

2. Teil: Schutz eines Individualrechtsguts

§ 5: Schutz des Vermögens (Teil 5)

V. Verletzung von Geschäftsgeheimnissen (§ 23 GeschGehG)

1. Historische Entwicklung

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen war früher in den §§ 17–19 UWG geregelt. Der Erlass der RL (EU) 2016/943 machte eine Neuregelung erforderlich. Im Zuge dessen entschied sich der Gesetzgeber, ein eigenes Gesetz zu dem Thema zu schaffen, um vor allem detailliertere zivilrechtliche Regelungen zu treffen. In der Folge trat Ende April 2019 das Geschäftsgeheimnisschutzgesetz (GeschGehG) in Kraft.

2. Systematik

Der Aufbau des GeschGehG ist typisch für das Nebenstrafrecht: Zu Anfang werden einige Begriffe definiert (§ 2), gefolgt von Aufzählungen erlaubter (§ 3) und verbotener (§ 4) Handlungen. Hinsichtlich der verbotenen Handlungen sind in § 5 Ausnahmen vorgesehen, die Handlungen sind dann also doch wiederum erlaubt. Der Großteil des Gesetzes widmet sich zivilrechtlichen Ansprüchen (§§ 6–14) sowie diese flankierende verfahrensrechtlichen Regelungen (§§ 15–22). Die Strafvorschrift findet sich in § 23. Sie verweist zur genaueren Bestimmung der strafbewehrten Tathandlungen auf einzelne Verbotsnormen des § 4. Der Tatbestand ist daher sog. Blankettstrafrecht (Näheres dazu in § 7 der Vorlesung).

3. Rechtsgut

Rechtsgut ist (unverändert ggü. §§ 17 ff. UWG) das Vermögen der Unternehmen in einer extensiven Interpretation. Dabei erfolgt der Vermögensschutz weitergehender als bei den klassischen Vermögensschutzdelikten. Die Vermögensrelevanz des Geheimnisses muss sich noch nicht manifestiert haben. Schutzobjekt ist in allen Varianten des § 23 GeschGehG das Interesse des Betriebsinhabers an der Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse. Die Norm hat eine klar individualschützende Ausrichtung. Der lautere Wettbewerb als Institution wird nicht geschützt.

4. Tatobjekt: Geschäftsgeheimnis

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist in § 2 Nr. 1 GeschGehG definiert. Ein Geschäftsgeheimnis ist danach eine Information,

- die weder allgemein bekannt noch ohne Weiteres zugänglich ist,
- daher wirtschaftlich wertvoll ist (P: sitten- oder gesetzwidrige Umstände, vgl. dazu den Beispielsfall unten auf KK 224 ff.),
- zu deren Schutz angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen getroffen wurden,
- bei der ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht (auch hier P: sitten- oder gesetzwidrige Umstände).

Das Merkmal des wirtschaftlichen Wertes ist weit auszulegen, schon ein potenzieller Wert genügt (*Ohly* GRUR 2019, 441, 443). Er liegt vor, wenn die Erlangung oder Verwertung das wissenschaftliche oder technische Potenzial des Inhabers, seine geschäftlichen oder finanziellen Interessen, seine strategische Position oder seine Wettbewerbsfähigkeit negativ beeinflusst (BT-Drs. 19/4724, 24).

Weiterer Ausführungen bedarf vor allem die Frage, welche Geheimhaltungsmaßnahmen angemessen sind. Wie die Formulierung *angemessen* andeutet, sind die zu treffenden Maßnahmen von der Art des Geschäftsgeheimnisses und den Umständen des Einzelfalls abhängig. Insofern besteht also ein variabler Maßstab; optimale Maßnahmen sind aber jedenfalls nicht erforderlich (*Maaßen* GRUR 2019, 352, 353 f.). Zu berücksichtigen sind Kriterien wie der Wert des Geheimnisses, seine Bedeutung für das Unternehmen, die Größe des Unternehmens und die üblicherweise ergriffenen Maßnahmen zum Schutz des Geheimnisses. Möglich sind physische Vorkehrungen oder vertragliche Absicherungen. Demnach kommt z.B. in Betracht: Zugangsbeschränkungen zu einzelnen Räumen des Unternehmens; Sicherung der intern gespeicherten Daten durch Passwörter, Verschlüsselung o.Ä.; Verschwiegenheitserklärungen für Mitarbeiter (ausführlich zu möglichen Maßnahmen *Voigt/Herrmann/Grabenschroer* BB 2019, 142, 144 ff.).

Geschäftsgeheimnisse können beispielsweise sein: Herstellungsverfahren, Konstruktionszeichnungen, Computerprogramme, Kundenlisten, Preisberechnungen (*BeckOK/Hiéramente* GeschGehG, 3. Ed. 2020, § 2 Rn. 79.1).

