

Beiträge zum Informationsrecht

Band 45

**Die Ausnahmen
vom Geschäftsgeheimnisschutz**

Von

Emma Johanna Kleinvogel



Duncker & Humblot · Berlin

EMMA JOHANNA KLEINVOGEL

Die Ausnahmen vom Geschäftsgeheimnisschutz

Beiträge zum Informationsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Hansjürgen Garstka,
Prof. Dr. Michael Kloepfer,
Prof. Dr. Eva Inés Obergfell,
Prof. Dr. Friedrich Schoch

Band 45

Die Ausnahmen vom Geschäftsgeheimnisschutz

Von

Emma Johanna Kleinvoegel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahr 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1619-3547
ISBN 978-3-428-19191-8 (Print)
ISBN 978-3-428-59191-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Die Dissertation widme ich meiner Mutter Dagmar Kleinvogel,
mein Vorbild, meine Stütze und mein zu Hause.*

*Im Gedenken an meinen Großvater
Dr. iur. Manfred Kleinvogel.*

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Dezember 2023 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt in erster Linie Herrn Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge) für die Betreuung meiner Dissertation, der mir nicht nur das Thema vorschlug, sondern mir auch stets beratend zur Seite stand.

Ich möchte mich auch bei Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge) für die zügige Erstellung des konstruktiven Zweitgutachtens bedanken.

Großer Dank gilt auch all den Personen, die mich in dieser Zeit begleitet haben. Dies gilt insbesondere für die besonderen Menschen in meinem privaten Umfeld. Besonders schätze ich auch meine promotionsbegleitende Tätigkeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan) an der Humboldt Universität zu Berlin. Dort hatte ich nicht nur immer einen Rückzugsort zum Arbeiten, sondern war auch von ganz liebevollen Kolleginnen und Kollegen umgeben.

Danken möchte ich auch der Studienstiftung des deutschen Volkes e. V., durch deren Promotionsstipendium ich mich intensiv auf die Dissertation fokussieren und von deren ideellen Förderung ich profitieren konnte.

Berlin, im März 2024

Emma Kleinvogel

Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
A. Inhaltliche Einführung	21
B. Relevanz	22
C. Ziel der Untersuchung	23
I. Zu lösende Probleme	23
II. Herangehensweise	25
D. Forschungsstand	26
E. Überblick über den Gang der Darstellung	27

Teil 1

Der Geschäftsgeheimnisschutz im Kontext 28

Kapitel 1

Überblick über den Geschäftsgeheimnisschutz und seine Ausnahmen	28
A. Der Geheimnisbegriff	28
I. Definition vor der Einführung der Geschäftsgeheimnisschutz-Richtlinie ..	28
II. Definition nach dem GeschGehG	28
III. Erfassung rechtswidriger Geschäftsgeheimnisse vom Schutzbereich des GeschGehG	31
B. Schutzbereich	34
I. Reichweite des Schutzes des Geschäftsgeheimnisses nach der Richtlinie ..	34
II. Reichweite der in § 4 verbotenen Handlungsformen	35
C. Überblick über die Ausnahmen des § 5 mit Blick auf die frühere Rechtslage ..	38
I. Allgemeines zu § 5	38
II. Frühere Rechtslage	38
III. Unterschiede zwischen Geschäftsgeheimnisrichtlinie und deutscher Um- setzung	39
IV. Grenzen der von § 5 erlaubten Handlungsformen	40
V. Prognose der Relevanz der Nutzungshandlungen für § 5	41

