

Bewertung ausgewählter Aspekte des neuen „Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ (GeschGehG)

Schutzbereich und Whistleblowing

Von Stud. iur. **Ann-Sophie Letzel**, Potsdam*

Durch die steigende Bedeutung von grenzüberschreitendem Unternehmensverkehr, Globalisierung und Outsourcing sowie dem Einsatz von Telekommunikationsmitteln ist eine effektive und einheitliche Regelung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen unentbehrlich, da infolge einer Zunahme von Praktiken, wie Wirtschaftsspionage und Verletzungen von Geheimhaltungspflichten, welche eine rechtswidrige Aneignung von Geschäftsgeheimnissen bezwecken, eine verstärkte Gefährdungslage für die Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen besteht.¹

Insbesondere deshalb soll dieser Beitrag die Frage beantworten, ob die Richtlinie (EU) 2016/943² (Geheimnisschutzrichtlinie) europarechtskonform in das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen³ (GeschGehG) umgesetzt worden ist (zur Historie I.). Der Schwerpunkt liegt hierbei auf dem Schutzbereich (II.) und vornehmlich auf der Frage, wie das Merkmal des kommerziellen Wertes zu verstehen ist, ob jegliche Geheimnisse eines Unternehmens geschützt sind und inwiefern sich der Geheimnisschutz durch die geforderten angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen für Geheimnissinhaber verändert. Betrachtet wird ebenfalls, ob der deutsche Gesetzgeber befugt ist, ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung zu fördern.

Spätestens seit Snowdens Enthüllungen genießt die Aufdeckung von unethischen oder illegalen Verhaltensweisen gesteigerte Aufmerksamkeit in der Bevölkerung und Rechtswissenschaft.⁴ Für den Hinweisgeberschutz ergeben sich durch das GeschGehG Neuerungen. Hinsichtlich des umfassenden Schutzbereiches des GeschGehG wird betrachtet, ob und wann eine unternehmensexterne Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zulässig ist (III.). Hierzu wird beantwortet, ob die bisherige Rechtsprechung zum sog. Eskalationsmodell weiterhin angewandt werden muss und wie sich das Verhältnis zur allgemeinen arbeitsvertraglichen Verschwiegenheitspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, sowohl aus dem laufenden als auch dem beendeten Arbeitsverhältnis, darstellt. Eine abschließende Bewertung (IV.) vervollständigt den Beitrag.

* Die Verf. ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Potsdam. Sie dankt Prof. Dr. Björn Steinrötter für wertvolle Anmerkungen.

¹ Erwägungsgrund 4 der Geheimnisschutzrichtlinie; Alexander, WRP 2017, 1034 (1035); McGuire, in: Büscher, Kommentar zum Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, 2019, Vor §§ 17–19 UWG Rn. 54.

² RL 2016/943/EU v. 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung = ABl. EU 2016 Nr. L 157, S. 1.

³ BGBl. I 2019, S. 466.

⁴ Gerdemann, RdA 2019, 16 (16).

I. Entwicklung des GeschGehG

Das GeschGehG, welches am 26.4.2019 in Kraft getreten ist, setzt die Geheimnisschutzrichtlinie vom 8.6.2016 um. Die Reformierung des Geheimnisschutzes beruht auf dem Gedanken, dass eine EU-weit homogene Ausgestaltung des Geschäftsgeheimnisschutzes die Zusammenarbeit von Unternehmen auf dem Binnenmarkt stärkt und effektiver Schutz nur durch ein gleiches Schutzniveau der Mitgliedstaaten erreicht werden kann.⁵ Vor Einführung des GeschGehG sind Geschäftsgeheimnisse durch die §§ 17–19 UWG a.F. geschützt gewesen, welche veraltet sowie lückenhaft waren und dementsprechend keinen effektiven Geheimnisschutz gewährleisteten.⁶ Die Notwendigkeit zur Aktualisierung der §§ 17–19 UWG a.F. lässt sich bereits daran verdeutlichen, dass gem. § 17 Abs. 1 UWG a.F. lediglich Geheimnisverrat von Beschäftigten während des Beschäftigungszeitraumes erfasst wurde.⁷ Der BGH legte § 17 Abs. 1 UWG a.F. dahingehend aus, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwar in der Verwertung grundsätzlich frei sein sollte, aber gleichzeitig die Verwertung von seinerzeit befugt angefertigten Unterlagen durch § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. als „sonst unbefugte“ Verschaffung nicht gestattet war.⁸ Auch hat der EGMR bestätigt, dass hinsichtlich des Whistleblowings unter gewissen Umständen ein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen im Sinne der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 10 EMRK vorliegen kann.⁹ § 17 Abs. 1 UWG a.F. enthielt jedoch keinen Anhaltspunkt für eine derartige Zulässigkeit, sodass der Whistleblower den Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG a.F. stets erfüllt hat.¹⁰ Auch hier zeigt sich der Reformbedarf. Die bisherigen Grundsätze der deutschen Rechtsprechung können nur bedingt auf die neue Rechtslage übertragen werden, da eine Angleichung des Unionsrecht erfolgen soll.¹¹ Ähnlich wie bereits durch das UrhG und PatG geschehen, stellt das GeschGehG ein eigenes Stammgesetz dar.¹²

⁵ Alexander, WRP 2017, 1034 (1035); McGuire (Fn. 1), Vor §§ 17–19 Rn. 54; Stier/Hasselblatt, in: Götting/Nordemann, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. 2016, Vor §§ 17–19 Rn. 12.

⁶ Alexander, WRP 2017, 1034 (1034); Ohly, GRUR 2019, 441 (441).

⁷ BGH GRUR 1963, 367 (370); Ohly, GRUR 2014, 1 (5).

⁸ Ohly, GRUR 2014, 1 (5).

⁹ EGMR NJW 2011, 3501 (3501); Ohly, GRUR 2014, 1 (6).

¹⁰ Ohly, GRUR 2014, 1 (7).

¹¹ BGH GRUR 2012, 1048 (1049); Alexander, WRP 2019, 673 (674).

¹² Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67).

1. RL (EU) 2016/943 (Geheimnisschutzrichtlinie)

Dem Unionsgesetzgeber zufolge sollen Unternehmer von ihrer schöpferischen Tätigkeit durch den Schutz von Investitionen, Innovationen und geistigem Eigentum wirtschaftlich profitieren.¹³ Die Geheimnisschutzrichtlinie enthält gem. Erwägungsgrund 10 ein verbindliches Mindestmaß an Schutz, über welches gem. Art. 1 Abs. 1 und 2 Geheimnisschutzrichtlinie hinausgegangen werden kann.¹⁴ Der Harmonisierungsgrad entspricht jedoch nicht einer typischen Mindestharmonisierung, da die Umsetzungsfreiheit der Mitgliedstaaten durch die Bedingung der Einhaltung der in Art. 1 Abs. 1 und 2 Geheimnisschutzrichtlinie genannten Artikel etwas beschränkt wird.¹⁵ Der Harmonisierungsgrad entspricht einer gezielten Harmonisierung.¹⁶ Uneinigkeit herrscht darüber, ob bezüglich der ausdrücklich genannten Vorschriften eine Erhöhung des Schutzniveaus durch die Mitgliedstaaten zulässig ist. Einerseits soll beispielsweise bezüglich der Art. 3 und 5 der Geheimnisschutzrichtlinie kein weitergehender Schutz zulässig sein, da diese ihrem Regelungszweck nach einen angemessenen Interessenausgleich der Beteiligten bezwecken und damit nicht einseitig verschärft werden dürften.¹⁷ Andererseits kann die Bedingung der gezielten Harmonisierung die Mitgliedstaaten nicht an einem weitergehenden Schutz hindern, sofern die ausdrücklich festgelegten Regelungen zum angemessenen Interessenausgleich der Parteien gewahrt werden.¹⁸ Die genannten Vorschriften statuieren insofern die Mindestgrenze des Geheimnisschutzes.¹⁹ Eine Erweiterung des Schutzes ist somit auch bezüglich der ausdrücklich in Art. 1 Abs. 1 und 2 Geheimnisschutzrichtlinie genannten Artikel nicht ausgeschlossen.

2. Rechtliche Einordnung von Geschäftsgeheimnissen

Geschäftsgeheimnisse sind privatrechtliche Rechtspositionen, was sich aus der zivilrechtlichen Konzeption des GeschGehG ergibt und den Ausschluss von Informationen öffentlich-rechtlicher Einrichtungen zur Folge hat.²⁰ Sie ergänzen die Schutzrechte des geistigen Eigentums, verkörpern einen unternehmenseigenen Vermögenswert und besitzen dabei immateriellen Charakter.²¹ Das Geschäftsgeheimnis ist systematisch

zwischen dem Lauterkeitsrecht und dem geistigen Eigentum angesiedelt.²²

II. Schutzbereich = Geschäftsgeheimnis

Bis zur Geheimnisschutzrichtlinie existierte in lediglich zehn Mitgliedstaaten eine uneinheitliche Definition des Geschäftsgeheimnisses.²³ In Deutschland ist eine solche lediglich wettbewerbsrechtlich vorausgesetzt gewesen.²⁴

1. Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis

Nach bisheriger Rechtsprechung ist ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis eine Tatsache, die nicht offenkundig ist, in Beziehung mit einem Betrieb steht und ausweislich eines erkennbaren berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden soll.²⁵ Eine Unterscheidung zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnis in der Praxis ist unüblich, sodass beide gleichermaßen geschützt sind.²⁶

a) Definition aus der Geheimnisschutzrichtlinie

Gem. Art. 2 Abs. 1 Geheimnisschutzrichtlinie liegt ein Geschäftsgeheimnis vor, wenn eine Information in ihrer Gesamtheit oder genauen Anordnung nur dem üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehenden Personenkreis bekannt oder ohne weiteres zugänglich ist (lit. a), die Information aufgrund ihrer Geheimheit einen kommerziellen Wert besitzt (lit. b) und durch angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen der Berechtigten geschützt ist (lit. c).