5. Einzelne Tatbestände

a) § 23 I Nr. 1 GeschGehG („Betriebsspionage“)

aa) Tauglicher Täter

Tauglicher Täter ist jedermann, die Vorschrift ist kein Sonderdelikt.

bb) Tathandlung

Der Täter muss das Geschäftsgeheimnis durch eine nach § 4 I Nr. 1 GeschGehG verbotene Handlung erlangen. Nach § 4 I Nr. 1 GeschGehG darf ein Geheimnis nicht durch unbefugten Zugang, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren erlangt werden. Dabei ist es gleichgültig, ob das Geheimnis selbst erlangt wird oder nur Informationen bzw. Gegenstände, aus denen sich das Geheimnis ableiten lässt.

Erlangen meint den Erwerb der Verfügungsgewalt über das Geheimnis oder das Schaffen einer bleibenden Möglichkeit der Kenntnisnahme. Heimlichkeit ist keine Voraussetzung. Die Erlangung muss aber *unbefugt* erfolgen. Das ist z.B. nicht der Fall, wenn der Handelnde bei dem Unternehmen angestellt ist und daher rechtmäßig mit dem Geheimnis in Kontakt kommt (BT-Drs. 19/4724, 27). Die Befugnis beurteilt sich damit in der Regel nach vertraglichen Regelungen (*Ohly* GRUR 2019, 441, 446).

Mitdenken muss man in der strafrechtlichen Prüfung stets die §§ 3 und 5 GeschGehG. Ist danach eine Handlung erlaubt, fällt sie nicht unter ein Verbot des § 4 GeschGehG und scheidet demnach auch § 23 GeschGehG

aus. So ist nach § 3 I Nr. 2 GeschGehG etwa das sog. „Reverse Engineering“ erlaubt. Dabei werden frei erhältliche Produkte zurückgebaut, um deren Funktionsweise zu analysieren. Ein solches Vorgehen ist also keine unbefugte Aneignung nach § 4 I Nr. 1 GeschGehG.

cc) **Subjektiver Tatbestand**

Tatbestandsvorsatz und zusätzlich eines der folgenden Absichtsmerkmale:

- Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs,
- Eigennutz, d.h. wer zielgerichtet einen Vorteil erstrebt,
- zugunsten eines Dritten, d.h. in dessen Interesse, oder
- Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen.

b) § 23 I Nr. 2 GeschGehG („eigeneröffnete Geheimnishehlerei“)

aa) **Tauglicher Täter**

Tauglicher Täter ist (wie bei Nr. 1) jedermann, die Vorschrift ist kein Sonderdelikt.

bb) Tathandlung

Diese Tatvariante schließt an die Nr. 1 an und pönalisiert die Verwertung eines nach § 4 I Nr. 1 GeschGehG in illegaler Weise erlangten Geheimnisses. Regelmäßig wurde dann bereits der Tatbestand des § 23 I Nr. 1 GeschGehG erfüllt. Dies ist aber nicht zwingend erforderlich. Beispielsweise ist es möglich, dass der Täter ein Geheimnis unvorsätzlich oder ohne besonderes Absichtsmerkmal erlangt. Wenn er es später vorsätzlich und in Erfüllung eines der Absichtsmerkmale verwertet, hat § 23 I Nr. 2 GeschGehG eigenständige Bedeutung.

Die Verwertung muss darin bestehen, dass der Täter das Geheimnis nutzt oder offenlegt (= Verstoß gegen § 4 II Nr. 1 a) GeschGehG). Nutzen ist jedes Verwenden des Geheimnisses zu einem bestimmten, nicht unbedingt wirtschaftlichen Zweck. Offenlegen meint die Eröffnung des Geheimnisses an Dritte oder an die Öffentlichkeit (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander, UWG, § 4 GeschGehG Rn. 38 f.).

Hat der Täter das Geheimnis, das er verwertet, nicht durch eine eigene, sondern durch die strafbare Handlung eines anderen erlangt, ist der Tatbestand nicht einschlägig. Dann kommt aber § 23 II GeschGehG in Betracht (KK 223).

cc) Subjektiver Tatbestand

Tatbestandsvorsatz und zusätzlich eines der Absichtsmerkmale wie bei Nr. 1.

c) § 23 I Nr. 3 GeschGehG („Geheimnisverrat“)

aa) Tauglicher Täter

Im Gegensatz zu den ersten beiden Tatvarianten ist § 23 I Nr. 3 GeschGehG ein echtes Sonderdelikt. Taugliche Täter sind bei einem Unternehmen beschäftigte Personen, unabhängig von der Art ihrer Tätigkeit. Das Merkmal wird weit ausgelegt, um einen umfassenden Geheimnisschutz zu erreichen. Erfasst sind also auch Vorstandsmitglieder, Aufsichtsratsvorsitzende oder Geschäftsführer, nicht aber Gesellschafter und Aktionäre. *Keine* bei einem Unternehmen beschäftigten Personen sind Personen, die als externe Dienstleister für das Unternehmen tätig werden, z.B. Steuerberater, Vertragshändler, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte (*Wittig* § 33 Rn. 66).