Kapitel 2

Verfassungsrechtlicher Kontext		42
A. Normativer Gegenstand dieser Untersuchung		42
I. Verhältnis der Grundrechtsdimensionen und Rechtsprechungsebenen zu- einander		42
1. Auf Unionsebene		42
2. Auf nationaler Ebene		43
II. Fazit für die vorliegende Untersuchung		46
B. Verfassungsrechtlicher Schutz des Geschäftsgeheimnisses		47
I. Einschlägige Verfassungsordnung		47
II. Mögliche verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte		47
1. Meinungsstand		47
2. Schutzbereich der denkbaren Anknüpfungspunkte		48
a) Berufsfreiheit		48
b) Eigentumsfreiheit		50
3. Zwischenergebnis		52
III. Anwendung auf das Geschäftsgeheimnis in seiner neuen Gestalt		52
1. Zur Rechtsnatur und Zuordnung des Geschäftsgeheimnisses		52
a) Vor Einführung des GeschGehG		52
b) Nach Einführung des GeschGehG		53
2. Stellungnahme		55
IV. Notwendigkeit der Festlegung auf ein Grundrecht?		56
1. Gewichtung der Grundrechte		56
2. Schrankenregelungen		57
3. Schranken-Schranken und Rechtsprechung sowie Literatur		60
4. Zwischenergebnis		60
V. Ergebnis		61
C. Verhältnis zum verfassungsrechtlichen Schutz der Ausnahmen		61

Kapitel 3

Methodischer Kontext		62
A. Konkretisierung von Generalklauseln		62
I. Die Definition der Generalklausel		63
II. Verfassungsrechtliche Vereinbarkeit einer weiten Formulierung		65
III. Rechtfertigung des Einsatzes für die Ausnahmen		66
1. Funktionen von Generalklauseln		66
2. Übertragung auf die Ausnahmen des Geheimnisschutzes		67
a) Bedeutsamkeit des Schutzrechts		67

b) Geheimnisqualität als entscheidender Unterschied	68
c) Lauterkeitsrechtliche Züge des Geschäftsgeheimnisschutzes	69
d) Zwischenergebnis	69
IV. Methoden zur Konkretisierung von Generalklauseln	70
1. Angemessenheitsprüfung	71
a) Abwägungsprüfungen im Urheberrecht	71
b) Normierte Verhältnismäßigkeitsgebote im GeschGehG	72
c) Notwendigkeit und Zulässigkeit einer Abwägung innerhalb des § 5	73
aa) Kompetenzüberschreitung?	75
bb) Auslegungsspielraum innerhalb der Tatbestandsalternativen ...	75
(1) § 5 Nr. 2: rechtswidriges und berufliches Fehlverhalten	
und § 5 Nr. 3	75
(2) Die übrigen Ausnahmen des § 5	76
cc) Auslegungsspielraum innerhalb der erlaubten Nutzungsart	77
d) Zwischenergebnis	78
2. Hilfestellung durch die objektive Werteordnung, insbesondere Grund-	
rechte	78
a) Grundrechte	79
b) Orientierung an gesetzlichen Vorgaben	80
c) Verhalten unterhalb der Schwelle gesetzlicher Verstöße	80
d) Orientierung an Gesetzeskatalogen und der Auslegung wertungs-	
offener Normen	82
e) Leitlinien bereits bestehender Ethikgremien	84
3. Wortlaut der Norm und Gesetzgebungsmaterialien	85
4. Orientierung an Präjudizien	85
5. Ermittlung möglicher Lebenssachverhalte	85
6. Folgenorientierte ökonomische Analyse	86
7. Rechtsvergleichung	87
8. Zwischenergebnis	88
B. Auskunftsanspruch versus Ausnahme	88
I. Differenzierung	89
II. Funktion und Grenzen der Entwicklung von Auskunftsansprüchen	90
III. Anwendung auf § 5	92
1. Bestehende vorrangige Auskunftsansprüche	92
2. Normcharakter	93
3. Notwendigkeit eines Auskunftsanspruchs?	94
4. Folgenbetrachtung	96
IV. Ergebnis	97

