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Der Wortlaut dieser „Ausnahme“ impliziert, dass in diesem Fall ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. Zudem würden ihre (unionsrechtlich determinierten) Voraussetzungen umgangen, wenn man bereits das Tatobjekt Geschäftsgeheimnis ausschliesse.⁶³ Es wurde auch zuvor schon moniert, dass das Merkmal des „berechtigten Geheimhaltungsinteresses“ eine Abwägung im Geheimnisbegriff suggeriere, die klassischerweise erst auf der Rechtswidrigkeitsebene zu führen sei,⁶⁴ und eine Anpassung an den Begriff des Art. 39 Abs. 2 TRIPS gefordert,⁶⁵ der seinem Wortlaut nach nicht auf ein normatives „berechtigtes Geheimhaltungsinteresse“ abstellt, sondern stattdessen fordert, dass die Informationen „einen wirtschaftlichen Wert haben, weil sie geheim sind“. Eine solche Anpassung ist nun zunächst wortgleich durch Art. 2 Nr. 1 RL (EU) 2016/943 und sodann jedenfalls in sehr ähnlicher Form auch durch § 2 Nr. 1 GeschGehG erfolgt, könnte aber durch das Anknüpfen an das berechnete Interesse in lit. c) wieder zurückgenommen sein.⁶⁶

Es ist nach alledem bedauerlich, dass die Motive des Gesetzgebers sich nicht dazu äußern, wie er es mit den „illegalen Geheimnissen“ halten will.⁶⁷ Allerdings ist das GeschGehG richtlinienkonform auszulegen und die nähere Bestimmung des Geheimnisbegriffs im Sinne der Richtlinie letztlich Sache des *EuGH*, der klären muss, ob „illegale Geheimnisse“ aus dem Anwendungsbereich herausfallen sollen oder nicht.

Eine Möglichkeit, zumindest im Strafrecht zu einer anderen Bewertung zu gelangen, bestünde letztlich darin, den strafrechtlichen Begriff des Geschäftsgeheimnisses gemäß § 23 GeschGehG abweichend vom zivilrechtlichen Begriff des § 2 GeschGehG zu bestimmen. Dies wäre zwar insofern unionsrechtlich zulässig als die Richtlinie sich gar nicht auf das Strafrecht bezieht und der strafrecht-

⁵⁸ So *R. Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034 f., 1036) zum RefE, der lit. c) noch nicht vorsah. Dies gilt insbesondere dann, wenn durch dieses Merkmal über das wirtschaftliche Interesse hinaus normative Erwägungen zum Tragen kommen sollen, wie es *R. Hauck* fordert.

⁵⁹ *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (119).

⁶⁰ BT-Drs. 19/4724, S. 28.

⁶¹ A.a.O.

⁶² Siehe dazu noch unten III. 1.

⁶³ *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65 (67) – a.A. *R. Hauck*, WRP 2018, 1032 (1037): Dies sei im Dienste der Tatbestandslösung „hinzunehmen“.

⁶⁴ *Brammsen*, in: MüKo-Lauterkeitsrecht (Fn. 6), § 17 Rn. 24; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer* (Fn. 27), § 17 Rn. 12.

⁶⁵ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer* (Fn. 27), § 17 Rn. 12.

⁶⁶ *Brammsen*, BB 2018, 2446 (2449), sieht darin eine „Systemwidrigkeit“ und den „unangefochtenen Hauptmangel“, da die „selbstgesetzte Grenze“ zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit wieder beseitigt werde.

⁶⁷ So auch *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65 (67).

liche Schutz der Geschäftsgeheimnisse als ultima ratio insofern hinter dem zivilrechtlichen zurückbleiben könnte. Auch die Ausnahme in Art. 5 RL (EU) 2016/943 würde dadurch nicht entwertet, weil der Strafbarkeit des Whistleblowers ein viel weitergehender Riegel vorgeschoben würde. Auch dies scheint mir aber nicht der Systematik des GeschGehG zu entsprechen, dessen § 2 eine für das ganze Gesetz geltende Begriffsbestimmung vornimmt. § 23 GeschGehG hat einen akzessorischen Charakter, indem Verstöße gegen die zivilrechtlichen Handlungsverbote des § 4 GeschGehG strafrechtlich sanktioniert werden. Damit stünde es nicht im Einklang, wenn im Rahmen des § 23 GeschGehG – etwa i.H.a. den juristisch-ökonomischen strafrechtlichen Vermögensbegriff – eine andere Interpretation vorgenommen würde. Nach alledem ist davon auszugehen, dass auch „illegale Geheimnisse“ ein Geschäftsgeheimnis i.S.d. §§ 2, 23 GeschGehG sein können.