bb) Anvertraut oder zugänglich geworden im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses

Anvertraut worden ist ein Geheimnis, wenn es dem Beschäftigten unter ausdrücklichem oder konkludentem Hinweis auf die Geheimhaltungspflicht zur Kenntnisnahme mitgeteilt wurde. Zugänglich geworden ist alles, was irgendwie bekannt geworden ist, auch wenn dies unbefugt erfolgte (z.B. durch Bestechung eines Kollegen, Suchen im Mülleimer). Das Beschäftigungsverhältnis muss funktional ursächlich für die Kenntniserlangung sein. Insoweit genügt eine Mitursächlichkeit. § 23 I Nr. 3 GeschGehG ist daher ausgeschlossen, soweit der Beschäftigte das Geheimnis schon vorher kannte oder es unabhängig von seinem Beschäftigungsverhältnis in Erfahrung brachte.

cc) Tathandlung

Der Täter muss das Geschäftsgeheimnis entgegen einer anderslautenden Verpflichtung (= Verstoß gegen § 4 II Nr. 3 GeschGehG) offenlegen. Offenlegen meint die Eröffnung des Geheimnisses an Dritte oder an die Öffentlichkeit (s.o.). Arbeitnehmer sind – auch ohne ausdrückliche Festlegung – vertraglich stets zur Vertraulichkeit verpflichtet (*Ohly* GRUR 2019, 441, 444), das Offenlegen wird daher regelmäßig einen Verstoß gegen eine anderslautende Verpflichtung bedeuten.

Ein Offenlegen durch Unterlassen ist möglich, wenn den Täter eine Garantenpflicht nach § 13 StGB trifft. Beispielsweise kann ein Geschäftsführer oder Prokurist dazu verpflichtet sein, die Weitergabe von Geheimnissen durch die Mitarbeiter zu verhindern (*BeckOK/Hiéramente* GeschGehG, 3. Ed. 2020, § 23 Rn. 37).

Die Tat ist vollendet mit der Mitteilung an einen Dritten. Dies setzt nicht positive Kenntnisnahme durch den Empfänger voraus, vielmehr genügt Zugang i.S.d. § 130 I BGB.

dd) Tatzeitraum

Das Offenlegen muss während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses geschehen. Maßgeblich ist die rechtliche, nicht die tatsächliche Dauer des Beschäftigungsverhältnisses.

Nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ist § 23 I Nr. 3 GeschGehG nicht mehr einschlägig. Für ehemalige Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder kommt aber weiterhin eine Strafbarkeit gem. § 404 AktG in Betracht, die dann jedoch regelmäßig geringer ausfällt.

ee) **Subjektiver Tatbestand**

Tatbestandsvorsatz und zusätzlich eines der Absichtsmerkmale wie bei Nr. 1.

d) **§ 23 II GeschGehG („fremderöffnete Geheimnishehlerei“)**

§ 23 II GeschGehG ergänzt den Schutz vor rechtswidriger Verwertung eines illegal erlangten Geheimnisses. Im Unterschied zu Abs. 1 Nr. 2 hat der Täter das Geschäftsgeheimnis, das er nun verwertet, aber durch eine *fremde* Handlung erlangt. Diese fremde Handlung muss nach § 23 I Nr. 2 oder 3 GeschGehG strafbar sein, wobei es genügt, wenn sie den objektiven und subjektiven Tatbestand erfüllt (BeckOK/*Hiéramente* GeschGehG, 3. Ed. 2020, § 23 Rn. 40).

Die Vorschrift ist ein Jedermanns-Delikt. Die Tathandlungen entsprechen denen des § 23 I Nr. 2 GeschGehG (s. KK 220).

6. **Rechtswidrigkeit**

Für alle Varianten den § 23 GeschGehG kommen grds. folgende Rechtfertigungsmöglichkeiten in Betracht:

- (mutmaßliche) Einwilligung des Betriebsinhabers, auch tatbestandlich relevant
- öffentlich-rechtliche Offenbarungspflicht, insbesondere Anzeigepflicht nach § 138 StGB, Aussagepflicht als Zeuge oder Sachverständiger im Strafprozess

- rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB.

