



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 40/2018 Dezember 2018

Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung – BT-Drs. 19/4724 v. 04.10.2018

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert (Berichterstatlerin)

RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Krimi-
nalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen wird im deutschen Recht bislang durch die Strafvorschriften der §§ 17 – 19 UWG sowie über die §§ 823, 826 BGB gewährleistet. Dies ist nach Ansicht des Gesetzgebers für eine Umsetzung der Vorgabe der Richtlinie (EU) 2016/943 nicht ausreichend. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat bereits zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie Stellung genommen (BRAK-Stellungnahme-Nr. 17/2018 aus Mai 2018) und die Klarstellung in § 1 GeschGehG-E zur umfassenden Wahrung des Berufsträgerschutzes erreicht.

Mit der vorliegenden Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Regierungsentwurf vom 04.10.2018 werden speziell die Rechtfertigungstatbestände des § 5 GeschGehG-E in den Blick genommen.

1. „Generalklausel“ gem. § 5 Hs. 1 GeschGehG-E

Danach ist die Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gerechtfertigt, wenn die Offenlegung „**zum Schutz eines berechtigten Interesses**“ erfolgt (§ 5 Hs. 1 GeschGehG-E).

Ob diese Tatbestandsmerkmale anhand eines objektiven oder subjektiven Maßstabes zu bestimmen sind, bleibt sowohl nach Maßgabe des Gesetzentwurfs als auch der diesem zum Anlass dienenden Richtlinie (RL (EU) 2016/943) unklar.

Zumindest hinsichtlich der Definition des Tatbestandsmerkmals **berechtigtes Interesse** liefert die Begründung des Gesetzentwurfs Anhaltspunkte: Berechtigtes Interesse könne jedes von der Rechtsordnung gebilligte Eigen- oder Gruppeninteresse wirtschaftlicher oder ideeller Art sein (vgl. BT-Drs. 19/4724, S. 26). Eine Abwägung mit den Interessen des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses könne nach Maßgabe des Gesetzentwurfs *im Einzelfall* in Anlehnung an Erwägungsgrund 21 RL (EU) 2016/943 vorzunehmen sein (BT-Drs. 19/4724, S. 26).

Die Betonung des Ausnahmecharakters einer solchen Verhältnismäßigkeitsprüfung sowie die Tatsache, dass diese, soweit ersichtlich, unabhängig von dem subjektiven Horizont des Verbotsadressaten nach § 4 GeschGehG-E vorzunehmen ist, sprechen für eine objektive Beurteilung des Tatbestandsmerkmals „**berechtigtes Interesse**“ i. S. des § 5 Hs. 1 GeschGehG-E. Der Wortlaut des Präfixes „**zum Schutz**“ vermag hinsichtlich des Auslegungsmaßstabs keinen Aufschluss zu geben. In ihn ließe sich zwar ein subjektiver Einschlag hineindeuten. Ebenso mag in dem Wortsinn „**zum Schutz eines berechtigten Interesses**“ das Erfordernis bloßer Finalität zu sehen sein. Schließlich könnte es auch allein auf eine objektive Eignung zur Förderung eines bestimmten berechtigten Interesses ankommen.

Weder der Gesetzentwurf, noch der Wortlaut der Richtlinie liefern hier weitergehende Anhaltspunkte. Zwar sieht Erwägungsgrund 20 RL (EU) 2016/943 vor, dass nationale Gerichte in Umsetzung der Richtlinie „*nicht daran zu hindern*“ seien, einen Hinweisgeber vor Repressalien zu schützen, wenn dieser allen Grund gehabt habe, in gutem Glauben davon auszugehen, dass sein Verhalten den in der

Richtlinie festgelegten angemessenen Kriterien entsprechen würde. Jedoch kann diesem Erfordernis auf vielfältige Weise Rechnung getragen werden. So wäre es etwa möglich, einen auf nachvollziehbaren Erwägungen beruhenden guten Glauben eines *Hinweisgebers* im Rahmen einer zivilrechtlichen Verschuldensprüfung oder der strafrechtlichen Irrtumsdogmatik zu berücksichtigen, ohne ihn bereits bei Subsumtion des Merkmals „zum Schutz eines berechtigten Interesses“ als subjektives Motiv des Hinweisgebers in Betracht zu ziehen.

Gegen eine subjektive Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 5 Hs. 1 GeschGehG-E spricht zudem, dass die Gesetzesbegründung mit Blick auf den weiteren Rechtfertigungstatbestand des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E (dazu im Einzelnen unter Ziff. 3) ein subjektives Tatbestandsmerkmal ausdrücklich als solches benennt und dessen konkrete Anforderungen an den Vorstellungshorizont des *Hinweisgebers* erläutert. Entsprechende Angaben enthalten die Erläuterungen zu § 5 Hs. 1 GeschGehG-E aber gerade nicht.