Es werden ausweislich des Erwägungsgrundes 14 der Geheimnisschutzrichtlinie keine qualitativen Anforderungen an sonstigen Sonderrechtsschutz gestellt und so alle Geschäftsinformationen, wie Formeln, Kunden- und Marketingdaten, aber auch Rezepturen, Strategiepläne und vertragliche Geschäftsbeziehungen mit Dritten, geschützt.²⁷ Auch kleine und mittelständische Unternehmen sollen so von der Richtlinie profitieren.²⁸

b) Zulässigkeit von Abweichungen

Die Mitgliedstaaten können weitergehende Voraussetzungen für die nicht in Art. 1 Abs. 1 Geheimnisschutzrichtlinie genannten Artikel bestimmen, sofern die gezielte Harmonisierung und ein hohes Schutzniveau gem. Art. 114 Abs. 3 AEUV gewährleistet ist.²⁹ Da die Begriffsbestimmungen des Art. 2

¹³ Alexander, WRP 2017, 1034 (1035).

¹⁴ Namysłowska, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2020, Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 5.

¹⁵ Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 5.

¹⁶ Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 5.

¹⁷ Alexander, WRP 2017, 1034 (1036).

¹⁸ Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 6.

¹⁹ Kalbufs, GRUR 2016, 1009 (1010); Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 1 Rn. 6.

²⁰ Hiéramente, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GeschGehG, 2. Ed., Stand: 15.12.2019, § 1 Rn. 6; Alexander, in: Beck'scher Kurz-Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 38. Aufl. 2020, GeschGehG § 1 Rn. 11.

²¹ Alexander, WRP 2017, 1034 (1036); ders. (Fn. 20), GeschGehG § 1 Rn. 12 f.

²² Ohly, GRUR 2019, 441 (445); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 1 Rn. 15.

²³ Stier/Hasselblatt (Fn. 5), Vor §§ 17–19 Rn. 11.

²⁴ Bauschke, öAT 2019, 133 (134).

²⁵ RGZ 149, 329 (332 f.).

²⁶ Kalbufs, GRUR 2016, 1009 (1010); Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175 (1176).

²⁷ Alexander, WRP 2017, 1034 (1037 f.); Namysłowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 2 Rn. 6.

²⁸ Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175 (1176); Maaßen, GRUR 2019, 352 (354).

²⁹ Schröder, in: Streinz, Beck'scher Kurz-Kommentar zum EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 114 Rn. 49 ff.; zur Harmonisierung: I. 1.

Geheimnisschutzrichtlinie nicht ausdrücklich genannt sind, ist der deutsche Gesetzgeber zu abweichenden Definitionen befugt.

c) Definition aus § 2 Nr. 1 GeschGehG

Ein Geschäftsgeheimnis i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG ist eine Information, die weder insgesamt noch in ihrer genauen Anordnung bekannt und daher von wirtschaftlichem Wert ist (lit. a), Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen ist (lit. b) und an der ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht (lit. c).

Die Tatbestandsvoraussetzungen müssen objektiv und kumulativ vorliegen.³⁰ Die Definition umfasst jede Art von vertraulichen und unternehmensbezogenen Informationen, enthält keine Kategorien und ist offen für Entwicklung durch technischen Fortschritt oder sich verändernde Marktverhältnisse, sodass der Begriff weit auszulegen ist.³¹ Geschützt sind Informationen über Tatsachen und nicht die Tatsachen selbst.³² Der Schutz des GeschGehG ist unabhängig davon, ob das Geheimnis verkörpert ist.³³ Der Richtlinien text ist nicht unverändert in das GeschGehG übertragen worden. § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG enthält die Bestandteile von Art. 2 Nr. 1 lit. a und b Geheimnisschutzrichtlinie kumuliert und der kommerzielle Wert ist durch wirtschaftlichen Wert ersetzt worden. Darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber das Merkmal des berechtigten Interesses an der Geheimhaltung in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG eingeführt. Im Folgenden werden die einzelnen Definitionsmerkmale näher betrachtet.

aa) Fehlende Bekanntheit

Das Merkmal der mangelnden Bekanntheit entspricht weitestgehend der bisherigen Rechtsprechung zu § 17 UWG a.F.³⁴ Geheim ist eine Tatsache, die weder in ihrer Gesamtheit noch in der Anordnung ihrer Bestandteile bekannt und lediglich einem begrenzten Personenkreis zugänglich ist, wobei der Berechtigte die Kontrolle über diesen Kreis besitzen muss.³⁵ Ein begrenzter Personenkreis lag nach alter Rechtsprechung aufgrund der arbeitsvertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtung schon bei Mitarbeitern eines Unternehmens vor, woran weiterhin festgehalten werden kann.³⁶ Geheimnisqualität besitzt die Information, wenn ihre Erschließung einen erheblichen Zeit- oder Kostenaufwand fordert und sie dementsprechend nicht ohne größere Schwierigkeiten zur Kenntnis ge-

nommen werden kann.³⁷ Bei berechtigter Publikation des Geschäftsgeheimnisses beispielsweise im Internet oder einer Fachzeitschrift entfällt der Geheimnisschutz regelmäßig aufgrund der Breitenwirkung der Medien.³⁸ Die Gesetzesfassung ist insoweit überwiegend mit der Definition des Art. 2 Nr. 1 lit. a Geheimnisschutzrichtlinie identisch.³⁹ Es liegt lediglich eine sprachliche Abweichung ohne inhaltliche Veränderungen vor, denn „Insgesamt“ des § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG bezieht sich auf die Information „in ihrer Gesamtheit“.⁴⁰ Die zur Geheimnisschutzrichtlinie etablierten Grundsätze sind insoweit auf das GeschGehG anwendbar.

bb) „kommerzieller Wert, weil sie geheim sind“

Die Informationen müssen kommerziellen Wert aufweisen, der auf ihrer Geheimheit beruht, Art. 2 Nr. 1 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie. Abweichend zum bisherigen Geheimnisschutz ist nun ein wirtschaftlicher Wert statt einer Geheimhaltungsbedürftigkeit gefordert, die aus Sicht eines objektiven und verständigen Betrachters zu beurteilen ist.⁴¹ Aus dem Regelungskonzept der Geheimnisschutzrichtlinie ergibt sich, dass der Unternehmensbezug nun großzügig gestaltet und bereits zu bejahen ist, wenn die Informationen in Zusammenhang mit zumindest künftiger Unternehmertätigkeit stehen.⁴² Nun können auch Forschungseinrichtungen umfasst sein, was eine bisherige Lücke schließt.⁴³ Unklar ist, ob auch solche Informationen geschützt sind, die zwar keinen kommerziellen Wert vermitteln, deren Bekanntwerden aber wirtschaftlichen Schaden verursachen könnte.⁴⁴ I.R.d. § 17 UWG a.F. ist dies bislang bejaht worden.⁴⁵ Fraglich ist folglich, ob nun engere Anforderungen gelten, als bisher nach § 17 UWG a.F.

Gegen eine Einbeziehung spricht, dass das Bekanntwerden von schädigenden Informationen keinen realen oder potentiellen Handlungswert im Sinne des Erwägungsgrundes 14 der Geheimnisschutzrichtlinie darstellt.⁴⁶ Sofern es sich lediglich um rein negative Wirkungen handelt, liegt hiernach kein kommerzieller Wert vor, sondern ein negatives Interesse in Höhe des entsprechenden Imageschadens.⁴⁷ Andererseits enthält Erwägungsgrund 14 ebenfalls den Ansatz, dass die Offenlegung einer Information die wirtschaftlichen Interessen durch die Verminderung der Wettbewerbsfähigkeit schädigt.⁴⁸

³⁰ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 21 ff.

³¹ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 24.

³² Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1010).

³³ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 3.

³⁴ BGH GRUR 1955, 424 (424); Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683).

³⁵ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 8 f.; Stier/Hasselblatt (Fn. 5), § 17 Rn. 13.

³⁶ BGH GRUR 2012, 1048 (1049) Rn. 31; Stier/Hasselblatt (Fn. 5), § 17 Rn. 13; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 34.

³⁷ BGH GRUR 2012, 1048 (1049) Rn. 21); Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683); Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1011); Stier/Hasselblatt (Fn. 5), § 17 Rn. 14.

³⁸ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 11 f.

³⁹ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 7 ff.

⁴⁰ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 32.

⁴¹ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 14; Alexander (Fn. 20), § 2 GeschGehG Rn. 39.

⁴² Alexander (Fn. 20), § 2 GeschGehG Rn. 83.

⁴³ McGuire (Fn. 1), GeschGehG § 2 Rn. 37; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 86.

⁴⁴ Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1011).

⁴⁵ BGH GRUR 2006, 1044 (1046).

⁴⁶ Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1011); Goldhammer, NVwZ 2017, 1809 (1812).

⁴⁷ Goldhammer, NVwZ 2017, 1809 (1812).

⁴⁸ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 15.

Hier ist beispielsweise an die Offenlegung von unethischen Fertigungsarten oder die Verwendung von negativ behafteten Zutaten zu denken. Ein kommerzieller Wert liegt auch dann vor, wenn die Geheimhaltung der Information von wirtschaftlichem Interesse für das Unternehmen ist, oder sogar erst werden kann.⁴⁹ Es wird auf die negativen Folgen für die Bestimmung des kommerziellen Wertes abgestellt, sodass es nicht zwangsläufig eines positiven Wertes bedarf.⁵⁰ Auch unternehmensstrategische Interessen und wettbewerbliche Vorsprünge sind schützenswert, sofern sich der kommerzielle Wert zumindest potentiell realisieren lässt.⁵¹

Unter Berücksichtigung des Zweckes der Geheimnischutzrichtlinie und dem Gedanken des effektiven Rechtsschutzes ist das Merkmal des kommerziellen Wertes dahingehend auszulegen, dass auch potentiell schädigende Informationen einen Handelswert enthalten, solange die Geheimhaltung der Information eine wirtschaftliche und messbare Schädigung verhindert. Schädigende Informationen sind somit weiterhin geschützt.

Die Formulierung des Art. 2 Nr. 1 lit. b Geheimnischutzrichtlinie fordert, dass sich der kommerzielle Wert aus der Geheimhaltung ergibt. Ein solches Kriterium ist in Deutschland bisher nicht erforderlich gewesen, sodass die Richtlinie enger scheint.⁵² Problematisch ist insofern die Existenz von Informationen, die unabhängig von ihrer Geheimhaltung einen kommerziellen Wert enthalten, wie dies bei Kundendaten der Fall ist.⁵³ Da anderenfalls diese Informationen aus dem Schutzbereich fallen, ist ein potentieller Wertzuwachs durch die Geheimhaltung ausreichend.⁵⁴

Der „kommerzielle Wert“ aus Art. 2 Nr. 1 lit. b Geheimnischutzrichtlinie findet sich zusammengefasst ebenfalls in § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG. Zudem fordert das GeschGehG statt eines kommerziellen einen wirtschaftlichen Wert. Der wirtschaftliche Wert weicht sprachlich ab, meint im Ergebnis jedoch dasselbe wie der kommerzielle Wert.⁵⁵ Auch durch die Integration des „wirtschaftlichen Wertes“ in § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG ist keine Änderung im Anwendungsbereich ersichtlich.