7. § 23 I Nr. 3 GeschGehG – Beispielsfall

a) Sachverhalt (angelehnt an *Wittig* § 33 Vor Rn. 91)

A arbeitet bei der Schweizer Bank S-AG. Dort ist er hauptsächlich mit der Vermögensberatung deutscher Kunden beschäftigt. A hilft diesen Kunden, Gelder unter Umgehung deutscher Steuergesetze un versteuert in der Schweiz anzulegen. Außer ihm sind in diese von der Geschäftsführung der Bank gebilligte Praktiken nur wenige Mitarbeiter eingeweiht; die Kundendaten werden auf einem vom normalen Laufwerk der Bank abgetrennten passwortgeschützten Laufwerk abgelegt.

A missfällt seine fragwürdige Arbeit zunehmend. Er wendet sich daher an die Finanzbehörde eines deutschen Bundeslandes und bietet ihr den Kauf der bei der S-AG gespeicherten Kundendaten an. Nach einigen Verhandlungen einigen sich A und die Behörde. A erhält zwei Millionen Euro und übergibt im Gegenzug die Kundendaten, die er von dem Laufwerk der Bank auf einen USB-Stick kopiert hat.

Strafbarkeit des A gem. § 23 I Nr. 3 GeschGehG?

b) Lösung – Teil 1

Strafbarkeit des A gem. § 23 I Nr. 3 GeschGehG

Tatbestandsmäßigkeit:

- (1) A ist als Angestellter der S-AG tauglicher Täter des § 23 I Nr. 3 GeschGehG (= im Unternehmen beschäftigt).
- (2) Fraglich ist, ob die Daten der Kunden, die bei der S-AG unter Umgehung deutscher Steuervorschriften Gelder anlegen, ein **Geschäftsgeheimnis** i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG sind.

Die Kundendaten waren *weder allgemein bekannt noch ohne Weiteres zugänglich*. Sie befanden sich zudem auf einem passwortgeschützten Laufwerk und waren nur wenigen Mitarbeitern zugänglich. Die S-AG hatte also *angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen* getroffen.

Problematisch ist indes, ob die Informationen von *wirtschaftlichem Wert* sind (§ 2 Nr. 1 a) GeschGehG). Dieses Merkmal ist weit auszulegen, ein potenzieller Wert genügt (KK 217). Sind aber auch **rechtswidrige Informationen** wertvoll?

Zum Teil wird hier differenziert: Produktiv einsetzbares Know-how könne, auch wenn es rechtswidrig sei, einen wirtschaftlichen Wert haben (z.B. „Verschleierungssoftware“ für Dieselautos). Rechtsverstöße, die das Unternehmen bei ihrer Offenlegung zwar schädigen könnten (etwa durch Geldbußen oder Absatzrückgang infolge eines Imageverlustes), die aber nicht produktiv eingesetzt würden, seien dagegen nicht wirtschaftlich wertvoll (*Kalbfus* GRUR 2016, 1009, 1011).

Allerdings schützt § 23 GeschGehG das Vermögen in einer extensiven Interpretation (KK 216). Ein wirtschaftlicher Wert soll dementsprechend bereits dann angenommen werden können, wenn die Offenlegung des Geheimnisses die geschäftlichen Interessen des Geheimnisinhabers negativ beeinflusst (BT-Drs. 19/4724, 24). Vor dem Hintergrund dieser weiten Auslegung könnte damit auch den meisten rechtswidrigen Information ein Vermögenswert zugesprochen werden. Für eine solche Sichtweise wird die Existenz des § 5 Nr. 2 GeschGehG angeführt. Dieser erlaubt die Offenlegung eines Geheimnisses zur Aufdeckung rechtswidriger Handlungen; das Gesetz gehe also davon aus, dass rechtswidrige Handlungen unter den Geheimnisbegriff fallen (*Ohly GRUR* 2019, 441, 443; *Ullrich NZWiSt* 2019, 65, 66). Dieses Argument ist indes nicht zwingend: § 5 Nr. 2 GeschGehG spricht ausweislich seines Wortlauts von einer *Handlung* und bezieht sich damit nicht notwendig auf ein Geheimnis (*Brockhaus ZIS* 2020, 102, 110).

Hier kann nach beiden Ansichten ein wirtschaftlicher Wert angenommen werden: Zum einen nutzt die S-AG die Kundendaten zur Vermögensanlage und setzt sie damit produktiv ein, zum anderen könnte ein Publikwerden ihrer Geschäftspraktika ihr Ansehen negativ beeinflussen und dadurch schädigen; eventuell müsste sie mit Sanktionen oder Schadensersatzansprüchen rechnen.