Vieles spricht demnach für eine objektive Prüfung der Frage, ob eine Veröffentlichung „zum Schutz eines berechtigten Interesses“ erfolgt sei. Vorstellbar wäre etwa eine objektive Prüfung der Tatbestandsmerkmale aus Sicht eines umsichtigen Hinweisgebers - *ex ante*. Letztlich bleibt der Gesetzentwurf hier Weiteres schuldig, woraus sich systematisch Problemfelder im Verhältnis zu den speziellen Rechtfertigungstatbeständen ergeben.

2. Besondere Rechtfertigungstatbestände der § 5 Nr. 1-3 GeschGehG-E

Neben der dargestellten, aufgrund ihrer Weite und Unbestimmtheit durchaus als „*Generalklausel*“ zu bezeichnenden Regelung des § 5 Hs. 1 GeschGehG-E enthält die Vorschrift im Weiteren **exemplarisch** („*insbesondere*“) drei Varianten spezieller Rechtfertigungstatbestände. Während § 5 Nr. 1 GeschGehG-E insbesondere den Schutz journalistischer Quellen gewährleisten soll und § 5 Nr. 3 GeschGehG-E sich konkret auf den Schutz von Arbeitnehmern und Arbeitnehmervertretung bzw. deren Zusammenarbeit bezieht, schafft § 5 Nr. 2 GeschGehG-E Voraussetzungen für ein gesetzlich zulässiges *Whistleblowing* (BT-Drs. 19/4724, S. 26 f.) und steht im Mittelpunkt der gegenständlichen Betrachtung.

3. Die Rechtfertigung des *Whistleblowings* im Rahmen des § 5 Nr. 2 GeschGehG-E

§ 5 Nr. 2 GeschGehG-E setzt Art. 5 lit. b RL (EU) 2016/943 um. Dort ist ein Rechtfertigungstatbestand mit Blick auf Verstöße nach § 4 GeschGehG-E für den Fall vorgesehen, dass der Erwerb bzw. die Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines **beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens**“ erfolgte, soweit der Verbotsadressat „*in der Absicht*“ gehandelt habe, „das **allgemeine öffentliche Interesse**“ zu schützen.

Der Begriff des beruflichen Fehlverhaltens umfasst Verstöße gegen berufsständische Normen (BT-Drs. 19/4724, S. 29). Der Begriff des sonstigen Fehlverhaltens geht weit hierüber hinaus. Hiervon seien nach gesetzgeberischer Wertung Aktivitäten erfasst, die ein unethisches Verhalten darstellen, aber nicht notwendigerweise gegen Rechtsvorschriften verstoßen würden (BT-Drs. 19/4724, S. 29). Die Gesetzesbegründung nennt in diesem Zusammenhang beispielhaft Auslandsaktivitäten eines Unternehmens, die in den betreffenden Ländern nicht rechtswidrig seien, aber dennoch von der Allgemeinheit als Fehlverhalten gesehen würden, wie etwa Kinderarbeit oder gesundheits- oder umweltschädliche Produktionsbedingungen. Auch die systematische und unredliche Umgehung von Steuertatbeständen werde in der öffentlichen Diskussion häufig als unethisches Verhalten angesehen (BT-Drs. 19/4724, S. 29).

§ 5 Nr. 2 GeschGehG-E erfordert des Weiteren auf **subjektiver Ebene**, dass die ein Geschäftsgeheimnis offenlegende Person in der **Absicht** gehandelt haben müsse, das **allgemeine öffentliche Interesse zu schützen**. Demnach müsse die offenlegende Person mit dem Motiv handeln, auf einen Missstand hinzuweisen, um zu einer gesellschaftlichen Veränderung beizutragen (BT-Drs. 19/4724, S. 29). Ausgeschlossen seien damit zum Beispiel die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses als Druckmittel oder eine Offenbarung des Geschäftsgeheimnisses aus Rache. Die Absicht, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, müsse in diesem Zusammenhang das dominierende, nicht jedoch das ausschließliche Motiv sein (BT-Drs. 19/4724, S. 29). Diese subjektive Motivation soll einer gerichtlichen **Plausibilitätskontrolle** unterzogen werden können (BT-Drs. 19/4724, S. 29).

Der grundsätzlichen Systematik nach sollen die speziellen Rechtfertigungstatbestände (§ 5 Nr. 1-3 GeschGehG-E) die Generalklausel (§ 5 Hs. 1 GeschGehG-E) konkretisieren. Unklar ist jedoch, wie sich das spezialtatbestandliche subjektive Erfordernis der **Absicht, das allgemeine Interesse zu schützen** zu der Generalklausel verhält. Bei genauer Betrachtung konkretisiert diese Vorgabe nämlich nicht die Generalklausel, sondern stellt im Vergleich zu dieser erhöhte Anforderungen.