Festzuhalten bleibt somit, dass die Grundsätze aus Art. 2 Nr. 1 lit. a und b Geheimnischutzrichtlinie in deutsches Recht übertragen worden sind. Demzufolge sind die Überlegungen auf § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG anwendbar.

⁴⁹ *Heinzke*, CCZ 2016, 179 (182); *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1038); *Hiéramente* (Fn. 20), § 2 Rn. 15.

⁵⁰ So *Hiéramente* in seiner Stellungnahme als Sachverständiger, S. 3, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/583660/0c6b9984d421f770e23ff9ab89c9676b/hi/C3%A9ramente-data.pdf> (25.1.2021).

⁵¹ *McGuire* (Fn. 1), GeschGehG § 2 Rn. 38; *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 45.

⁵² *Lejeune*, CR 2016, 330 (332).

⁵³ *Hiéramente* (Fn. 20), § 2 Rn. 17.

⁵⁴ *Hiéramente* (Fn. 20), § 2 Rn. 17; *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 47.

⁵⁵ *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175 (1177); *Hiéramente* (Fn. 20), § 2 Rn. 13 f.

cc) Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen

Eine Veränderung der Rechtslage ist auch für das dritte Merkmal des Geschäftsgeheimnisses zu erwarten, denn bisher ist ein zu manifestierender subjektiver Geheimhaltungswille erforderlich gewesen, der objektiv ein Geheimhaltungsinteresse begründet.⁵⁶ Nun fordert Art. 2 Nr. 1 lit. c Geheimnischutzrichtlinie den Umständen entsprechende Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Information besitzt. Ein Geheimhaltungswille wurde stets für alle nicht offenkundigen betriebsinternen Informationen vermutet, sodass eine Beweislastumkehr zulasten des Geheimnisinhabers eintritt.⁵⁷ Die Anforderungen sind bisher nicht streng gewesen, denn die Vermutung bestand auch, sofern eine Offenbarung der Informationen unüblich war.⁵⁸ Die begrifflichen Veränderungen der Geheimnischutzrichtlinie haben jedoch zur Folge, dass die vorstehenden Überlegungen nicht unverändert anwendbar sind.

Die Geheimhaltungsmaßnahme ist ein rein objektives Kriterium und verdeutlicht, dass der Geheimnischutz im Ergebnis ein Zugangsschutz ist.⁵⁹ Die Richtlinie stellt engere Voraussetzungen auf als die deutsche Rechtsprechung.⁶⁰ Ob ein Geheimnis geschützt ist, liegt auch in der Verantwortung des Unternehmers, denn der Berechtigte muss gem. Art. 2 Abs. 1 lit. c Geheimnischutzrichtlinie durch tatsächliche Handlungen dafür sorgen, dass die Information auch geheim bleibt.⁶¹ Insofern verändert sich die Stellung des Geheimnisinhabers zum Nachteil, denn die pauschale Vermutung des Geheimhaltungswillens entfällt. Das Merkmal „Maßnahme“ drückt aus, dass Schutzvorkehrungen tatsächlich getroffen werden müssen und hat dementsprechend Warnfunktion.⁶² Was angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen sind, lässt sich der Geheimnischutzrichtlinie nicht entnehmen, für die Beurteilung enthält die Begründung zumindest sieben Indikatoren.⁶³ Jedenfalls ist hinsichtlich der Gewährung eines uneingeschränkten Geheimnissschutzes durch Innovationsschutz und Wettbewerbsförderung nicht davon auszugehen, dass ein Unternehmen stets die bestmöglichen Maßnahmen ergreifen muss, sodass auch bei Überwindbarkeit der Sicherungsmaßnahmen angemessener Geheimnissschutz vorliegen kann.⁶⁴ In Betracht kommen Maßnahmen, wie beispielsweise räumliche oder technische Beschränkungen des Zugangs und arbeits-

⁵⁶ *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 681 (683); *Stier/Hasselblatt* (Fn. 5), § 17 Rn. 19 ff.; *Lejeune*, CR 2016, 330 (332).

⁵⁷ *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 681 (683).

⁵⁸ *Stier/Hasselblatt* (Fn. 5), § 17 Rn. 19.

⁵⁹ *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1033); *McGuire* (Fn. 1), GeschGehG § 2 Rn. 43.

⁶⁰ *Lejeune*, CR 2016, 330 (333).

⁶¹ *Redeker/Pres/Gittinger*, WRP 2015, 681 (683); *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1039).

⁶² *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175 (1177); *Partsch/Rump*, NJW 2020, 118 (120).

⁶³ BT-Drs. 19/4724, S. 24 f.

⁶⁴ *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1039); *Burghardt-Richter/Bode*, BB 2019, 2697 (2698); *Thiel*, WRP 2019, 700 (701).

vertragliche Verschwiegenheitsverpflichtungen.⁶⁵ Der Inhaber ist verpflichtet, die Einhaltung der Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung des technischen Fortschrittes zu überprüfen und dauerhaft zu sichern.⁶⁶ Insbesondere der kommerzielle Wert des Geheimnisses und die konkrete Risikolage sind neben Art und Bedeutung zu berücksichtigen, wobei die Angemessenheit jedoch stets nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist.⁶⁷ Dieses Kriterium ist für gerichtliche Entscheidungen abwägungsrelevant, Art.11 Abs. 2 lit. b, 13 Abs. 1 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie.⁶⁸ Die Maßnahme muss durch den rechtmäßigen Inhaber veranlasst werden, wobei die Ausführung durch Dritte möglich ist.⁶⁹

Die Anforderungen der Geheimnisschutzrichtlinie hinsichtlich der angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen sind nicht zwingend zu übernehmen gewesen, da in Deutschland durch den Geheimhaltungswillen bisher ein weitreichenderer Schutz gewährleistet wurde.⁷⁰ Der Gesetzgeber hat sich für die Übernahme dieses Definitionsmerkmals in § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG entschieden und dementsprechend auch dazu, den Schutzbereich einzuengen. Dadurch, dass § 2 Nr. 1 lit. a GeschGehG zwei Tatbestandsmerkmale der Definition der Geheimnisschutzrichtlinie zusammenfasst, befindet sich das Merkmal „angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ im GeschGehG an zweiter, statt an dritter Position. Die zur Art. 2 Nr. 1 lit. c Geheimnisschutzrichtlinie entwickelten Grundsätze sind aufgrund der Übernahme auf § 2 Nr. 1 lit. b GeschGehG anwendbar.

dd) Berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung

Neu ist das Tatbestandsmerkmal in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG, denn das „berechtigtes Interesse“ findet sich nicht in der Begriffsbestimmung des Art. 2 Nr. 1 Geheimnisschutzrichtlinie. Das Merkmal wurde einerseits in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 17 UWG a.F. eingeführt, nach der der Inhaber ein Geheimhaltungsinteresse nachweisen muss und andererseits, um dem Umstand gerecht zu werden, dass Erwägungsgrund 14 der Geheimnisschutzrichtlinie ein „legitimes Interesse“ an der Geheimhaltung fordert.⁷¹ Auch soll so der investigative Journalismus geschützt werden.⁷² Das legitime Interesse dient in erster Linie einem Ausschluss von reinen Bagatellfällen, ermöglicht den Gerichten eine Willkürkontrolle und ist als solches dem Geheimnisbegriff immanent.⁷³ Zudem wären Informationen über Rechtsverstöße

nicht von dem Schutzbereich erfasst, da die Rechtsordnung widerspruchsfrei sein muss.⁷⁴

Zweifelhaft ist die Vereinbarkeit des § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG mit der Geheimnisschutzrichtlinie, da der Schutzbereich durch die Mitgliedstaaten nicht eingengt werden darf.⁷⁵ Eine Abweichung erschwert die unionsweite Harmonisierung des Geheimnisschutzes.⁷⁶

Für eine Richtlinienkonformität wird angeführt, dass sich das berechnete Interesse aus Erwägungsgrund 14 der Geheimnisschutzrichtlinie entnehmen lässt und mit den europarechtlichen Vorgaben in Einklang steht.⁷⁷ Hiergegen lässt sich einwenden, dass die Erwägungsgründe zwar bei der Auslegung zu berücksichtigen sind, aber nicht selbst als Norm übernommen werden sollen.⁷⁸ Das berechnete Interesse wird bereits dadurch sichergestellt, dass lediglich kommerzielle Interessen von dem Geheimnisbegriff umfasst sind und § 5 GeschGehG Ausnahmetatbestände im Rahmen des öffentlichen Interesses regelt, wie beispielsweise die freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit.⁷⁹ Schon die systematische Überlegung durch die Schaffung der Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG bestätigt, dass der Schutzbereich nicht bereits auf der Tatbestandsseite beschränkt werden soll.⁸⁰ Vielmehr sollen die gegenläufigen Interessen erst durch § 5 GeschGehG ausgeglichen werden. Das Argument der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung in Bezug auf rechtswidrige Geheimnisse lässt sich damit entkräften, dass im deutschen Straf- und Strafprozessrecht zwar in Einzelfällen exemplarisch durch § 43 Abs. 1 GWG Meldepflichten entstehen können, gleichzeitig aber beispielsweise § 203 StGB die Geheimhaltung von Geheimnissen sogar fordert und somit keine zwingenden Offenbarungspflichten bestehen.⁸¹ Auf Unternehmensseite liegt grundsätzlich ein schützenswertes Interesse an einer geregelten Untersuchung von rechtswidrigen oder unethischen unternehmensinternen Vorgängen vor, sodass eine Offenbarung von solchen Informationen bis zum Abschluss derartiger Untersuchungen nicht geboten ist.⁸² Bei vorwerfbarer Vernachlässigung von Aufsichtspflichten begründen die drohenden Geldbußen gem. §§ 30, 130 OWiG gegen das Unternehmen selbst und die Unternehmensführung regelmäßig ohnehin ein zu berücksichtigendes Interesse an der Geheimhaltung.⁸³ Der deutsche Definitionszusatz ist somit zumindest überflüssig, wenn nicht sogar richtlinienwidrig.⁸⁴ Zudem dürfen Vorschriften zur Umsetzung des

⁶⁵ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (684); Alexander, WRP 2017, 1034 (1039).