Gleichwohl bestehen hiergegen Bedenken, sofern man dem Tatbestand einen normativ-ökonomischen Vermögensbegriff i.w.S. zugrunde legt. Danach wird Vermögen als Herrschaftsform interpretiert, die normativ durch die rechtlichen Durchsetzungspotenziale der Zivilrechtsordnung gekennzeichnet ist (*MüKo/Hefendehl* § 263 Rn. 405 ff.; *Spindler/Stilz/Hefendehl* § 404 AktG Rn. 28). Hiermit ist zugleich die Möglichkeit der rechtlich fundierten Abschirmung gegenüber Dritten verbunden. Die Offenbarung strafbarer Handlungen erfolgt aber grundsätzlich von Amts wegen. Ein Unternehmen kann dies (außer im Falle eines absoluten Antragsdelikts)

nicht unterbinden, es hat hier also kein Abschirmpotenzial. Demnach kommt der Kenntnis um eine strafbare Handlung kein Vermögenswert zu (Spindler/Stilz/Hefendehl § 404 AktG Rn. 29 ff.).

Bejaht man aber einen wirtschaftlichen Wert, ist weiter zu prüfen, ob auch ein *berechtigtes Geheimhaltungsinteresse* besteht. Dafür wird argumentiert, § 5 Nr. 2 GeschGehG setze, wie bereits erwähnt, voraus, dass auch illegale Vorgänge Geheimnisse sein können, die Vorschrift liefe ansonsten zum Großteil leer. Sofern dem Merkmal „berechtigt“ eine Einschränkung auf legale Geheimnisse entnommen wird, wird außerdem teilweise die Vereinbarkeit dieses Merkmals mit der zugrunde liegenden europäischen Richtlinie bezweifelt. Die Richtlinie kennt das Kriterium des berechtigten Geheimhaltungsinteresses nämlich nicht explizit (*Ohly* GRUR 2019, 441, 444 f., dagegen aber *BeckOK/Hiéramente* GeschGehG, 3. Ed. 2020, § 23 Rn. 70). Im Übrigen schützen auch andere Geheimnisschutzvorschriften nach ganz überwiegender Meinung sog. illegale Geheimnisse, etwa § 203 StGB (Rotsch/*Lindemann*, Criminal Compliance, § 15 Rn. 35).

Dies vermag nicht zu überzeugen. Zunächst droht ein Wertungswiderspruch, wenn eine eigentlich missbilligte Information doch rechtlich geschützt wird (Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Alexander*, UWG, § 2 GeschGehG Rn. 78; *Hauck* GRUR-Prax 2019, 223, 224; *Schreiber* NZWiSt 2019, 332, 335). Außerdem läuft § 5 Nr. 2 GeschGehG nicht leer (KK 226). Vor allem aber ist das Merkmal „berechtigt“ so zu verstehen, dass das Interesse an der Geheimhaltung von der Rechtsordnung missbilligter Umstände nicht geschützt wird. Strafrechtlich relevante Vorgänge (hier: eine Beihilfe der S-AG zur Steuerhinterziehung) können deshalb kein Geschäftsgeheimnis begründen.

Im Übrigen folgt dies ohnehin bereits aus dem normativ-ökonomischen Vermögensbegriff (KK 226 f.). Hat das Unternehmen kein Durchsetzungs- sowie Abschirmpotenzial, existiert schon deswegen kein *berechtigtes* Geheimhaltungsinteresse. Vor diesem Hintergrund erscheint die explizite Normierung dieses Merkmals in § 2 Nr. 1 c) GeschGehG als (überflüssige) Verdoppelung.

Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht daher ebenfalls nicht. Damit sind die Voraussetzungen eines Geheimnisses i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG nicht erfüllt. Die folgende Prüfung erfolgt gleichwohl hilfsgutachterlich:

(3) Das Geheimnis ist A auch *im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses zugänglich geworden*.

(4) Weiterhin hat A, obwohl er als Arbeitnehmer zur Verschwiegenheit verpflichtet war, das Geheimnis der Finanzbehörde, also einem Dritten, bekannt gegeben (= *offengelegt*). Damit hat er den Verbotstatbestand des § 4 II Nr. 3 GeschGehG erfüllt. Dies geschah, wie § 23 I Nr. 3 GeschGehG fordert, *während der Geltungsdauer* des Beschäftigungsverhältnisses.

(5) Damit scheint der Tatbestand des § 23 I Nr. 3 GeschGehG erfüllt. Allerdings könnte die Tatbestandsausnahme des § 5 Nr. 2 GeschGehG eingreifen.

Dazu zunächst eine allgemeine Einführung in die Problematik.