*Teil 2***Die Tatbestände des § 5 im Einzelnen** 98

Kapitel 4

Reichweite von § 5 Nr. 2 98

A. Das Whistleblowing	98
I. Die Interessenlage und die mit dem Whistleblowing verbundenen Risiken	98
1. Perspektive des Whistleblowers	98
2. Perspektive des Geschäftsgeheimnisinhabers	99
3. Perspektive der Öffentlichkeit	100
II. Zur Bedeutsamkeit des Whistleblowings	100
1. Existenz von Missständen	100
2. Hilfe durch Whistleblower	102
3. Sachlicher Kontext des Whistleblowings	103
a) Im arbeitsrechtlichen Umfeld	103
b) Kategorien möglichen Fehlverhaltens	104
aa) Wirtschaft	104
bb) Politik	105
cc) Einhaltung von Menschenrechten	107
dd) Umwelt	108
III. Bestehende Ausgestaltung des Whistleblowings	110
1. Hinweisgeberschutz-Richtlinie und HinSchG	110
a) Zweck der Richtlinie	110
b) Persönlicher Anwendungsbereich	110
c) Sachlicher Anwendungsbereich	111
d) Umsetzung der Schutzmaßnahmen im HinSchG	111
e) Verhältnis der Geschäftsgeheimnisschutz-RL zur Hinweisgeber- schutz-RL	113
2. Bestehende staatliche Ausgestaltung	114
3. Bestehende privatautonome Ausgestaltung	114
a) Hinweisgebersystem als Teil des Compliance-Systems	114
b) Exemplarisch: Das Hinweisgebersystem des Volkswagenkonzerns ..	115
B. Allgemeines	116
I. Überblick zu § 5 Nr. 2	116
II. Abgrenzung zu § 5 Nr. 1	116
1. Durch Ausgrenzung journalistischer Tätigkeit	116
2. Spezialitätsverhältnis	118
C. Rechtsprechung zur Aufdeckung von Fehlverhalten	118
I. Urteile des EGMR	119

1. EGMR – Sürek v. Türkei	119
2. EGMR – Sürek und Özdemir v. Türkei	120
3. EGMR – Guja/Moldau	121
4. EGMR – Marchenko v. Ukraine	124
5. EGMR – Heinisch v. Deutschland	125
6. EGMR – Haldimann u. a. v. Schweiz	127
7. EGMR – Gawlik v. Liechtenstein	128
II. Nationale Entscheidungen	129
1. BVerfG – Springer-Wallraff	129
2. BGH – Innenminister unter Druck	130
3. BGH – Verbreitung von Filmaufnahmen aus Bio-Hühnerställen	131
D. Eignung zum Schutz des allgemeinen öffentlichen Interesses	132
I. Objektiver oder subjektiver Maßstab	132
1. Kritik an der deutschen Umsetzung	133
2. Stellungnahme	133
a) Zur Übersetzung aus dem Englischen	133
b) Sinn und Zweck der Richtlinie	134
c) Zwischenergebnis	136
II. Bedeutungsumfang	136
E. Zusätzlich berechtigtes Interesse?	138
F. Rechtswidrige Handlung	138
G. Berufliches Fehlverhalten	139
I. Gesetzesverstöße	140
II. Normen ohne Rechtscharakter	141
III. Sonstiges berufliches Fehlverhalten	142
IV. Praktische Bedeutung	143
H. Sonstiges Fehlverhalten	144
I. Kritik	145
II. Mindestvoraussetzungen	147
III. Rückgriff auf Auslegung der objektiven Werteordnung	149
1. Sittenwidrigkeit	150
a) Zum Begriff	150
b) Anwendung im Rahmen des § 5 Nr. 2	151
c) Die Kriterien im Einzelnen	153
2. Treu und Glauben	154
IV. Mögliche Fallgruppen des sonstigen Fehlverhaltens	155
1. Handeln im Ausland	155
a) Herleitung	155

b) Bewertungsproblem	156
c) Unterkategorie: Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette	156
aa) Zu den gesetzlichen Vorgaben	156
bb) Ausstrahlung auf § 5	158
(1) Verstöße gegen das LkSG als Fehlverhalten nach § 5	158
(2) Verstöße gegen das durch die Sorgfaltspflichten vorzubeu- gende Fehlverhalten	159
2. Handeln im Widerspruch zu überobligatorischen Zusagen	160
a) Verstoß gegen private Vereinbarungen	160
b) Öffentliche Zusage	162
V. Ergebnis	163
I. Ausgestaltung der Angemessenheitsprüfung	164
I. Übertragbarkeit der vom EGMR entwickelten Kriterien auf die Gesch- GehRL?	165
II. Abwägung hinsichtlich der erlaubten Nutzungshandlung	166
1. Wahl des mildesten gleich effektiven Mittels	166
2. Einhaltung von Eskalationsstufen	167
III. Schwere des Öffentlichkeitsinteresses	169
IV. Folgenabwägung	171
1. Für den Geschäftsgeheimnisinhaber	171
2. Für den Offenbarenden	172
V. Das Verhalten des Nutzenden	173
1. Loyalitätspflicht	173
2. Authentizität der offenbarten Information	174
3. Art der Informationserlangung	174
VI. Einfluss staatlicher Interessen	174
VII. Gepräge des Fehlverhaltens	175
1. Einsatz des Geschäftsgeheimnisses	175
2. Mögliche Verursacher des Fehlverhaltens	175
3. Bewertung	176