III. Tatbestandslösung 2: Die „Ausnahme“ gemäß § 5 Nr. 2 GeschGehG

Nähere Betrachtung verdient daher die das Whistleblowing unmittelbar betreffende Regelung des § 5 Nr. 2 GeschGehG, die Art. 5 lit. b) RL (EU) 2016/943 umsetzt. Schon der RegE erläuterte, dass § 5 GeschGehG auch auf die Strafvorschrift des § 23 GeschGehG anwendbar ist.⁶⁸

1. Die „Rechtfertigungsgründe“ des RegE

Im RegE war § 5 GeschGehG noch als (zivilrechtlicher) „Rechtfertigungsgrund“ ausgestaltet, was nicht mit der Bezeichnung in Art. 5 RL (EU) 2016/943, in der von „Ausnahmen“ die Rede ist, korrespondierte,⁶⁹ sodass durchaus klärungsbedürftig war, ob es sich um eine unionsrechtskonforme Umsetzung gehandelt hätte. Aus strafrechtsdogmatischer Sicht interessant war aber die Frage, ob dieser zivilrechtliche „Rechtfertigungsgrund“ auch im Straftataufbau erst die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen hätte oder ob er schon auf der Tatbestandsebene zu beachten gewesen wäre.

§ 17 UWG enthielt stattdessen das Merkmal „unbefugt“, dessen Einordnung streitig war. Manche sahen darin ein Tatbestandsmerkmal, andere hingegen einen Hinweis auf die fehlende Rechtswidrigkeit.⁷⁰ Der Gesetzgeber hat in § 23 GeschGehG auf dieses Merkmal verzichtet und führt dazu aus, dass es gestrichen wurde, „da durch die Bezugnahme auf die einzelnen Handlungsverbote in § 4 GeschGehG deutlich wird, dass nur eine auch zivilrechtlich rechtswidrige Handlung nach dem GeschGehG unter

die Strafvorschriften fallen kann“. Dies klang schon in der Version des RegE nach einem Tatbestandsausschluss, da eine zivilrechtlich nicht rechtswidrige Handlung nicht „unter die Strafvorschrift fallen“ sollte, was wiederum den akzessorischen Charakter des § 23 GeschGehG betonte. Wer hingegen die Bezeichnung als „Rechtfertigungsgrund“ und den Hinweis in der Begründung zu § 5 GeschGehG, dass dieser auch auf § 23 GeschGehG „anwendbar“ sei, ernst nahm, hätte wohl auch im Strafrecht einen Rechtfertigungsgrund angenommen.⁷¹

2. Die Umgestaltung zur „Ausnahme“ im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Nach der neuen Formulierung des § 5 GeschGehG fallen „[d]ie Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses [...] nicht unter die Verbote des § 4“. Die Begründung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz erläutert, dass § 5 von einem Rechtfertigungsgrund in eine Tatbestandsausnahme umgestaltet worden sei.⁷² Dogmatisch ist dies nun so konstruiert, dass eine Handlung, die unter § 5 subsumiert werden kann, „nicht unter die Verbote des § 4 fällt“, d.h. es handelt sich um eine Ausnahme vom zivilrechtlichen Verbotstatbestand des § 4. Dies kann nur bedeuten, dass eine solche Handlung auch im Strafrecht nicht den Tatbestand erfüllt, weil der zivilrechtliche Verbotstatbestand, an den die Strafnorm hier anknüpft, nicht greift. Dies entspricht einer quasi vorgelagerten Prüfung der Zivilrechtswidrigkeit, bevor das Strafrecht mit seinen staatlichen Sanktionen greift.