⁶⁶ Alexander, WRP 2017, 1034 (1039); McGuire (Fn. 1), Vor §§ 17–19 Rn. 106.

⁶⁷ Alexander, WRP 2017, 1034 (1039).

⁶⁸ Alexander, WRP 2017, 1034 (1039).

⁶⁹ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 72.

⁷⁰ Lejeune, CR 2016, 330 (333).

⁷¹ BGH GRUR 2009, 603 (604); Hauck, GRUR-Prax 2019, 223 (224); Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (334).

⁷² Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1776); Ohly, GRUR 2019, 441 (444).

⁷³ Hauck, GRUR-Prax 2019, 223 (224); Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 71.

⁷⁴ Hauck, GRUR-Prax 2019, 223 (224).

⁷⁵ Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 77.

⁷⁶ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 70.

⁷⁷ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 69 f.

⁷⁸ Preis/Siewerth, RdA 2019, 351 (354).

⁷⁹ Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Preis/Siewerth, RdA 2019, 351 (355).

⁸⁰ Preis/Siewerth, RdA 2019, 351 (354).

⁸¹ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 74 f.

⁸² Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 76.

⁸³ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 75.

⁸⁴ Ohly, GRUR 2019, 441 (444).

Unionsrecht nicht nach bisherigen nationalen Maßstäben ausgelegt werden.⁸⁵

§ 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG engt den Schutzbereich unzulässig ein und ist richtlinienkonform großzügig auszulegen, sodass ein berechtigtes Interesse bei jeglichem wirtschaftlichen Interesse an der Geheimhaltung vermutet wird, sofern die übrigen Definitionsmerkmale erfüllt sind.⁸⁶ Uneinigkeit herrscht darüber, ob die Vermutung unwiderleglich⁸⁷ ist oder bei dem Fehlen von nachvollziehbaren, plausiblen und wirtschaftlichen Gründen widerlegt werden kann.⁸⁸ Die plausiblen Gründe für eine Widerlegbarkeit des berechtigten Interesses könnten beispielhaft bei gravierenden rechtswidrigen Handlungen oder bei Missachtung der Wahrung der Medienpluralität vorliegen. Jedoch sind solche Gründe in dem Ausnahmetatbestand der Zulässigkeit der Offenlegung gem. § 5 GeschGehG enthalten. Eine Einschränkung des Schutzbereiches soll gerade nicht schon auf Tatbestandsseite, sondern erst auf der nachgelagerten Stufe durch § 5 GeschGehG, stattfinden. So ist eine klare Trennung zu dem Ausnahmetatbestand gewährleistet. Die Zulässigkeit einer Widerlegungsmöglichkeit würde dazu führen, dass das Definitionsmerkmal dennoch auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen ist und damit in Widerspruch zu der richtlinienkonformen Auslegung steht. Ebenso wie dogmatische Sauberkeit spricht auch insbesondere das Ziel des GeschGehG zur Verbesserung des Geheimnisschutzes dafür, eine unwiderlegliche Vermutung anzunehmen.⁸⁹ Somit ist das berechtigte Interesse an der Geheimhaltung i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG auf der Tatbestandsseite zugunsten des Geheimnisinhabers unwiderleglich zu vermuten.

d) Bewertung

Weitestgehend entspricht die Umsetzung des Geschäftsgeheimnisses im GeschGehG der bisherigen Rechtsprechung und Auffassung im deutschen Rechtsraum. Auch werden die Vorgaben der Geheimnisschutzrichtlinie im Hinblick auf den Schutzbereich überwiegend übernommen, um so einen EU-weit homogenen Geheimnisschutz zu gewährleisten. Abweichungen aus der Geheimnisschutzrichtlinie zu § 2 Nr. 1 lit. a und b GeschGehG sind sprachlicher und systematischer Natur. Die Zusammenfassung von mangelnder Offenkundigkeit und wirtschaftlichem Wert bringt keine Veränderung des Anwendungsbereiches mit sich. Die Begriffsbestimmung des Geschäftsgeheimnisses ist in den Merkmalen des § 2 Nr. 1 lit. a und b GeschGehG richtlinienkonform in deutsches Recht übernommen worden. Die Geheimnisinhaber müssen nun aktiv die Geheimhaltung der Geheimnisse sicherstellen und dies auch überprüfen, sodass die Anforderungen an den Geheimnisschutz gestiegen sind.⁹⁰ Obwohl dieses Kriterium

nicht zwingend in deutsches Recht umzusetzen gewesen ist, da durch den subjektiven Geheimhaltungswillen ein weiterer Schutz gegeben war, hat sich der Gesetzgeber für eine Übernahme und dementsprechend für eine Einengung entschieden. Die Unbestimmtheit der „angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“ birgt auch Gefahr hinsichtlich einer grenzenlosen Auslegungsweise und bedeutet für Geheimnisinhaber deutliche Rechtsunsicherheit.⁹¹ Soweit eine Geheimhaltungsmaßnahme nicht angemessen ist, verliert der Geheimnisinhaber den Schutz. So müssen die Berechtigten tätig werden, ohne dass feste Kriterien statuiert sind, damit das entsprechende Geheimnis auch schützenswert bleibt. Einerseits könnte dies in der Praxis zu erheblichen Problemen und Unstimmigkeiten führen. Andererseits bringen angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen den tatsächlichen mit dem rechtlichen Schutz in Ausgleich.⁹² Darüber hinaus ist es aufgrund der Vielzahl von möglichen Bedrohungen nicht möglich, einen abschließenden Maßnahmenkatalog zu gestalten, sodass diese Aufgabe durch Abwägung an die Gerichte übertragen werden musste.⁹³ Für Geheimnisinhaber besteht durch die Gewährleistung von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen jedoch auch die Möglichkeit, Informationen, wie Algorithmen und Quellcodes, als Geheimnisse zu schützen, die nach den bisherigen Schutzrechten nicht ausreichend geschützt werden konnten.⁹⁴

Möglicherweise ist das berechtigte Interesse ein Versuch des deutschen Gesetzgebers, an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten.⁹⁵ Jedoch ist der Geheimnisschutzrichtlinie eine solche Einengung nicht zu entnehmen, sodass der durch die Mindestharmonisierung zu garantierende Schutz nicht gegeben wäre. Insoweit liegt durch den deutschen Gesetzgeber keine EU-rechtskonforme Umsetzung vor, zumal das berechtigte Interesse in den übrigen Definitionsmerkmalen des § 2 Nr. 1 GeschGehG bereits enthalten ist. Demzufolge tritt unwiderlegliche Vermutungswirkung ein, sofern die übrigen Geheimnisvoraussetzungen erfüllt sind. Hierdurch werden die gesteigerten Anforderungen an die faktischen Geheimhaltungsmaßnahmen in einen angemessenen Ausgleich gebracht.

2. Erfasste Geheimnisse

a) Schutz von illegalen Informationen

Fraglich ist, inwieweit rechtswidrige Praktiken, beispielsweise Kartellverstöße, Steuerhinterziehung und Bestechung, als Geschäftsgeheimnis schutzfähig sind.⁹⁶ Grundsätzlich sind jegliche Informationen als Geschäftsgeheimnis geschützt, sofern sie unter die Legaldefinition des § 2 Nr. 1 GeschGehG

⁸⁵ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 76.

⁸⁶ Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 77.

⁸⁷ Ohly, GRUR 2019, 441 (445).

⁸⁸ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 77.

⁸⁹ Gärtner/Oppermann, BB 35/2019, „Die Erste Seite“/Umschlagsteil I.

⁹⁰ Burghardt-Richter/Bode, BB 2019, 2697 (2698).

⁹¹ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (684); Thiel, WRP 2019, 700 (701).

⁹² Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 50.

⁹³ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 52.

⁹⁴ Thiel, WRP 2019, 700 (702).

⁹⁵ BGH GRUR 1961, 40 (43).

⁹⁶ Rengier, in: Fezer/Büscher/Obergfell, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn. 20.

fallen. Teilweise wird jedoch angeführt, dass auch die dem Geschäftsgeheimnis zugrundeliegende Information nicht von der Rechtsordnung missbilligt werden darf, sodass ein von der Rechtsordnung geschütztes Interesse fehlt, wenn die Information einen rechtswidrigen Umstand betrifft.⁹⁷ Da das Vorliegen des berechtigten Interesses an der Geheimhaltung gem. § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG vermutet wird, ist lediglich zweifelhaft, ob rechtswidrige Geheimnisse kommerziellen Wert haben.

Möglicherweise steht Erwägungsgrund 14 der Geheimnisschutzrichtlinie illegalen Geheimnissen gerade keinen Handelswert zu.⁹⁸ Wie dargelegt, kann ein Handelswert auch darin bestehen, dass die Veröffentlichung einer Information bei Bekanntwerden auch wirtschaftlichen Schaden anrichten kann.⁹⁹ Die Systematik der Schrankenregelung von § 5 Nr. 2 GeschGehG sagt aus, dass auch illegale Informationen ein Geschäftsgeheimnis darstellen, da anderenfalls die explizite Ausnahmeregelung überflüssig wäre.¹⁰⁰ Andererseits schützt § 5 Nr. 2 GeschGehG den Hinweisgeber und dient nicht der Bestimmung des Schutzbereiches.¹⁰¹ Gem. des Erwägungsgrundes 2 soll sichergestellt werden, dass aus innovativer oder schöpferischer Tätigkeit ein Nutzen gezogen werden kann, was bei rechtswidrigen Geheimnissen nicht immer der Fall ist.¹⁰² Zudem sind illegale Machenschaften nicht im Sinne des öffentlichen Interesses.¹⁰³ Durch die Offenlegung von Missständen können den Unternehmen und dessen Führungskräften unter anderem auch Geldbußen drohen, sodass darin ein nachvollziehbarer Grund für die Geheimhaltung liegt.¹⁰⁴ Auch ist bei den meisten wirtschaftsstrafrechtlichen Fällen eine Trennung zwischen illegalen Informationen und Geschäftsgeheimnissen praktisch nicht möglich, da regelmäßig legale Unternehmensvorgänge mit offenbart werden müssten.¹⁰⁵ Die Entwurfsbegründung enthält keinen ausdrücklichen Ausschluss von rechtswidrigen Informationen.¹⁰⁶ Auch ist, beispielsweise in § 203 StGB, die Geheimhaltung rechtswidriger Informationen zugelassen, sodass sich die Rechtsordnung durch den Schutz illegaler Informationen nicht selbst widerspricht.¹⁰⁷ Dementsprechend sind auch illegale Informationen als Geschäftsgeheimnis zu verstehen, sodass sie vom Schutzbereich des GeschGehG erfasst sind.¹⁰⁸

⁹⁷ Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 78.