8. Die rechtliche Beurteilung des Whistleblowing

a) Einführung

Die Meldung unternehmensinterner Missstände an Außenstehende wird unter dem Stichwort *externes Whistleblowing* diskutiert (vgl. dazu bereits KK 44 ff.). Lange Zeit gab es dazu keine explizite Regelung. Nur vereinzelt existierten Vorschriften, die bestimmte Anzeigen an Externe erlauben. Bspw. dürfen sich Beschäftigte gem. § 17 II ArbSchG an Behörden wenden, wenn der Arbeitgeber trotz darauf gerichteter Beschwerde keine ausreichende Sicherheit und keinen ausreichenden Gesundheitsschutz bei der Arbeit gewährleistet. Mit Einführung des § 5 Nr. 2 GeschGehG besteht nun erstmals eine allgemeine Regelung zur Aufdeckung rechtswidriger Handlungen. Bevor diese genauer ausgeführt wird, soll aber zunächst ein Überblick über die rechtliche Beurteilung des Whistleblowing gegeben werden. Dabei müssen verschiedene Ebenen unterschieden werden: Neben einer möglichen Strafbarkeit drohen einem Arbeitnehmer nämlich auch arbeitsrechtliche Konsequenzen.

b) Die strafrechtliche Ebene

Wie im Beispielfall gesehen, kann die Weitergabe von Unternehmensgeheimnissen an externe Stellen den Tatbestand des § 23 I Nr. 3 GeschGehG erfüllen. Daneben kommen aber auch andere Tatbestände in Betracht, etwa die §§ 203, 204 StGB (*Lutterbach, Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings, 2010, S. 83 f.*). Ob Whistleblowing dennoch straflos sein kann, wurde bislang überwiegend als Frage der Rechtfertigung nach § 34 StGB diskutiert. Probleme bereitete in diesem Zusammenhang vor allem die dort bei der Notstandshandlung vorzunehmende Interessensabwägung. Ein Vergleich der Strafraumen war oft nicht weiterführend, da viele Delikte das gleiche Maß an Freiheitsstrafe androhen (z.B. § 299 StGB und § 23 I Nr. 3 GeschGehG). Die

Frage der Rechtfertigung hing „am seidenen Faden schwer absehbarer Abwägungsergebnisse“ (Ullrich NZWiSt 2019, 65, 68).

c) Die arbeitsrechtliche Ebene

Die arbeitsrechtliche Seite des Whistleblowing soll hier nur in den Grundzügen wiedergegeben werden: Einen Arbeitnehmer trifft die aus seinem Arbeitsvertrag nach § 241 II BGB folgende Pflicht, auf die Interessen seines Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen (*Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 224). Grundsätzlich ist er daher dazu verpflichtet, über Unternehmensgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren. Verletzt er diese Pflicht, droht ihm eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 II 1 KSchG; in Ausnahmefällen – wenn die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt – kann sogar eine fristlose Kündigung nach § 626 BGB in Betracht kommen (dazu *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 368 ff., 401 ff.).

Andererseits hat der Arbeitnehmer aber auch das Recht, auf illegale Vorgänge aufmerksam zu machen. Das Stellen einer Strafanzeige ist eine von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Möglichkeit zur Rechtsverfolgung und wird für den Einzelnen durch Art. 2 I i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG geschützt (BAG NZA 2004, 427, 429). Verschiedentlich wird auch die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 I GG herangezogen (BAG NZA 2017, 703, 704).

Diese gegenläufigen Positionen – die Rücksichtnahmepflicht und das Recht auf Anzeigenerstattung – müssen im konkreten Einzelfall abgewogen werden. Im Ergebnis ist also die Verhältnismäßigkeit der Kündigung zu prüfen. Dabei haben sich in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung einige Grundsätze herausgebildet: Zum einen sind die Motive zu berücksichtigen, die den Arbeitnehmer zum Whistleblowing veranlasst haben. Will

er etwa nur dem Arbeitgeber schaden, fällt das negativ ins Gewicht (BAG NZA 2004, 427, 430). Zum anderen muss der Arbeitnehmer, sofern ihm dies nicht unzumutbar ist, sich zunächst an interne Stellen wenden, bevor er ein Unternehmensgeheimnis an externe Stellen weitergeben darf (BAG NZA 2017, 703, 704). Diesen grundsätzlichen Vorrang eines unternehmensinternen Abhilfeversuchs kennt auch der EGMR. Dieser verlangt außerdem das Bestehen eines öffentlichen Interesses an der Information, die weitergegeben wurde (EMGR NJW 2011, 3501, 3503).

d) Die Tatbestandsausnahme des § 5 GeschGehG

Mit § 5 GeschGehG ist das externe Whistleblowing nun erstmals explizit geregelt. Die Vorschrift sieht Ausnahmen zu den Verboten des § 4 GeschGehG vor, wenn der Täter zum Schutz eines berechtigten Interesses handelt. In den aufgezählten drei Nummern werden diese Interessen konkretisiert: Während Nr. 1 der Meinungsfreiheit und damit vor allem dem Schutz investigativer Journalisten und Nr. 3 dem Schutz von Arbeitnehmervertretungen dient, hatte der Gesetzgeber bei Nr. 2 die Erfassung des Whistleblowing vor Augen. Danach ist die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses nicht verboten, wenn sie zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens geschieht und geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Entscheidend ist die objektive Eignung, ob es dem Täter auch subjektiv darauf ankommt, ist egal (*Wittig* § 33 Rn. 89). Sind die Voraussetzungen erfüllt, ist die entsprechende Handlung zivil- und strafrechtlich erlaubt. Die Tatbestandsausnahme hat damit sowohl Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche als auch auf die strafrechtliche Beurteilung. Angesichts der expliziten und weiten Regelung in § 5 Nr. 2 GeschGehG ist § 34 StGB daneben nicht mehr anwendbar (*Schreiber* NZWiSt 2019, 332, 335).