Betrachtet man zum Vergleich etwa die Regelungen des Immaterialgüterstrafrechts, so wirken die zivilrechtlichen Schranken der Rechte der Inhaber der Immaterialgüterrechte auch dort regelmäßig tatbestandsausschließend. Das ist zwar teilweise dem Wortlaut der Strafvorschriften geschuldet, da etwa bereits der Tatbestand des § 143 MarkenG voraussetzt, dass der Täter „widerrechtlich“ handelt, was hier Zivilrechtswidrigkeit bedeutet, und der Tatbestand des § 106 UrhG, dass kein „gesetzlich zugelassener Fall“ vorliegt, wobei das Urheberzivilrecht die gesetzlich zugelassenen Fälle bestimmt. Aber auch bei § 142 PatG ist es ohne eine entsprechende Fassung der Strafvorschrift anerkannt, dass die zivilrechtlichen Ausnahmen bereits den strafrechtlichen Tatbestand ausschließen,⁷³ was deren akzessorischem Charakter gerecht wird. Was zivilrechtlich zulässig ist, erfüllt hier schon nicht den strafrechtlichen Tatbestand. Ebenso ist im Rahmen des § 23 GeschGehG die Ausnahme des § 5 GeschGehG nun als Tatbestandsausschluss konzipiert. Hintergrund dieser Änderung war, dass einige Sachverständige im Gesetzgebungsverfahren Bedenken geäußert hatten, dass bereits

⁶⁸ BT-Drs. 19/4724, S. 28.

⁶⁹ Vgl. Reinhardt-Kasperek/Kaindl, BB 2018, 1332 (1335); ferner die Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb zum RefE, S. 10.

⁷⁰ Für Tatbestandsmerkmal etwa Janssen/Maluga, in: MüKo-StGB (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 52 f.; für allgemeines Verbrechensmerkmal und Verweis auf Rechtfertigungsebene Brammsen, in: MüKo-LauterkeitsR (Fn. 6), § 17 Rn. 55; Krell, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 17 UWG Rn. 64; Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 6), § 17 UWG Rn. 40; Wolters, in: GK-UWG (Fn. 6), § 17 Rn. 58.

⁷¹ So wohl Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (69).

⁷² BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁷³ Vgl. Reinbacher, in: NK-WSS (Fn. 6), § 142 PatG Rn. 34; Zimmermann, in: Graf/Jäger/Wittig (Fn. 70), § 142 PatG Rn. 24.

die Erfüllung eines Verbotstatbestandes eine abschreckende Wirkung für die Arbeit von Journalisten haben könnte.⁷⁴ Dem wollte der Gesetzgeber entgegenwirken. Auch dies belegt i.Ü., dass in einem solchen Fall ein Geschäftsgeheimnis vorliegt.

3. Ausgewählte Probleme des § 5 Nr. 2 GeschGehG

§ 5 Nr. 2 GeschGehG lautet also nun in seiner neuen Fassung: „Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses fällt nicht unter die Verbote des § 4, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere [...] zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Abweichend davon verlangt die deutsche Fassung des Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 ein Vorgehen „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“. Aus der „Absicht, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“ des Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943, die sich noch im RegE wiederfand, ist nun also eine (objektive) „Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“ geworden.

a) Zum Wegfall des Absichtsmerkmals

Im neuen § 5 GeschGehG wurde also von dem im RegE vorgesehenen Kriterium der Absicht des Whistleblowers, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, abgesehen und stattdessen die Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, aufgenommen. Als Grund dafür führte der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zunächst an, es habe sich in der deutschen Fassung des Art. 5 RL (EU) 2016/943 um einen „Übersetzungsfehler“ gehandelt, denn der Begriff „purpose“ in der englischen Fassung („provided that the respondent acted for the purpose of protecting the general public interest“) sei besser mit „Zweck“ als mit „Absicht“ zu übersetzen gewesen.⁷⁵ Damit sollte dem Vorwurf der „Gesinnungsprüfung“, der im Gesetzgebungsverfahren teilweise erhoben worden war,⁷⁶ entgangen werden. Zudem werde dadurch klargestellt, dass auf die konkrete Handlung abzustellen sei.⁷⁷ Die Handlung müsse erfolgen, um das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. So werde deutlicher, dass das Geschäftsgeheimnis nur zur Abwehr von tatsächlichen oder gutgläubig angenommenen Verletzungen oder Gefährdungen öffentlicher Interessen offengelegt werden dürfe.⁷⁸ Abgesehen davon, dass die letzten beiden Sätzen doch wieder subjektiv klingen, sollte mit dem Verzicht auf das Absichtserfordernis letztlich klargestellt werden,