Kapitel 5

Reichweite von § 5 Nr. 1	176
A. Schutzzumfang der privilegierten Grundrechte	177
I. Schutzbereich	178
1. Sachlicher Schutzbereich	178
2. Persönlicher Schutzbereich	179
II. Rechtfertigung	180
B. Dogmatische Einordnung in die Systematik des § 5	182

C. Rechtsprechung zu Grenzen journalistischer Tätigkeit	182
I. Weitergabe und Veröffentlichung von Dienstgeheimnissen	183
1. Bei Berichterstattung unter Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses	183
2. Bei Informationsweitergabe durch Beamte	184
II. Durchsetzung gegenüber Urheberrechten	185
1. Rechtfertigung und Grenzen der Übertragbarkeit auf den Geschäftsgeheimnisschutz	185
2. Die Entscheidungen im Einzelnen	186
a) BGH/EuGH – Afghanistan Papiere	186
b) BGH/EuGH – Reformistischer Aufbruch (Volker Beck)	187
c) Unterkategorie Parodie	188
d) Urt. d. EuGH v. 15.03.2022 – C-302/20 (Marktmissbrauchsverordnung)	188
aa) Überblick über die MAR	189
bb) Die Entscheidung des EuGHs	190
cc) Rückschluss für die Auslegung des § 5 Nr. 1	190
III. Ergebnis der Rechtsprechungsauswertung	191
D. Ausgestaltung der Angemessenheitsprüfung	192
E. Anwendungsbereich des § 5 Nr. 1	192
1. Überblick	192
2. Anwendungsfälle	194
a) Journalistische Tätigkeit in den Fällen des § 5 Nr. 2	194
b) Fälle fehlerfreien Verhaltens	195
aa) Erläuterung dieses Anwendungsbereichs	195
bb) Umsetzung	195
3. Beschränken auf bloße Nutzung	197
F. Ergebnis	198

Kapitel 6

Reichweite von § 5 Nr. 3

A. Verhältnis zu anderen Vorschriften im GeschGehG	199
I. Zu § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4	200
II. Zu § 3 Abs. 1 Nr. 3	202
III. Zwischenergebnis	203
B. Reichweite der Tatbestandsvoraussetzungen	203
I. Offenlegung der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung ...	203
1. Unbefugtes Erlangen	204
2. Reichweite der Befugnis zur Offenlegung	204

a) Offenlegung gegenüber Dritten	204
b) Offenbarung gegenüber externer Arbeitnehmervertretung	205
c) Zwischenergebnis	207
II. Erforderlichkeit zur rechtmäßigen Aufgabenerfüllung durch Arbeitnehmer- vertretung	207
C. Keine weitere Abwägungsprüfung	209
D. Verbleibender Anwendungsbereich	210
E. Ergebnis	211

Kapitel 7

Reichweite von Art. 5 lit. d GeschGeh-RL	212
A. Anwendungsbereich – der status quo	212
B. Grenze der Auslegung: Vergleichbarkeit?	214
C. Vergütungspflicht als Regulierungsfaktor?	216
I. Herleitung	216
II. Anwendungsbereich	218
1. Sachlicher Anwendungsbereich	218
2. Die zu erlaubenden Nutzungshandlungen	218
III. Widerspruch zu den Vorschriften des GeschGehG?	219
1. Zu § 9	220
2. Zu § 10 Abs. 1	220
3. Zu § 11 Abs. 1	222
4. Zwischenergebnis	222
IV. Eingriff in die Privatautonomie als Ausschluss?	223
1. § 5 als faktische Zwangslizenz?	223
2. Vergütungspflicht als faktische Zwangslizenz?	224
3. Zulässigkeit einer Knowhow-Zwangslizenz?	226
4. Widerspruch zur Vollharmonisierung?	227
V. Ergebnis	228
D. Fallgruppenbildung möglicher Interessen	229
I. Zugang zu Daten	229
1. Bedeutsamkeit von Daten im GeschGehG	229
2. Spezialgesetzliche Zugangsrechte	231
3. Subsumtion unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses	232
4. Allgemeine Zugangsschranke zu Daten?	235
5. Denkbare Interessen	236
a) Behinderung wettbewerbsgetriebener Märkte	236