aa) Ausgestaltung als Tatbestandsausnahme

Zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens war § 5 GeschGehG als Rechtfertigungsgrund konzipiert. Im weiteren Verlauf kamen dem Gesetzgeber aber Bedenken, schon die Erfüllung des Verbotstatbestandes des § 4 GeschGehG könne einen abschreckenden Effekt auf die Arbeit von Journalisten haben (BT-Drs. 19/8300, 14). Daher wurde der Rechtfertigungsgrund in eine Tatbestandsausnahme umgestaltet, was für die Beurteilung der Rechtslage freilich keine weitergehenden Vorteile mit sich bringt. Die Diskussion erinnert an die bei § 223 StGB geführte Debatte, ob *lege artis* geführte ärztliche Eingriffe bereits aus dem Tatbestand ausgenommen werden sollten (dazu NK/*Paeffgen/Zabel* § 228 Rn. 56 ff.).

bb) Tatbestandliche Voraussetzungen

§ 5 Nr. 2 GeschGeh hat sehr offen gefasste Voraussetzungen. Noch verhältnismäßig einfach zu handhaben sind die Merkmale *rechtswidrige Handlung* und *berufliches Fehlverhalten*. Eine rechtswidrige Handlung ist jede Handlung, die gegen die Rechtsordnung verstößt. Ein berufliches Fehlverhalten meint einen Verstoß gegen berufsständische Normen (BT-Drs. 19/4724, 29). Problematisch ist dagegen die Auslegung des Merkmals des *sonstigen Fehlverhaltens*. Erfasst werden soll damit jedes unethische Verhalten, das nicht unbedingt rechtswidrig sein muss. Bspw. könnte die Produktion im Ausland durch (in diesem Land erlaubte) Kinderarbeit darunter fallen (BT-Drs. 19/4724). Allerdings eröffnet das Abstellen auf ethische Maßstäbe weite Spielräume, die praktisch keine sicheren Aussagen erlauben. Denn unklar ist bereits, nach wessen Ansicht diese ethischen Maßstäbe bestimmt werden sollen (*Ullrich* NZWiSt 2019, 65, 69). Ob es hier, wie der Gesetzgeber meint (BT-Drs. 19/8300, 14), tatsächlich ein allgemeines, objektivierbares Rechtsverständnis als Beurteilungsgrundlage gibt, erscheint fraglich.

Auch der Begriff des *allgemeinen öffentlichen Interesses* ist sehr weit und kann kaum zuverlässig gedeutet werden. Damit dem öffentlichen Interesse gedient wird, ist wohl zumindest eine rechtswidrige Handlung bzw. ein Fehlverhalten von einigem Ausmaß und Gewicht erforderlich (BT-Drs. 19/8300, 14).

cc) Rechtsfolge

In § 5 GeschGehG ist kein abgestuftes System zur Aufdeckung des Geheimnisses vorgesehen. Nach dem Wortlaut darf der Hinweisgeber ohne Zwischenschritte sofort die Öffentlichkeit informieren. Dies geht über die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hinaus, die grundsätzlich zunächst einen internen Abhilfeversuch verlangt (KK 231). Auch der Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, sieht ein abgestuftes System vor (KK 45). Dass ein solches in der Richtlinie, auf die das GeschGehG zurückgeht (KK 215), nicht vorgesehen ist, ist also widersprüchlich.

Vor dem Hintergrund der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung wird zum Teil vorgeschlagen, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie bislang bei Beurteilung der Kündigung erfolgte, in § 5 GeschGehG zu integrieren (*Ohly* GRUR 2019, 441, 448 f.). Das hätte zur Folge, dass der Arbeitnehmer den Verstoß regelmäßig erst an eine interne Stelle melden müsste. Der Gesetzgeber hält eine Abwägung im Einzelfall i.R.d. Merkmals der berechtigten Interessen für möglich (BT-Drs. 19/4724, 28). Außerdem hat er in § 1 III Nr. 4 GeschGehG bestimmt, dass Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vom GeschGehG unberührt bleiben. Auf arbeitsrechtlicher Ebene muss der Arbeitnehmer daher wohl im Ergebnis weiterhin zunächst einen internen Abhilfeversuch vornehmen (*Dann/Markgraf* NJW 2019, 1774, 1777). Im Strafrecht erscheint die Integration einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung dagegen mit Blick auf Art. 103 II GG bedenklich: Denn § 5 Nr. 2 GeschGehG

konkretisiert die berechtigten Interessen und statuiert ausdrücklich nur die Voraussetzung „geeignet“ (i.E. auch *Schreiber* NZWiSt 2019, 332, 337).