dass auch „Mischmotivationen“ erfasst werden.⁷⁹

Inhaltlich erscheint es mir durchaus richtig, im letzteren Sinne eine Strafflosigkeit auch dann anzunehmen, wenn der Whistleblower neben dem Ziel der Offenlegung eines Missstandes auch andere, z.B. monetäre, Interessen verfolgt. Ob dies aber nicht auch unter Geltung des Absichtsmerkmals hätte durchgesetzt werden können, ist fraglich. Nach meinem Dafürhalten lässt sich auch Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 so interpretieren, dass ein Handeln, das nicht ausschließlich auf den Schutz des öffentlichen Interesses gerichtet ist, ebenfalls privilegiert ist.⁸⁰ Auch bei § 34 StGB nimmt die m.E. zutreffende Ansicht an, dass der Gefahrabwendungswille nicht den einzigen Beweggrund bilden muss.⁸¹ In der Begründung zum RegE war klargestellt worden, dass die entsprechende Absicht nicht das alleinige Motiv sein musste, allerdings sollte sie das dominierende Motiv sein.⁸²

Diese durch das explizite Absichtserfordernis (und die Begründung des Gesetzgebers) immerhin indizierte Auslegung ist nun passé. Da der Wortlaut nun aber gar keine Absicht des Whistleblowers mehr im Hinblick auf den Schutz öffentlicher Interessen fordert, muss eine solche Absicht nicht neben anderen Intentionen zumindest auch vorliegen, sondern sie muss gar nicht gegeben sein, es sei denn, man verlangt für den Tatbestandsausschluss ein „subjektives Rechtfertigungselement“ bzw. ein „subjektives Tatbestandsausschlusselement“ im Sinne eines Vorsatzes i.H.a. die Eignung zum Schutz des öffentlichen Interesses. Der abweichende Wortlaut kollidiert aber jedenfalls mit den Vorgaben der deutschen Fassung des Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943. Ob dort insofern tatsächlich ein Übersetzungsfehler vorliegt, ob ein Absichtserfordernis im Englischen eher mit „intention“ oder „intent“ aufgenommen worden wäre und wie diese Ausnahme im Ergebnis zu interpretieren ist, lässt sich mit den zur Verfügung stehenden Informationen nicht abschließend beurteilen und ist seitens des *EuGH* zu klären.

Jedenfalls stellt die aktuelle Gesetzesfassung mit der objektiven Eignung eine weitere Voraussetzung für das Whistleblowing auf, während die Richtlinie insofern nur ein subjektiv zweckgerichtetes Handeln fordert. Wenn die zwingende Vorgabe des Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 jedoch eine objektive Eignung nicht verlangt, so schränkt das deutsche Gesetz das Whistleblowing insofern ein.⁸³ Dabei ist zu beachten, dass es sich bei Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 um eine Vollharmonisierung handelt, denn gemäß Art. 1 Abs. 1 UA. 2 lit. b RL (EU) 2016/943 dürfen die Mitgliedstaaten zwar einen weitergehenden Schutz der Geschäftsgeheimnisse vorsehen, aber nur, sofern gewährleistet ist, dass bestimmte Regelungen, darunter Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 eingehalten werden.⁸⁴

⁷⁴ BT-Drs. 19/8300, S. 14; vgl. insofern auch den Antrag der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 19/7704, S. 1.

⁷⁵ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁷⁶ Vgl. etwa den Antrag der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 19/7704, S. 2; ferner die Stellungnahme von ARD, ZDF und Deutschlandfunk zum RefE v. 18.5.2018, S. 3.

⁷⁷ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁷⁸ A.a.O.

⁷⁹ A.a.O.

⁸⁰ Siehe bereits Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (118).

⁸¹ Zieschang, in: LK-StGB, Bd. 2, 12. Aufl. (2006), § 34 Rn. 47.

⁸² BT-Drs. 19/4724, S. 29.