Obwohl § 5 Nr. 2 GeschGehG-E einen Fall spezialgesetzlich erfassen soll, hinsichtlich dessen der Hinweisgeber aufgrund seiner Motivlage besonderen Schutz verdient, bleibt die Vorschrift in ihrem Schutzgehalt für den Hinweisgeber hinter der Generalklausel des § 5 Hs. 1 GeschGehG-E zurück. Letzterer bietet den weiteren und leichter zu erlangenden Hinweisgeberschutz. Diese systematische Unsauberkeit lässt sich möglicherweise historisch erklären. In Art. 5 RL (EU) 2016/943 findet sich die Generalklausel nicht am Anfang, sondern am Ende der Vorschrift. Dort hat sie tendenziell den Charakter eines Auffangtatbestandes. Das *vor die Klammer ziehen* dieser Tatbestandsvariante in der Fassung des Regierungsentwurfs (§ 5 Hs. 1 GeschGehG-E) hat diese Systematik unter leichten Wortlautveränderungen aufgehoben und zu Inkonsistenzen geführt.

Bewertung:

Aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer sind beide Rechtfertigungsvarianten mit Blick auf die Rechtfertigung des Hinweisgebers nach § 5 GeschGehG-E nachzubessern:

- Die Vorschriften sind von einer erheblichen Unbestimmtheit und Konturenlosigkeit geprägt.
- Sowohl für den Hinweisgeber als auch für den durch den Hinweis betroffenen Inhaber des Geschäftsgeheimnisses ergibt sich dadurch ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit. Der Hinweisgeber hat ein Interesse daran, voraussehen zu können, ob die Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen Schutz im Rahmen des GeschGehG-E erfährt oder nicht. Sich auf eine allgemeine gesetzgeberische Schutzgeneigtheit zu verlassen, die dem Gesetzentwurf – auch in Anbetracht der Uferlosigkeit der Rechtfertigungstatbestände – zu entnehmen ist, scheint auch mit Blick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot¹ ungenügend. In gleichem Umfang bleibt andererseits der Drittschutz im Ungefähren.

¹ Vgl. zur Frage der Anwendbarkeit auf Rechtfertigungstatbestände nur *Paeffgen/Zabel* in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Vorbemerkungen zu §§ 32 ff. Rn. 59 ff.

Verstärkt wird dieser Befund durch den Richtlinienvorschlag zum Schutz von Personen, die über Verstöße gegen bestimmte Regelungen des Unionrechts berichten (Whistleblower) 2018/106 vom 23.04.2018 („RL-E“). Der Richtlinienvorschlag nimmt explizit Bezug auf die nun zur Umsetzung anstehende RL (EU) 2016/943 und ordnet die Erweiterung ihres Schutzgehalts durch Art. 15 Nr. 7 RL-E an. Damit würde Art. 15 Nr. 7 RL-E den nationalen Gesetzgeber zur Einführung weiterer Rechtfertigungstatbestände hinsichtlich des Whistleblowing veranlassen. Denn der Richtlinienentwurf sieht mit Blick auf Verstöße gegen europäisches Recht weitergehenden Schutz für Hinweisgeber vor, als diesen der GeschGehG-E und die RL (EU) 2016/943 gewähren. Zu beachten ist dabei, dass der RL-E in Teilen systematisch erheblich von den Vorgaben der RL (EU) 2016/943 und damit denen des GeschGehG-E abweicht. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat in ihrer Stellungnahme zum RL-E (BRAK-Stellungnahme-Nr. 26/2018) beanstandet, dass der Richtlinienvorschlag leichtfertig falsche oder irrigerweise getätigte Hinweise, die das öffentliche Interesse betreffen sollen, zulässt und dem Hinweisgeber dennoch vollen Schutz zukommen lassen will. Im Verhältnis zum GeschGehG-E enthält der Richtlinienentwurf maßgebliche Unterschiede:

- Eine Rechtfertigung sog. *Whistleblowings* wird weitestgehend vom Inhalt der jeweiligen Meldung entkoppelt und an das Einhalten prozessualer Vorgaben (Drei-Stufen-System) geknüpft. Indem das GeschGehG und ein etwaiges Umsetzungsgesetz zum Richtlinienvorschlag zum Schutz des Whistleblowers nebeneinander stünden, dürfte dies zu einer neuerlichen Erweiterung des Schutzes des Hinweisgebers führen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer befürwortet grundsätzlich den Schutz von Hinweisgebern. Die Rechtfertigungstatbestände des § 5 GeschGehG-E geben jedoch beiden Seiten Steine statt Brot. Eine gerechtfertigte Geheimnisverletzung muss normativ ex ante bestimmt werden. Die Erstreckung zulässigen Whistleblowings auf sämtliche Fälle ethisch fragwürdiger Verhaltensweisen ist zudem uferlos und inkompatibel mit anderweitigen Sonderregelungen zum Schutz von Whistleblowern (z.B. BörsG, FinDAG, GwG).

- - -