b) Reparaturinteresse	237
aa) Entwicklung der Fallgruppe	237
bb) Begründung der Fallgruppe	242
(1) Verfassungsrechtliches Recht zur Reparatur?	242
(2) Erschöpfungsgrundsatz im Geheimnisschutz?	243
(a) Grundsatz der Erschöpfung	243
(b) Übertragung auf den Geheimnisschutz	243
(c) Kein Bedarf wegen Regelungen im GeschGehG	244
(d) Zwischenergebnis	245
cc) Vorrangiges Recht auf Nacherfüllung im Kauf- und Werkver-	
tragsrecht?	246
6. Problem: § 5 als richtiger Regelungsstandort?	246
7. Ergebnis	248
II. Herstellung essenzieller Medikamente und Impfstoffe	248
1. Herleitung des Interesses	249
2. Übertragung auf den Geheimnisschutz	250
a) Übertragung auf den Geschäftsgeheimnisschutz	250
aa) Denkbare Konstellationen	250
(1) Zugriff auf Know-how als notwendiger Zwischenschritt ...	251
(a) Durchsetzung des Interesses im Patentrecht	251
(b) Methodische Herangehensweise	252
(2) Isolierter Zugriff auf Know-how	253
(3) Zwischenergebnis	253
bb) Zu erlaubende Nutzungsrechte	253
(1) Offenlegung	253
(2) Nutzung	254
(3) Erlangung	254
b) § 5 als richtiger Regelungsstandort?	254
aa) Präzisierungsschwierigkeiten	255
bb) Unzureichende Sicherung der Information	257
cc) Kein Auskunftsanspruch	257
dd) Umsetzungsvorschlag im Auftrag der Europäischen Kommis-	
sion	258
3. Ergebnis	259
III. Offenlegung zwecks Beratung	260
1. Verhältnis zu § 3	261
2. Differenzierung nach Personenkreisen	263
a) Gegenüber Personenkreis aus § 203 StGB	263
b) Austausch im privaten Umfeld	263
c) Austausch mit externen Stellen	264

3. Zwischenergebnis	264
IV. Erfüllung rechtlicher Pflichten	265
1. Entwicklung anhand von Fällen	265
2. Diskussion	266
3. Ergebnis	267
V. Staatliche Interessen	268
E. Ergebnis	268
F. Auswirkung auf die Erforderlichkeit einer weiteren Angemessenheitsprüfung ..	269

Teil 3

Einordnung des § 5 in das Rechtssystem 270

Kapitel 8

Überlagerung mit anderen Rechtsgebieten 270

A. Mögliche Konfliktlagen	271
B. Lösung von Konfliktlagen im Allgemeinen	273
I. Lösung der Überlagerung von aktiven Schutzrechten	273
II. Lösung der Überlagerung von Rechtsgebieten im Übrigen	275
C. Übertragung auf die Kollision mit dem Geschäftsgeheimnisschutz	276
I. Vereinbarkeit mit dem Geschäftsgeheimnisschutz	276
II. Methodische Umsetzung in Bezug auf das GeschGehG	278
D. Scheinproblematik?	279
I. Überlagernde Rechtsgebiete (Fall 1)	279
II. Überlagerung aktiver Schutzrechte	280
1. Urheberrecht und Geschäftsgeheimnis (Fälle 2 und 3)	280
2. Patent und Geschäftsgeheimnis (Fälle 4 und 5)	284
3. Aufeinandertreffen mit einem weiteren Geschäftsgeheimnis (Fälle 6 und 7)	287
E. Ergebnis	288