⁸³ Die Bundesregierung ging daher auch davon aus, dass der deutsche Gesetzgeber insofern seine Kompetenz überschreite, BT-Drs. 19/8300, S. 12 f.

⁸⁴ Alexander, WRP 2017, 1034 (1036); Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (119).

b) *Zur Frage der objektiven oder subjektiven Bestimmung der weiteren Voraussetzungen der Ausnahme*

Es fragt sich jedoch, inwieweit in der aktuellen Fassung trotz Streichung des Absichtsmerkmals weiterhin subjektive Komponenten des Handelns eine Rolle spielen. An zwei Stellen lässt sich § 5 Nr. 2 GeschGehG nämlich (auch) subjektiv lesen. So muss die Handlung „zum Schutz eines berechtigten Interesses“ sowie konkret „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens“ erfolgen. Anders als beim ehemaligen Absichtsmerkmal verhalten sich die Gesetzesbegründungen nicht dazu, ob diese Merkmale objektiv oder subjektiv zu bestimmen sind.⁸⁵ Die Formulierungen „zum“ und „zur“ deuten einerseits auf einen subjektiven Einschlag hin bzw. ließen sich sogar *rein subjektiv* lesen, sodass es nur darauf ankäme, ob der Whistleblower mit der entsprechenden Absicht handelt. Allerdings könnte die besondere Betonung des Gesetzgebers „Die Rechtfertigung nach Nr. 2 erfordert subjektiv, dass die das Geschäftsgeheimnis offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“,⁸⁶ andererseits bedeuten, dass die anderen Merkmale des § 5 Nr. 2 GeschGehG *objektiv* zu bestimmen sind.

Dies betrifft insbesondere die Frage, ob das Merkmal des „berechtigten Interesses“ einer solchen objektiven Beurteilung unterzogen werden muss oder ob alleine die Sicht des Offenbarenden Ausschlag gebend dafür ist, ob ein Interesse „berechtigt“ ist, d.h. seine Intention, ein seiner Meinung nach berechtigtes Interesse zu schützen. Diesbezüglich führt die Begründung zum RegE aus, dass darunter jedes von der Rechtsordnung gebilligte Interesse falle und es auch Interessen wirtschaftlicher oder ideeller Art umfasse.⁸⁷ Gesetzessystematisch handelt es sich hierbei indes um eine Generalklausel, die durch die folgenden Nummern, also auch durch Nr. 2, näher präzisiert wird, da diese mit dem Wort „insbesondere“ eingeleitet werden.⁸⁸ Ist dies aber so, so bedeutet dies, dass die Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens konkrete Beispiele für solche berechtigten Interessen sind. Nur außerhalb der genannten drei Fallgruppen bleibt die Generalklausel dann ihrerseits noch relevant. In Art. 5 RL (EU) 2016/943 kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass der Schutz eines anerkannten legitimen Interesses als eigener Buchstabe d) aufgeführt ist, also als Auffangtatbestand.

Das enthebt aber nicht von der Frage des Prüfungsmaßstabs des Handelns „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens“. Hier hat der Gesetzgeber zunächst einmal erklärt, was unter einem solchen Fehlverhalten zu verstehen sein kann, nämlich Aktivitäten, die ein unethisches Verhalten darstellen, aber nicht notwendigerweise gegen Rechtsvorschriften verstoßen, wie etwa Auslandsaktivitäten eines Unternehmens, die in den betreffenden Ländern

nicht rechtswidrig sind.⁸⁹ Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz erläuterte im Zusammenhang mit dem neuen Merkmal der „Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“, dass die Objektivierung der Formulierung ihrerseits klarstelle, dass sich die Bestimmung des „sonstigen Fehlverhaltens“ „nach dem allgemeinen objektivierbaren Rechtsverständnis“ richtet.⁹⁰ Damit soll also offenbar zumindest hier ein *objektiver Maßstab* dahingehend gelten, was allgemein als unethisch gilt, und nicht alleine Ausschlag gebend sein, ob der Täter das Verhalten subjektiv für unethisch hält. Hier ist nicht der Raum, um dieses durchaus problematische Merkmal des „unethischen“ Verhaltens näher zu untersuchen, sondern es soll hier nur festgehalten werden, dass diese Ausführungen und die Verobjektivierung des ehemaligen Absichtsmerkmals jedenfalls für eine *objektive Prüfung* streiten. Denn, wenn ein Fehlverhalten oder eine rechtswidrige Handlung objektiv nicht vorliegen, kann die Aufdeckung des betreffenden Geheimnisses auch nicht objektiv geeignet sein, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Insofern ließe sich sogar vermuten, der Gesetzgeber habe den gesamten Ausschlussstatbestand jetzt primär objektiv bestimmen wollen.