⁹⁸ Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (335).

⁹⁹ Zur Begründung: II. 1. c) bb).

¹⁰⁰ Schnabel, CR 2016, 342 (348); Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1776); Ohly, GRUR 2019, 441 (444); Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 73.

¹⁰¹ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 79.

¹⁰² Steinmann, WRP 2019, 703 (709).

¹⁰³ Steinmann, WRP 2019, 703 (709).

¹⁰⁴ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 75.

¹⁰⁵ Hiéramente (Fn. 50), S. 3; Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (117).

¹⁰⁶ Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67).

¹⁰⁷ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 75.

¹⁰⁸ Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (67); Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 73.

Dieses Merkmal wird dadurch korrigiert, dass die Offenlegung durch Whistleblower gem. § 5 Nr. 2 GeschGehG zulässig ist, sofern die Handlung geeignet ist, das öffentliche Interesse zu schützen. Dies dürfte bei rechtswidrigen Geheimnissen regelmäßig zutreffen.

b) Schutz von Privatgeheimnissen

Fraglich ist, ob auch private Geheimnisse vom GeschGehG erfasst sind. Auf den Schutz jeglicher Informationen kann nicht schon deshalb geschlossen werden, weil auch Informationen mit potentiellem Handelswert einen wirtschaftlichen Wert besitzen.¹⁰⁹ Der Schutzzweck und die Erwägungsgründe legen zudem den Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Trade Secrets) nahe.¹¹⁰ Andererseits schließt der Wortlaut die Anwendung auf Privatgeheimnisse nicht ausdrücklich aus, sodass diese dem Schutzbereich unterliegen, sofern jedenfalls Unternehmensbezug gegeben ist.¹¹¹ Dies ist bei Informationen der Fall, die kommerziell vermarktet werden können.¹¹² Eine Einbeziehung steht mit dem Gedanken der Kommerzialisierbarkeit des Persönlichkeitsrechts in Einklang. Ein Anspruch auf Bereicherungsausgleich kann auch aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG entstehen, sofern die Persönlichkeitsbestandteile wirtschaftlich verwertbar sind.¹¹³ Hierin liegt auch ein wirtschaftlicher Wert. Dementsprechend sollten solche Informationen Privater als Geschäftsgeheimnis geschützt sein, die bei Bekanntwerden wirtschaftliche Auswirkungen auf ein Unternehmen haben könnten.¹¹⁴ Beispielhaft sind dies Informationen über Verfehlungen oder unethische Informationen über das Privatleben eines Geschäftsführers, sofern die Person eng mit dem Unternehmen verbunden ist. Rein private, wirtschaftlich nicht verwertbare Informationen sind nicht geschützt.¹¹⁵

c) Bewertung

Die Einbeziehung rechtswidriger Geheimnisse in den Schutzbereich des GeschGehG entspricht im Ergebnis der bisher überwiegend vertretenen Ansicht nach § 17 UWG a.F.¹¹⁶

¹⁰⁹ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683).

¹¹⁰ Redeker/Pres/Gittinger, WRP 2015, 681 (683); McGuire (Fn. 1), GeschGehG § 2 Rn. 36.

¹¹¹ Hiéramente (Fn. 20), § 2 Rn. 16; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 84.

¹¹² Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 84.

¹¹³ BGH GRUR 1981, 846 (846); BGH NJW 2000, 2195 (2195); Gersdorf, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Informations- und Medienrecht, 27. Ed., Stand: 1.8.2019, GG Art. 2 Rn. 10; Teichmann, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 17. Aufl. 2018, § 823 Rn. 83.

¹¹⁴ Ohly, GRUR 2019, 441 (442); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 84.

¹¹⁵ Burghardt-Richter/Bode, BB 2019, 2697 (2698); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 2 Rn. 84.

¹¹⁶ Soppa, Die Strafbarkeit des Whistleblowers, 2018, S. 113; Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (334); Ullrich, NZWiSt 2019, 65 (66); Rengier (Fn. 96), § 17 Rn. 20; Brammsen, in: Mün-

Dies entspricht auch dem allgemeinen Ziel der Geheimnisschutzrichtlinie, den Rechtsschutz von Geschäftsgeheimnissen effektiver und umfangreicher auszugestalten. Die Einbeziehung rechtswidriger Informationen führt zu einer Schwächung des allgemeinen Abschreckungseffektes gegen Geheimnisschutzrichtlinie bekämpft werden sollte, jedoch ist die Veröffentlichung unter den in § 5 Nr. 2 GeschGehG genannten Voraussetzungen zulässig. So werden trotz Ausweitung des Schutzbereiches keine unverwertbaren Ergebnisse herbeigeführt. Zudem ist nicht die rechtswidrige Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses einbezogen, beispielsweise durch Analyse eines Produktes, sondern lediglich das Interesse der Unternehmen an der Geheimhaltung von beispielsweise Missständen oder Steuerhinterziehung. Dementsprechend ist auch der Innovationsschutz gewahrt.

Ähnlich wie illegale Geheimnisse können auch Privatgeheimnisse einen wirtschaftlichen Wert besitzen. Eine Einbeziehung von Privatgeheimnissen entspricht zwar nicht dem Wortlaut des Geschäftsgeheimnisses von § 1 Abs. 1 GeschGehG, dem Sinn und Zweck nach sollten Privatgeheimnisse mit wirtschaftlichem Wert aber in den Schutzbereich einbezogen sein. Um einen uferlosen Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu vermeiden, korrigiert § 5 GeschGehG als Ausnahmetatbestand durch die Zulässigkeit der Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen in Abwägung mit dem öffentlichen Interesse.

III. Externes Whistleblowing

Oftmals stehen Whistleblower bei Aufdeckung von Missständen oder Rechtsverstößen in einem Konflikt mit vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen zur Wahrung vertraulicher Informationen, da die Rechtsordnung die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Aufdeckung von Missständen unter gewissen Umständen anerkennt.¹¹⁷

Der Anknüpfungspunkt des Whistleblowings findet sich in § 5 Nr. 2 GeschGehG, wonach die Offenlegung, Nutzung oder Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses nicht unter das Verbot des § 4 GeschGehG fällt, solange eine rechtswidrige Handlung oder ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten aufgedeckt wird und die Handlung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Somit stellt § 5 Nr. 2 GeschGehG eine Ausnahme von § 4 GeschGehG dar, ohne die sich Hinweisgeber gem. § 23 Abs. 1 Nrn. 1–3, Abs. 2 und 3 GeschGehG strafbar machen könnten.¹¹⁸

Das externe Whistleblowing ist zunächst von dem internen Whistleblowing abzugrenzen. Internes Whistleblowing liegt bei einer Meldung der Missstände gegenüber unternehmensinternen Meldestellen, wie der Compliance-Abteilung

oder dem Geschäftsführer vor, externes Whistleblowing hingegen bei Weitergabe der Informationen an einen Meldeadressaten außerhalb des eigenen Unternehmens, wie eine Aufsichtsbehörde oder die Medien.¹¹⁹

1. Bisher: innerbetriebliche Meldepflicht

Bei öffentlicher Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen durch den Arbeitnehmer ist bisher der Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG a.F. erfüllt gewesen, da auch an der Geheimhaltung von illegalen Informationen ein berechtigtes Interesse bestehen kann.¹²⁰ Die Geheimhaltungsinteressen der Arbeitgeber sind über Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, sowie Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 2 GG geschützt.¹²¹ Das Interesse der Allgemeinheit an der Aufdeckung von Missständen kann jedoch den Schutz des Unternehmensrufes überwiegen, wie es beispielsweise bei der Aufdeckung von Missständen in einer staatlichen Altenpflegeeinrichtung der Fall war.¹²² Aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG leitete das BVerfG in 2001 ein eigenständiges Recht auf Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Zusammenhang mit Whistleblowing gegenüber Behörden ab.¹²³ Nach diesem Recht dürfen keine arbeitsrechtlichen Nachteile drohen, solange die Informationen zumindest nicht leichtfertig fehlerhaft offengelegt werden.¹²⁴ Nach bisheriger Rechtsprechung ist ein Arbeitnehmer bei Zumutbarkeit meist zu einer innerbetrieblichen Meldung der Missstände verpflichtet.¹²⁵ Diese Pflicht stammt aus der Treue- und Loyalitätsverpflichtung aus § 241 Abs. 2 BGB eines jeden Arbeitnehmers, welche unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag folgt, so dass die Meldung an die Öffentlichkeit ultima ratio ist (sog. Eskalationsmodell).¹²⁶ Ausschließlich bei Unzumutbarkeit ist der Arbeitnehmer berechtigt, sich an die Öffentlichkeit zu wenden.¹²⁷ Unzumutbar ist die innerbetriebliche Klärung stets dann, wenn der Arbeitnehmer sich bei Nichtmeldung selbst strafbar machen würde oder eine Abhilfe nicht zu erwarten ist.¹²⁸ Der bisherige Schutz ist stets von einer Einzelfallabwägung abhängig gewesen, sodass für den Hinweisgeber ein schwer erkennbares Sanktionsrisiko bestand.¹²⁹

chener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2020, UWG § 17 Rn. 24.

¹¹⁷ Hauck, WRP 2018, 1032 (1033); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 27 f.

¹¹⁸ Naber/Peukert/Seeger, NZA 2019, 583 (584); Joecks/Miebach, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 3. Aufl. 2019, GeschGehG § 23 Rn. 126.

¹¹⁹ Gerdemann, RdA 2019, 16 (16 f.); Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (332).

¹²⁰ Ohly, GRUR 2014, 1 (6); Zur Begründung siehe unter: II. 2. a).

¹²¹ Schmitt, RdA 2017, 365 (366).

¹²² EGMR RdA 2012, 108 (108); Gerdemann, RdA 2019, 16 (17).