dd) Bewertung

Die Regelung zum Whistleblowing erweitert ihrem Wortlaut nach den Schutz von Hinweisgebern deutlich. Ihnen ist es erlaubt, sich bei rechtswidrigem, aber auch sonstigem, nicht notwendig rechtswidrigem Verhalten an die Öffentlichkeit zu wenden.

Hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Konsequenzen muss wohl weiterhin eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden, sodass der Arbeitnehmer sich regelmäßig zunächst an eine interne Stelle wenden muss. Sind aber die Verhältnismäßigkeit und die sonstigen Voraussetzungen des § 5 Nr. 2 GeschGehG gewahrt, liegt keine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers vor und entfällt damit der Anknüpfungspunkt für eine Kündigung.

Hinsichtlich der strafrechtlichen Konsequenzen ist zu konstatieren, dass sich die Diskussion um die Strafbarkeit des Whistleblowing auf die Tatbestandsebene verlagert hat. Bedeutsam ist dabei der Verzicht auf eine Interessensabwägung, wie sie bislang bei § 34 StGB vorgenommen werden musste. Ein vorrangiger interner Abhilfeversuch ist nicht zu fordern.

Ob § 5 Nr. 2 GeschGehG aber insofern mehr Rechtssicherheit bieten kann, ist nicht gesagt. Wie gesehen enthält die Regelung nämlich viele offen gefasste Merkmale, insbesondere das des sonstigen Fehlverhaltens. Ein Arbeitnehmer, der auf ein solches Fehlverhalten aufmerksam machen möchte, kann die Rechtmäßigkeit seines Handelns kaum sicher beurteilen. Das könnte ihn letztlich von der Geheimnisoffenbarung abschrecken

(Ullrich NZWiSt 2019, 65, 69). Das Ziel, einen besseren Schutz von Whistleblowern zu erreichen, wird damit gefährdet.

Zur Meldung von Verstößen gegen Unionsrecht verpflichtet die „Whistleblower-Richtlinie“ der EU (RL 2019/1937) die Mitgliedstaaten zur Einrichtung eines internen und externen Meldesystems (KK 45). Für diesen Bereich ist in Zukunft daher mit einer erneuten Umgestaltung der Rechtslage zu rechnen.

9. Lösung des Beispielfalls (KK 224) – Teil 2

Im obigen Beispielfall hat A (würde man ein Geschäftsgeheimnis bejahen) die Tatbestandsmerkmale des § 23 I Nr. 3 GeschGehG verwirklicht. Es könnte aber die Tatbestandsausnahme des § 5 Nr. 2 GeschGehG eingreifen. Das hätte zur Folge, dass das Offenlegen doch nicht unter das Verbot des § 4 GeschGehG und damit auch nicht unter den Tatbestand des § 23 I Nr. 3 GeschGehG fallen würde.

Durch die Weitergabe der Kundendaten ermöglicht A es den deutschen Behörden, Steuernachzahlungen einzufordern und Steuerstraftaten aufzuklären. Die Offenlegung erfolgte also *zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung*. Die Erhebung von Steuern zur Finanzierung des Staates berührt das *allgemeine öffentliche Interesse* als Konkretisierung der *berechtigten Interessen* i.S.d. § 5 GeschGehG. Die Offenlegung müsste zu deren Schutz *geeignet* gewesen sein. Maßgeblich ist die objektive Eignung, die hier gegeben ist. Dass A subjektiv auch durch die Geldzahlung motiviert war, schadet daher nicht (vgl. Wittig § 33 Rn. 92). Eine darüber hinausgehende allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nicht erforderlich (KK 233 f.).

Folglich greift die Ausnahme des § 5 Nr. 2 GeschGehG und handelte A nicht tatbestandsmäßig. Er hat sich nicht nach § 23 I Nr. 3 GeschGehG strafbar gemacht.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Was sind die Voraussetzungen eines Geschäftsgeheimnisses?

- II. Inwiefern wirkt sich § 5 Nr. 2 GeschGehG auf die Rechtmäßigkeit des Whistleblowing aus?

Literaturhinweise

Wittig § 33 Rn. 28 ff.

Brockhaus ZIS 2020, 102

Hauck GRUR-Prax 2019, 223

Ohly GRUR 2019, 441

Trebeck/Schulte-Wissermann NZA 2018, 1175 [zur arbeitsrechtlichen Beurteilung]