Aber auch die Richtlinie lässt sich in diesem Sinne lesen, da es in Erwägungsgrund (20) insofern heißt, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen sich nicht auf Fälle erstrecken soll, „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, dass 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.“ Sowohl der Hinweis darauf, dass „ein regelwidriges Verhalten, ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit von unmittelbarer Relevanz aufgedeckt wird“ als auch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, darüber hinausgehend gutgläubiges Verhalten nicht zu sanktionieren, deuten auf eine *objektive Bestimmung* hin.⁹¹

Legt man also eine objektive Auslegung des Merkmals zu Grunde, so bedeutet das freilich nicht, dass daneben nicht auch eine *subjektive Komponente* erforderlich ist. Denn die subjektivierte Formulierung („zum“, „zur“) spricht dafür, dass zumindest auch ein subjektiv zweckgerichtetes Handeln des Whistleblowers erforderlich ist. Dies gilt umso mehr als § 23 Abs. 1 GeschGehG selbst mehrere Absichtsmerkmale des Täters vorsieht, darunter auch das Handeln „zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs“, das wie bei § 17 UWG grds. ein subjektives

⁸⁵ Kritisch auch die Stellungnahme Nr. 40/2018 der BRAK zum RegE, S. 3 f.

⁸⁶ BT-Drs. 19/4724, S. 29.

⁸⁷ A.a.O., S. 28.

⁸⁸ Vgl. die Stellungnahme Nr. 40/2018 der BRAK zum RegE, S. 5.

⁸⁹ BT-Drs. 19/4724, S. 29.

⁹⁰ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

⁹¹ Vgl. bereits *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (118).

Merkmal darstellt.⁹² Handelt der Täter nicht mit der Zielrichtung der Aufdeckung eines rechtswidrigen Verhaltens, sondern gibt er z.B. Geheimnisse aus einem ganz anderen Grund preis, möglicherweise sogar, ohne zu merken, dass dabei illegale Aktivitäten aufgedeckt werden, so ist das subjektive Element des Tatbestandsausschlusses nicht erfüllt. Dann handelt es sich aus der Sicht des Täters auch gar nicht um ein Whistleblowing. Mit anderen Worten ist von der subjektiven Zielrichtung des Whistleblowers auszugehen, diese dann aber objektiv zu überprüfen.

Wie ist aber im umgekehrten Fall mit *gutgläubigen* Whistleblowern zu verfahren, die fälschlicherweise meinen, ein rechtswidriges Verhalten aufzudecken, das objektiv gar nicht vorliegt? Die Lösung dieser Frage hat die RL (EU) 2016/943 ausweislich Erwägungsgrund (20) wie gesehen in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt. Der deutsche Gesetzgeber darf auch gutgläubige Whistleblower entlasten. Nach der aktuellen Gesetzesformulierung kann dies im Strafrecht auf zweierlei Weise geschehen: Erstens kann der Tatbestand der Ausnahme einem objektiven *ex ante*-Urteil unterliegen, um zu beurteilen, ob eine rechtswidrige Handlung oder ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten vorliegt. Unter Geltung des § 17 UWG hat die überwiegende Ansicht das Problem wie dargestellt an § 34 StGB gemessen. Dieser hätte nach h.M. eine objektive *ex ante*-Beurteilung der „Gefahr“ erfordert,⁹³ was allerdings dem Begriff der Gefahr immanent ist, der stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil beinhaltet. Ist eine Gefahr auch nach diesem Maßstab objektiv zu verneinen, nimmt der Täter diese aber irrig an, so liegt die Konstellation des Putativnotstandes vor.⁹⁴ In § 5 GeschGehG ist nun aber keine Gefahr vorausgesetzt, sondern ein Handeln zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung etc.