¹²³ BVerfG NZA 2001, 888; Gerdemann, RdA 2019, 16 (17).

¹²⁴ BVerfG NZA 2001, 888 (888); Gerdemann, RdA 2019, 16 (17).

¹²⁵ BAG NJW 2007, 2204 (2204); BAG NZA 2004, 427 (430); Kalbuß, GRUR 2016, 1009 (1015).

¹²⁶ EGMR NJW 2011, 3501 (3501); Eufinger, ZRP 2016, 229 (231); Schmitt, RdA 2017, 365 (366); Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777).

¹²⁷ Eufinger, ZRP 2016, 229 (231).

¹²⁸ Holthausen, NZA 2019, 1377 (1381).

¹²⁹ Eufinger, ZRP 2016, 229 (230).

2. Schutz durch das GeschGehG

Der Whistleblower-Schutz wurde in den Entwürfen zum GeschGehG kontrovers diskutiert und schließlich ein verbesserter, objektiver Schutz beschlossen.¹³⁰ § 5 Nr. 2 GeschGehG ist, abweichend zur Diskussion nicht als Rechtfertigungsgrund, sondern als tatbestandlicher Ausschluss verfasst worden.¹³¹

a) Schutz von illegalen Geheimnissen über das GeschGehG

Illegale Geheimnisse stellen Geschäftsgeheimnisse dar, da schon Art. 5 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie die Mitgliedstaaten anweist, Maßnahmen und Rechtsbehelfe nicht bestehen zu lassen, wenn die Offenlegung eines Geheimnisses zur Aufdeckung einer illegalen Tätigkeit erfolgt.¹³² Insbesondere kann die Tatsache, dass ein Geheimnis rechtswidrig ist, dem Arbeitnehmer nicht den Schutz der Rechtsordnung verwehren.¹³³

b) Berufliches oder sonstiges Fehlverhalten

Die Offenlegung von rechtswidrigen Tätigkeiten ist in dem Wortlaut des § 5 Nr. 2 GeschGehG erfasst, wobei dies auch dann gilt, wenn diese nicht sanktioniert werden.¹³⁴ Doch auch berufliches oder moralisch fragwürdiges Fehlverhalten, welches gerade keine rechtswidrige Tat darstellt, wird von § 5 Nr. 2 GeschGehG erfasst, sodass eine weite Auslegung zugunsten des Whistleblowers vorzunehmen ist, sofern er die Situation im Rahmen seiner Möglichkeiten überprüft hat.¹³⁵ Eine Verpflichtung zu moralisch korrektem Verhalten für Unternehmen existiert nicht, allerdings stellt ein Verstoß gegen berufsständische Normen wie privatautonom gesetzte Regelwerke berufliches Fehlverhalten dar.¹³⁶ Das Gesetz schützt das Vertrauen auf den Bestand von privatautonomen Regelwerken besonders und qualifiziert eine Irreführung in Bezug auf deren Einhaltung als unlautere Handlung, § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 UWG a.F., Nrn. 1 und 3 Anhang UWG a.F.¹³⁷

Sonstiges Fehlverhalten ist hingegen beispielsweise eine Auslandsaktivität wie Kinderarbeit, die in dem jeweiligen Land zwar nicht rechtswidrig, in Deutschland aber dennoch als unethisch erachtet wird.¹³⁸ Die Umsetzung ist für den deutschen Gesetzgeber verpflichtend gewesen, gewährleistet

aber keine Rechtssicherheit für Hinweisgeber durch den unpräzisen Anknüpfungspunkt.¹³⁹ Um dem entgegenzuwirken, soll das Verhalten ein gewisses Gewicht nach allgemeinem und objektivierbarem Rechtsverständnis haben, sodass es Art und Schwere nach einem beruflichen Fehlverhalten oder Rechtsverstoß gleichsteht.¹⁴⁰ Um eine Ausuferung des Aufwandscharakters zu vermeiden, sollte das sonstige Fehlverhalten eng ausgelegt werden.¹⁴¹

c) Geeignetheit zum Schutz des allgemeinen öffentlichen Interesses

Die Geheimnisschutzrichtlinie stellte auf die Absicht des Whistleblowers zum Schutze des öffentlichen Interesses ab, wohingegen § 5 Nr. 2 GeschGehG danach fragt, ob die Handlung geeignet ist, das öffentliche Interesse zu schützen und so eine objektive Betrachtung der Zielrichtung des Handelns fordert.¹⁴² Diese Veränderung begegnet der englischen Fassung der EU-Richtlinie, bei deren Übersetzung ein Fehler unterlaufen ist, sodass „purpose“ mit „Zweck“, statt „Absicht“ übersetzt hätte werden müssen und dementsprechend keine Gesinnungsprüfung erfolgen muss.¹⁴³ Der deutsche Gesetzestext weist folglich stärkere EU-Konformität auf.¹⁴⁴ Notwendig ist die Prüfung des schützenswerten Allgemeininteresses, dass der Täter zielgemäß zumindest objektiv auch schützt.¹⁴⁵ Gemeinwohlbelange sind unter Einbeziehung des Erwägungsgrundes 21 der Geheimnisschutzrichtlinie der Schutz der öffentlichen Sicherheit sowie der Gesundheit und der Verbraucher- und Umweltschutz, denen es an gesellschaftlicher Relevanz nicht fehlt.¹⁴⁶

Nicht in § 5 Nr. 2 GeschGehG geregelt ist, ob das Handeln selbst verhältnismäßig sein muss. Dies könnte die Interessen des Unternehmens und des Arbeitnehmers in Ausgleich bringen.¹⁴⁷ Möglicherweise ist so an der bisherigen Rechtsprechung zum Vorrang einer innerbetrieblichen Meldepflicht festzuhalten.

aa) Verhältnismäßigkeit: innerbetriebliche Meldepflicht?

Dem Hinweisgeber wäre die Privilegierung verwehrt, wenn ein milderes Mittel bestanden hätte, um auf den Missstand hinzuweisen, sofern die Verhältnismäßigkeitsprüfung notwendig ist.¹⁴⁸

¹³⁰ Schreiber, NZWiSt 2019, 332 (333); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 33.

¹³¹ Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1779); Hiéramente (Fn. 20), § 5 Rn. 6.

¹³² Schnabel, CR 2016, 342 (348).

¹³³ Soppa (Fn. 116), S. 114.

¹³⁴ Hiéramente (Fn. 20), § 5 Rn. 19 f.; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 25.

¹³⁵ Trebeck/Schulte-Wissermann, NZA 2018, 1175 (1179); Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777).

¹³⁶ Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777); Hiéramente (Fn. 20), § 5 Rn. 21; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 37.

¹³⁷ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 37.

¹³⁸ BT-Drs. 19/4724, S. 29.

¹³⁹ Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777).

¹⁴⁰ BT-Drs. 19/8300, S. 14; Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 39.

¹⁴¹ Hiéramente (Fn. 20), § 5 Rn. 23 ff.

¹⁴² Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774 (1777); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 41; Namyslowska (Fn. 14), Geheimnisschutz-RL Art. 5 Rn. 7.

¹⁴³ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

¹⁴⁴ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 32.

¹⁴⁵ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 42.

¹⁴⁶ Reinhardt-Kasperek/Kaindl, BB 2018, 1332 (1334); Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 40.

¹⁴⁷ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 43.

¹⁴⁸ Alexander (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 42.

§ 5 Nr. 2 GeschGehG nennt keinen Adressaten der Mitteilung des Missstandes, sondern spricht lediglich von einer „Aufdeckung“ in der Absicht, im öffentlichen Interesse zu handeln, sodass auch eine öffentliche Offenlegung, wie beispielsweise in den Medien, erfasst sein müsste.¹⁴⁹ Abweichend zur bisherigen Rechtsprechung enthält das GeschGehG keinen Anknüpfungspunkt mehr für das Erfordernis einer innerbetrieblichen Klärung, da der Richtlinientext und § 5 Nr. 2 GeschGehG keinen vorrangigen Adressaten der Meldung vorschreibt, womit der externe Hinweisgeberschutz grundsätzlich schrankenlos gewährleistet ist.¹⁵⁰ Problematisch ist dies deshalb, da die deutschen Gerichte die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigen müssen, welcher den Whistleblower-Schutz als Meinungsäußerungsfreiheit i.S.d. Art. 10 EMRK für zulässig erachtet, aber dennoch die sich gegenüberstehenden Interessen abwägt.¹⁵¹ Die Meinungsäußerungsfreiheit ist nicht schrankenlos gewährleistet, sodass sie durch das Allgemeininteresse im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden kann.¹⁵² Das durch den EGMR zu Art. 10 EMRK entwickelte Eskalationsmodell lässt sich auf § 5 Nr. 2 GeschGehG übertragen und dient dem angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Geheimnisinhabers und denen des Hinweisgebers.¹⁵³ Aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh kommt der EU-Rechtsprechung bei Abwägung eine besondere Beachtung zu, womit interne Klärungsversuche vorrangig sind.¹⁵⁴ Diese Ansicht stützt auch die Gesetzesbegründung zu § 5 GeschGehG, denn im Einzelfall kann eine Abwägung mit den Interessen des Geheimnisinhabers zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit stattfinden.¹⁵⁵

Jedoch könnte der Gesetzgeber durch die Einschränkung des grundsätzlich schrankenlosen § 5 Nr. 2 GeschGehG den Schutzzweck des GeschGehG unterlaufen, da die Geheimnisschutzrichtlinie gerade keinen internen Abhilfeversuch fordert.¹⁵⁶ Auch diese Ansicht schließt die Einschränkung des § 5 Nr. 2 GeschGehG aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten nicht vollständig aus, obwohl diese zulasten des Schutzniveaus des Hinweisgebers geht.¹⁵⁷ Durch die Ein-

schränkung könnte das unionsweit homogene Schutzniveau für Whistleblower gefährdet sein, andererseits gilt die Rechtsprechung des EGMR für jegliche Mitgliedstaaten.