Soll daher eine bei *ex post*-Beurteilung objektiv rechtswidrige Handlung gemeint sein, so dürfte zweitens aber ein strafrechtlich relevanter Irrtum des Täters anzunehmen sein, entweder weil er von falschen Tatsachen ausgegangen ist oder weil er den Sachverhalt normativ falsch bewertet hat. Meines Erachtens muss sich sein Vorsatz nämlich auch auf das negativ gefasste Merkmal des Tatbestandsausschlusses beziehen, sodass auch ein Irrtum über die Einstufung als „rechtswidrige Handlung“ oder als „berufliches oder sonstiges Fehlverhalten“ ein normatives Tatbestandsmerkmal betrifft. Zum Vergleich: Bei § 106 UrhG wird das Nicht-Vorliegen eines „gesetzlich zugelassenen Falls“ als negativ formuliertes objektives Tatbestandsmerkmal behandelt und Irrtümer über die Voraussetzungen der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen können zu einem Ausschluss des Vorsatzes nach § 16 StGB führen.⁹⁵ Wenn ein Whistleblower gutgläubig davon ausgeht, zur Aufdeckung einer Straftat oder eines

sonstigen Fehlverhaltens zu handeln, so kann also sein Vorsatz ausgeschlossen sein, eine Tat nach § 23 GeschGehG zu begehen, entweder weil er über die Tatsachen irrt oder weil er sie falsch bewertet. Zumindest das Unrechtsbewusstsein wird einem solchen Täter fehlen. Letztlich ist es im Strafrecht im Falle eines gutgläubigen Whistleblowers also gar nicht so entscheidend für das Ergebnis, ob der Tatbestandsausschluss des § 5 GeschGehG nun rein subjektiv oder subjektiv/objektiv oder rein objektiv bestimmt wird, denn entweder genügt das subjektive Handeln „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung“ etc. per se für den Ausschluss des Tatbestands oder aber es fehlt dem gutgläubigen Whistleblower jedenfalls der Tatbestandsvorsatz. Ebendies muss konsequenterweise auch i.H.a. die Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, gelten. Auch insofern muss ein Hinweisgeber, der irrtümlich davon ausgeht, die Offenlegung sei geeignet, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, sich auf einen entsprechenden Irrtum berufen können. Denn in all diesen Fällen geht er davon aus, nicht gegen das Verbot des § 4 GeschGehG zu verstoßen, da er annimmt, dass die Ausnahme des § 5 GeschGehG greift. Sieht man darin ein objektives Tatbestandsmerkmal, so müssen ihm die Irrtumsregeln zu Gute kommen.

c) Zur Frage einer Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung

Als letzte Frage will ich noch kurz auf die bisher erforderliche Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen. Die h.M. zu § 17 UWG hat das Whistleblowing bislang im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung nach § 34 StGB behandelt, der eine Prüfung der Erforderlichkeit und eine Interessenabwägung voraussetzt. Insofern musste der Whistleblower insbesondere zunächst gewisse Stufen durchlaufen, bevor er sich an die Öffentlichkeit wenden durfte.⁹⁶ Zudem war das Interesse des Whistleblowers mit dem Interesse des Unternehmers abzuwägen. Dies entsprach auch der Rechtsprechung des *EGMR* i.H.a. Art. 10 EMRK.⁹⁷

Es fragt sich, inwieweit solche Kriterien noch eine Rolle spielen. Der Wortlaut des § 5 GeschGehG sieht sie jedenfalls nicht explizit vor. Der Gesetzgeber ging jedoch davon aus, eine Interessenabwägung könne „über den Begriff des berechtigten Interesses im Einzelfall zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit erfolgen“.⁹⁸ Dies entspreche Erwägungsgrund (21) der Richtlinie sowie den allgemeinen Erwägungen des Unionsrechts. Genau genommen verlangt Art. 5 RL (EU) 943/2016 aber nur ein "berechtigtes Interesse" und keine Abwägung, und jedenfalls nicht, dass die Offenlegung "erforderlich", also das

⁹² Im Rahmen des § 17 UWG nahm die h.M. hier aber übrigens auch eine Kombination aus subjektiver Absicht des Täters und objektiver Eignung zur Förderung des Wettbewerbs an; vgl. *Brammsen*, in: *MüKo-LauterkeitsR* (Fn. 6), § 17 Rn. 49; *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas* (Fn. 5), § 17 UWG Rn. 29 – a.A. aber *Reinbacher*, in: *NK-WSS* (Fn. 6), § 17 Rn. 36.