Im Ergebnis ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung erforderlich, damit ein angemessener Ausgleich der gegenläufigen Interessen erfolgen kann.¹⁵⁸ Auch aus dem Umstand, dass kein Adressat gefordert ist, ergibt sich aufgrund des besonderen Gewichtes der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK kein anderes Ergebnis als die Vorrangigkeit der innerbetrieblichen Meldung.¹⁵⁹ Somit ist die unternehmensinterne Offenlegung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vorrangig.¹⁶⁰

bb) Gutgläubiger Hinweisgeber

Gem. Erwägungsgrund 20 könnte sich aufgrund der subjektiven Formulierung des Art. 5 Nr. 2 Geheimnisschutzrichtlinie ergeben, dass ein gutgläubiges Vertrauen des Hinweisgebers auf ein zur Aufklärung berechtigendes Verhalten ausreichend ist und dementsprechend eine haftungsrechtliche Privilegierung folgt.¹⁶¹

Bei Umsetzung der Geheimnisschutzrichtlinie in § 5 Nr. 2 GeschGehG ist durch die Eignungsprüfung eine Objektivierung des Tatbestandes vorgenommen worden, sodass Gutgläubigkeit nicht ausdrücklich ausreichend ist, zudem es oftmals an der Eignung zum Schutze des öffentlichen Interesses mangelt.¹⁶² Erwägungsgrund 20 der Geheimnisschutzrichtlinie ermöglicht ausdrücklich die Schaffung von Tatbeständen zugunsten des gutgläubigen Hinweisgebers, legt sie aber nicht zwingend fest.¹⁶³

Der EGMR führte zudem aus, dass dem Arbeitnehmer durch Ausübung des verfassungsrechtlich garantierten Rechtes auf Erstattung einer Strafanzeige keine Nachteile entstehen dürfen.¹⁶⁴ Durch den Ausschluss des redlichen Hinweisgebers würde diesem bei Erstattung einer Strafanzeige dementsprechend ein Nachteil durch Sanktionen durch das GeschGehG drohen. Gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh kommt diesem Umstand besonderes Gewicht zu, sodass gutgläubigen Hinweisgebern der Schutz nicht verwehrt werden darf.¹⁶⁵ Die Beschlussfassung des GeschGehG führt aus, dass eine gutgläubige Annahme von Verletzungen oder Gefährdungen des öffentlichen Interesses ausreichend ist.¹⁶⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat sich somit für eine Objektivierung des § 5 Nr. 2 GeschGehG entschieden, muss gleichzeitig ein subjektives Element ausreichen lassen.

¹⁴⁹ *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231); *Kalbufs*, GRUR 2016, 1009 (1015).

¹⁵⁰ *Soppa* (Fn. 116), S. 225; *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231); *Kalbufs*, GRUR 2016, 1009 (1015); *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1334 ff.).

¹⁵¹ EGMR RdA 2012, 108 (108); *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1333 f.).

¹⁵² *Schmitt*, RdA 2017, 365 (371).

¹⁵³ *Lejeune*, CR 2016, 330 (334 f.); *Naber/Peukert/Seeger*, NZA 2019, 583 (586); *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 44.

¹⁵⁴ *Schmitt*, RdA 2017, 365 (367 f.); *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1334 f.); *Fuhlrott/Hieramente*, DB 2019, 967 (969).

¹⁵⁵ BT-Drs. 19/4724, S. 28.

¹⁵⁶ *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231); *Kalbufs*, GRUR 2016, 1009 (1015).

¹⁵⁷ *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231); *Kalbufs*, GRUR 2016, 1009 (1015).

¹⁵⁸ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 45.

¹⁵⁹ *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1335); *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, RL 2016/943/EU Art. 5 Rn. 14.

¹⁶⁰ *Schubert* (Fn. 159), RL 2016/943/EU Art. 5 Rn. 11.

¹⁶¹ *Hieramente* (Fn. 50), S. 8 f.

¹⁶² *Hieramente* (Fn. 50), S. 8 f.; *ders.* (Fn. 20), § 5 Rn. 34 f.; *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 46.

¹⁶³ *Hieramente* (Fn. 50), S. 9; *ders.* (Fn. 20), § 5 Rn. 33 f.

¹⁶⁴ *Schmitt*, RdA 2017, 365 (371).

¹⁶⁵ *Schmitt*, RdA 2017, 365 (371).

¹⁶⁶ BT-Drs. 19/8300, S. 14.

Im Ergebnis sind die Ansprüche aus §§ 6 bis 8 Abs. 1 GeschGehG bei Gutgläubigkeit ausgeschlossen, da sich der Rechtsverletzer gem. § 2 Nr. 3 Hs. 2 GeschGehG auf die Ausnahme des § 5 Nr. 2 GeschGehG berufen kann.¹⁶⁷ Die Ansprüche können ohnehin auch bei einer rein objektiven Betrachtungsweise gem. § 9 GeschGehG aufgrund von Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen werden.¹⁶⁸ Dementsprechend könnte auch bei anderer Sichtweise regelmäßig die Straflosigkeit des redlichen Hinweisgebers erzielt werden.

d) Beschränkung des Anwendungsbereiches, § 1 Abs. 3 Nr. 4 GeschGehG

Gem. § 1 Abs. 3 Nr. 4 Hs. 1 GeschGehG bleiben die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis unberührt. So wird unter anderem die freie Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses geschützt und der Vorrang von Vereinbarungen in Arbeitsverträgen zum Ausdruck gebracht.¹⁶⁹

aa) Arbeitsvertragliche Verschwiegenheit, § 241 Abs. 2 BGB

Vorrangig vor dem GeschGehG sind demnach auch Verschwiegenheitspflichten als Ausprägung des Arbeitsverhältnisses zu behandeln.¹⁷⁰ Die Verschwiegenheitspflicht, betriebliche Tatsachen nicht gegenüber Dritten preiszugeben, folgt aus der Treuepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB.¹⁷¹ Eine einfache Muster-Verschwiegenheitsklausel reicht nicht aus, damit der Arbeitgeber den Schutz des GeschGehG in Anspruch nehmen kann, da regelmäßig keine angemessene Geheimhaltungsmaßnahme vorliegt, obwohl dem Arbeitnehmer die Notwendigkeit der Geheimhaltung eindeutig erkennbar ist.¹⁷² Verschwiegenheitsklauseln müssen, um dem Schutzbereich zu entsprechen, hinreichend konkretisiert sein, was durch Benennung des zu schützenden Gegenstandes, Verfahrens oder der Information geschehen kann.¹⁷³ Jedoch begründet eine schuldhaftige Nebenpflichtverletzung auch nach Einführung des GeschGehG weiterhin Schadensersatz-, Auskunft- und Unterlassungsansprüche gem. §§ 611a, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB und kann auch zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen.¹⁷⁴

Ein Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten ist folglich weiterhin arbeitsrechtlich sanktionsfähig, ohne dass ein Verstoß gegen das GeschGehG vorliegen muss.¹⁷⁵ Für eine Sanktionierung nach dem GeschGehG kommt es umgekehrt

nicht auf einen Verstoß gegen arbeitsrechtliche Pflichten an, diese sichern lediglich den Geheimnisschutz.¹⁷⁶

bb) Nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht, § 241 Abs. 2 BGB

Grds. ist der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses frei, seine erlangte Erfahrung zu verwerten, was bereits aus Art. 12 GG folgt, wobei jedoch die Verwertung eines geschützten Geschäftsgeheimnisses nicht zulässig ist.¹⁷⁷ Art. 1 Abs. 3 lit. a Geheimnisschutzrichtlinie verdeutlicht, dass erlangte Fähigkeiten und Kenntnisse durch den Arbeitnehmer verwertet werden dürfen, wobei der Artikel nicht ausdrücklich in das deutsche Recht übernommen wurde.¹⁷⁸ Einerseits wird vertreten, dass aufgrund der allgemeinen nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht eine Verpflichtung zur Geheimhaltung i.S.d. § 4 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 GeschGehG besteht und die Offenlegung und Nutzung nicht gestattet ist.¹⁷⁹ Hiernach unterliegt der ehemalige Arbeitnehmer nur sehr weiten Einschränkungen.¹⁸⁰ Andererseits müssen angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen werden, damit ein geschütztes Geschäftsgeheimnis vorliegt, da die allgemeine nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht grds. nicht ausreicht.¹⁸¹ Würde diese ausreichen, um den Schutzbereich des GeschGehG zu eröffnen, würden Wertungswidersprüche zur allgemeinen Verschwiegenheitspflicht im laufenden Arbeitsverhältnis entstehen, da solche hinreichende Bestimmtheit aufweisen müssen. Um Ansprüche aus dem GeschGehG auch nach Vertragsende zu begründen, muss der Berechtigte angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen treffen, was bei einer nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht aus der Loyalitäts- und Treuepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB nicht der Fall ist.

e) Bewertung

Die Offenlegung muss im öffentlichen Interesse vorgenommen werden, sodass deutlich wird, dass das GeschGehG gerade nicht dazu dienen soll, das Whistleblowing einzuschränken.¹⁸²

Die Objektivierung durch die Eignung zum Schutze des öffentlichen Interesses bietet dem Hinweisgeber eine erhöhte Rechtstransparenz und -sicherheit.¹⁸³ Eine Umsetzung der deutschen Übersetzung des Richtlinienartikels hätte eine Motivationskontrolle durch die Gerichte zur Folge, wodurch der Hinweisgeber aufgrund der Unvorhersehbarkeit der Kriterien abgeschreckt werden könnte.¹⁸⁴ Die Umsetzung des Art. 5 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie ist trotz Abweichung gewährleistet, da der subjektive Ansatz aufgrund des Übersetzungs-

¹⁶⁷ *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 35.

¹⁶⁸ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 46.

¹⁶⁹ *Fuhlrott*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GeschGehG (Fn. 20), § 1 Rn. 31; *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 1 Rn. 42 f.

¹⁷⁰ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 33 f.

¹⁷¹ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 34.

¹⁷² v. *Steinau-Steinrück/Bertz*, NJW-Spezial 2019, 498 (499); *Partsch/Rump*, NJW 2020, 118 (120).

¹⁷³ v. *Steinau-Steinrück/Bertz*, NJW-Spezial 2019, 498 (499).

¹⁷⁴ *Fuhlrott/Hiéramente*, DB 2019, 967 (970); *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 34 f.

¹⁷⁵ *Fuhlrott/Hiéramente*, DB 2019, 967 (970); *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 36 f.

¹⁷⁶ *Fuhlrott/Hiéramente*, DB 2019, 967 (970).

¹⁷⁷ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 2 Rn. 37.

¹⁷⁸ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446).

¹⁷⁹ *Ohly*, GRUR 2019, 441 (446).

¹⁸⁰ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 1 Rn. 38.