⁹³ Vgl. *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 39), § 34 Rn. 2; *Roxin*, AT I (Fn. 9), § 16 Rn. 15.

⁹⁴ Vgl. dazu *Zieschang*, in: *LK-StGB* (Fn. 81), § 34 Rn. 89.

⁹⁵ Vgl. *Reinbacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 5. Aufl. (2019; im Erscheinen), § 106 UrhG Rn. 35; *Sternberg-Lieben*, in: *BeckOK UrhG*, 23. Ed., Stand: 15.1.2019, § 106 UrhG Rn. 39.

⁹⁶ Vgl. auch den Vorschlag der Kommission v. 23.4.2018 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden; COM(2018) 2018 final.

⁹⁷ *EGMR*, Rs. 28274/08 – *Heinisch/Deutschland*, NJW 2011, 3501.

⁹⁸ BT-Drs. 19/4724, S. 28.

mildeste Mittel, ist. Erwägungsgrund (20) lässt sich insofern höchstens entnehmen, dass es um illegale Tätigkeiten "von unmittelbarer Relevanz" gehen soll.⁹⁹ Im Übrigen setzt auch § 5 GeschGehG keine umfassende Prüfung der Erforderlichkeit voraus, sondern stellt nur das Erfordernis auf, dass das Handeln „geeignet“ ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu wahren. Und schließlich liegt gesetzesystematisch ein „berechtigtes Interesse“ insbesondere dann vor, wenn der Offenbarende „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung“ vorgeht. Im Arbeitsrecht mögen hier im Rahmen der Beurteilung einer Kündigung noch weitere Erwägungen zu berücksichtigen sein, hinsichtlich der Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG ist hingegen der Wortlaut der tatbestandsausschließenden Norm entscheidend.

Fehlt hier also insbesondere auch ein Stufensystem, das im Rahmen der „Erforderlichkeit“ der Aufdeckung zunächst interne Maßnahmen etc. voraussetzen würde, so ist zu konstatieren, dass sowohl die RL 2016/943 als auch die deutsche Umsetzung nicht im Einklang mit der anvisierten Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, stehen, da in deren Art. 13 Abs. 2 ein ebensolches Stufensystem vorgesehen ist.¹⁰⁰

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Von den mit der Lösung des neuen GeschGehG verbundenen Fragen erscheint es besonders interessant, zu unter-

suchen, inwieweit die neue Rechtslage sich im Ergebnis von der zu § 17 UWG vertretenen (überwiegenden) Ansicht unterscheidet, die eine Lösung über § 34 StGB favorisierte. Nicht alle damit zusammenhängenden Fragen lassen sich in diesem frühen Stadium mit Sicherheit beantworten. Dass auch bei illegalen Geheimnissen ein taugliches Tatobjekt des § 23 GeschGehG vorliegt, scheint mir auch bei Zugrundelegung der neuen Definition in § 2 GeschGehG der Fall zu sein. Der Gesetzgeber hat sich stattdessen für einen Tatbestandsausschluss in § 5 GeschGehG entschieden. Wenn ein Whistleblower sich darauf beruft, zur Aufdeckung einer strafbaren Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens gehandelt zu haben, so wird nach meiner derzeitigen Einschätzung von dieser Intention auszugehen, das Vorliegen der rechtswidrigen Handlung oder des Fehlverhaltens sodann aber wohl objektiv zu prüfen sein. Ging der Offenbarende nur fälschlicherweise von der Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder von der Eignung, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, aus, so liegt jedoch ein entsprechender Irrtum über das Eingreifen des Tatbestandsausschlusses vor. Was die Frage betrifft, inwieweit der Whistleblower zunächst andere Schritte ergreifen muss, bevor er sich an die Öffentlichkeit wendet, bleibt die Entwicklung abzuwarten, die durch die anvisierte EU-Richtlinie zum Schutz der Hinweisgeber, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, angestoßen ist.

⁹⁹ Vgl. Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (118).

¹⁰⁰ COM(2018), 218 final.