¹⁸¹ *Fuhlrott* (Fn. 169), § 1 Rn. 37 und § 2 Rn. 54.

¹⁸² *Soppa* (Fn. 116), S. 224.

¹⁸³ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 33.

¹⁸⁴ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 41 f.

fehlers ohnehin nicht im Sinne des Unionsgesetzgebers gewesen ist. Es ist einem Hinweisgeber zumutbar, die offenzulegende Information vor Veröffentlichung dahingehend kritisch zu prüfen, ob ein sonstiges Fehlverhalten auch nach allgemeinem Verständnis anzunehmen ist.

Die Ausweitung des Schutzes für gutgläubige Hinweisgeber führt möglicherweise zu einer Ermütigung, Missstände tatsächlich aufzudecken. Auch im Hinblick darauf, dass das Verständnis des Geheimnisbegriffs weit gefasst ist und somit dem Geheimnisinhaber zugutekommt, scheint es angemessen, den gutgläubigen Hinweisgebern ebenfalls einen Schutz der Rechtsordnung zukommen zu lassen.

Der Wortlaut des § 5 Nr. 2 GeschGehG ist sehr offen gewählt und bietet somit viel Raum für Diskussionen. Zumindest durch die Bezugnahme auf berufsständische Vorschriften ist die Anwendbarkeit von § 5 Nr. 2 GeschGehG in der Praxis vereinfacht.¹⁸⁵ Um den Hinweisgeberschutz jedoch nicht zu überdehnen, ist es notwendig, das „sonstige Fehlverhalten“ auf solche Fälle zu beschränken, in denen Sozial- und Verhaltensregeln bewusst missachtet oder ein Verhalten im rechtlichen Grenzbereich liegt.¹⁸⁶

Zudem ergibt sich durch die Schranken und die Ausgestaltung des Schutzbereiches für Whistleblowing ein einheitliches Verständnis nach deutschem und europäischem Recht, da die Abgrenzung zwischen zu sanktionierender Offenlegung von Geheimnissen und wünschenswertem Whistleblowing anhand der Verhältnismäßigkeit erfolgt.¹⁸⁷ Die Vorrangigkeit der innerbetrieblichen Meldepflicht ist durch die Rechtsprechung des EGMR impliziert. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung gleicht zum einen aus, dass ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung in EU-Konformität vermutet wird und zum anderen, dass der Geheimnisbegriff sehr weit gefasst ist und dementsprechend auch rechtswidrige und kommerzialisierbare (Privat-)Geheimnisse geschützt sind. Indessen wird auch die Privilegierung des Whistleblowers eingeschränkt, allerdings wird der Schutz weder gänzlich verwehrt noch der Schutzzweck der Geheimnisschutzrichtlinie unterlaufen, denn das Interesse der Öffentlichkeit kann weiterhin überwiegen. Dementsprechend dürfte die Mindestharmonisierung gewährleistet sein. Im Einklang mit den gesteigerten Anforderungen des GeschGehG an den Geheimnisschutz steht, dass die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB gerade keine angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen darstellen und so nicht jedes Geheimnis geschützt ist. Für den Hinweisgeber ergeben sich hierdurch keine Einschränkungen. Gerade deshalb sollten sich explizite arbeitsvertragliche Verschwiegenheitsklauseln auch auf die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beziehen.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 22.

¹⁸⁶ *Alexander* (Fn. 20), GeschGehG § 5 Rn. 39.

¹⁸⁷ *Schmitt*, RdA 2017, 365 (372 f.).

¹⁸⁸ *Fuhlrott/Hiéramente*, DB 2019, 967 (971).

3. Ausblick: Verhältnis zu der Richtlinie (EU) 2019/1937 (Whistleblowing-Richtlinie)¹⁸⁹

Am 17.12.2019 ist die Whistleblowing-Richtlinie in Kraft getreten, die der Vereinheitlichung des Schutzes von Whistleblowern dienen soll, gleichzeitig jedoch auf Verstöße gegen Unionsrecht beschränkt ist.¹⁹⁰ Die Whistleblowing-Richtlinie privilegiert die Aufdeckung von rechtswidrigen Handlungen, Unterlassungen und Rechtsakten, die der Zweckbestimmung von Unionsrechtsakten zuwiderlaufen, Art. 5 Nr. 1 Whistleblowing-Richtlinie.

Der Schutzbereich ist nicht mit dem des GeschGehG identisch, da ein sonstiges Fehlverhalten von der Whistleblowing-Richtlinie nicht erfasst ist, um rechtsunsichere Kriterien zu vermeiden.¹⁹¹ Ein nach der Whistleblowing-Richtlinie erlaubtes Verhalten gilt auch i.R.d. § 3 Abs. 2 GeschGehG als erlaubt, was Erwägungsgrund 98 der Whistleblowing-Richtlinie ausdrücklich klarstellt und dieser Schutz neben § 5 Nr. 2 GeschGehG tritt.¹⁹² Für die derzeitige Rechtslage bedeutet dies, dass der Hinweisgeber bei Meldung eines sonstigen Fehlverhaltens gegen nationale Vorschriften privilegiert ist, jedoch bei Meldung eines sonstigen Fehlverhaltens gegen europäische Verstöße im Anwendungsbereich der Whistleblowing-Richtlinie nicht.

Für den Hinweisgeber entsteht hierdurch Rechtsunsicherheit, da stets vor Meldung zu klären wäre, ob ein Verstoß gegen europäische oder nationale Vorschriften vorliegt, so dass im Rahmen der Harmonisierung eine einheitliche Regelung wünschenswert wäre.¹⁹³ Art. 2 Abs. 2 Whistleblowing-Richtlinie verweist auf die Möglichkeit weitergehender nationaler Vorschriften.¹⁹⁴ Die Whistleblowing-Richtlinie enthält, abweichend zu Art. 5 lit. b Geheimnisschutzrichtlinie, gerade nicht den Ansatz, dass die Meldung sonstigen Fehlverhaltens schutzwürdig ist.¹⁹⁵ Eine erweiterte Anwendung unter Einbeziehung des sonstigen Fehlverhaltens ist jedoch nicht zu befürworten, da durch die Whistleblowing-Richtlinie klare rechtliche Maßstäbe für den Schutz von Hinweisgebern definiert werden sollen.¹⁹⁶

IV. Abschließende Bewertung

Das GeschGehG sorgt für eine gesteigerte Rechtssicherheit und -klarheit im Geschäftsgeheimnisschutz. Die Geheimnis-

¹⁸⁹ RL 2019/1937/EU 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden = ABl. EU 2019 Nr. L 305, S. 17.

¹⁹⁰ *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 48.

¹⁹¹ *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (963); *Sonnenberg*, BB 46/2019, „Die Erste Seite“/Umschlagsteil I; *Schmolke*, NZG 2020, 5 (10).

¹⁹² *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (967); *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 49.

¹⁹³ *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (964); *Sonnenberg*, BB 46/2019, „Die Erste Seite“/Umschlagsteil I.

¹⁹⁴ *Hiéramente* (Fn. 20), § 5 Rn. 48 f.

¹⁹⁵ *Schmolke*, NZG 2020, 5 (10).

¹⁹⁶ *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 (963 f.); *Schmolke*, NZG 2020, 5 (10).

schutzrichtlinie wird weitestgehend EU-konform umgesetzt. Wie unter II. 1. c) dargelegt, ist der Schutzbereich weit und umfasst jegliche Geheimnisse, wie potentiell schädigende Informationen oder kommerzialisierbare Persönlichkeitsaspekte, sofern sie wirtschaftlich verwertbar sind. Der Geheimnisschutz wird insbesondere durch den verhältnismäßigen Ausgleich der Interessen von Geheimnisinhaber und Hinweisgeber ausgestaltet. Geheimnisinhaber müssen nun aktiv angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen garantieren. Auch wenn hierdurch Ungewissheit dahingehend entsteht, welche Maßnahmen angemessen sind, wird gleichzeitig der tatsächliche Schutz von Geschäftsgeheimnissen gesteigert. Das geforderte berechnete Interesse in § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG ist in Europarechtskonformität zu vermuten. Die strengeren Voraussetzungen an angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen bringen die Vermutung des Vorliegens des berechtigten Interesses in Ausgleich.

Die Situation hat sich für Hinweisgeber verbessert, denn nun existiert durch § 5 Nr. 2 GeschGehG ein rechtlicher Rahmen zum Schutz von Whistleblowern. Am Eskalationsmodell des EGMR ist dennoch festzuhalten.

„Wer die Wahrheit ausspricht, begeht kein Verbrechen.“¹⁹⁷ Diese Aussage kann zutreffen, sofern die Offenlegung geeignet ist, das öffentliche Interesse zu schützen und zudem verhältnismäßig ist. Eine Strafbarkeit gem. § 23 GeschGehG ist möglich, sofern die Handlung nicht in den Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 2 GeschGehG fällt. Nicht einleuchtend ist, weshalb die Strafrahmen von § 23 GeschGehG und § 17 UWG a.F. identisch sind, wenn doch die Anforderungen an den Geheimnisschutz insbesondere durch die angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen strenger geworden sind.

Die Verschwiegenheitsverpflichtung aus § 241 Abs. 2 BGB begrenzt zwar den Kreis der Personen, die mit der Information in Kontakt kommen, begründet mangels hinreichender Geheimhaltungsmaßnahmen jedoch keinen Schutz für Geschäftsgeheimnisse nach dem GeschGehG. Für Hinweisgeber ist dies vorteilhaft. Durch die restriktivere Whistleblowing-Richtlinie ist der Hinweisgeberschutz bei Verstößen gegen unionsrechtliche Vorgaben nur unter engeren Voraussetzungen möglich. Ob die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie in nationales Recht die Einschränkung der begünstigten Meldungen durch den Whistleblower zur Folge hat, oder ob der deutsche Gesetzgeber auf nationaler Ebene weiterhin „sonstiges Fehlverhalten“ zulässt, steht offen. Ob und wie der Schutzbereich des GeschGehG in seinen Facetten durch die Rechtsprechung geprägt wird, wie effektiv der Geheimnisschutz in der Praxis ist und ob der homogene Schutzrahmen tatsächlich die mitgliedstaatenübergreifende Zusammenarbeit steigert, wird die Zukunft zeigen.

¹⁹⁷ Snowden, in: Ein Manifest für die Wahrheit, <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-119402581.html> (17.1.2021).