Kapitel 9

Disponibilität der Ausnahmen 288

A. Wirkung abweichender vertraglicher Regelungen	289
I. Differenzierung zwischen dinglicher und schuldrechtlicher Wirkung vertraglicher Vereinbarungen?	289
1. Im Urheberrecht	289
2. Anwendbarkeit auf den Geheimnisschutz	290

II.	Pauschale Abdingbarkeit der Ausnahmen des § 5	292
1.	Systematik	293
2.	Vollharmonisierung	294
3.	Fehlende Vorhersehbarkeit	294
4.	Dogmatik des § 5	295
5.	Strafrechtliche Sanktionierung	295
6.	Sinn und Zweck der einzelnen Ausnahmen	296
a)	§ 5 Nr. 1	296
b)	§ 5 Nr. 2	297
c)	§ 5 Nr. 3	298
d)	Art. 5 lit. d – sonstige legitime Interessen	299
7.	Ergebnis	301
III.	Konkretisierung und Abdingbarkeit im Einzelfall	301
1.	Reichweite der vertraglichen Konkretisierung	302
a)	Verzicht im Einzelfall	302
aa)	Beispiele	302
bb)	Bewertung	303
b)	Bloße Modifikation	304
aa)	Beispiele	304
bb)	Bewertung	304
2.	Zwischenergebnis	305
IV.	Ergebnis	305
B.	Folge fehlender Implementierung der Ausnahmen	306
C.	Ergebnis	308
	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	309
	Literaturverzeichnis	312
	Stichwortverzeichnis	338

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit und der Platzersparnis wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

Einführung

A. Inhaltliche Einführung

Hätte der Grundgesetzgeber sich 1949 dazu entschieden, eine Enteignung nicht nur zum Wohle der Allgemeinheit für zulässig zu erklären, sondern auch in nicht näher bestimmten sonstigen Fällen, würde mit Sicherheit Einigkeit darüber bestehen, dass eine solch vage Enteignungsmöglichkeit nicht akzeptabel ist. Lebensnäher ist das Beispiel, dass Person A Person B ein Geheimnis anvertrauen möchte, das ihre gesamte Existenz vernichten könnte. Person B versichert, dieses Geheimnis nicht preiszugeben, es sei denn Person A verhält sich falsch, oder Person B möchte von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch machen oder es liegt ein sonstiger Fall vor, der eine Preisgabe erfordert. Unter solchen Bedingungen sollte auch weitgehend Einigkeit darüber bestehen, dass Person A davon abzuraten ist, das Geheimnis an Person B preiszugeben. Es ist widersinnig, einen Schutz zu gewähren, diesen Schutz aber nicht stringent durchzusetzen, sondern Ausnahmen für unbestimmte Fälle zu gewähren, womit der Schutz auf Primärebene seinen Sinn und Zweck verfehlt. Unzweifelhaft ist es wichtig und geboten, Ausnahmen zu geschützten Rechtspositionen zuzulassen.¹ Doch gilt für einfachgesetzliche Normen grundsätzlich, dass diese dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit entsprechen müssen.² Die Rechtslage muss so deutlich werden, dass der Einzelne sein Verhalten danach richten kann.³

Der deutsche Gesetzgeber war unter dem Einfluss der teilweise vollharmonisierenden Richtlinie 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung⁴ dazu verpflichtet, Geschäftsgeheimnisse nunmehr aktiv zu schützen und in bestimmten, auch unbenannten Fällen Ausnahmen zuzulassen.⁵ Dem kam er mit Einführung des neuen Geschäftsgeheimnisgesetzes, welches am 26.04.2019 in Kraft getreten ist, nach.

¹ Darauf basiert etwa die gesamte Schrankensystematik des Grundgesetzes.

² BVerfGE 110, 33, 53 zu Art. 10 Abs. 1 m.V.a. BVerfGE 65, 1 – *Volkszählung*.

³ BVerfGE 110, 33, 53.

⁴ Im Folgenden als „Richtlinie“ bezeichnet.

⁵ Zu den Beratungen im Fachausschuss für Wettbewerbs- und Markenrecht zum Richtlinienvorschlag über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen siehe etwa *Kalbfus/Harte-Bavendamm*, GRUR 2014, 453 ff.

§ 5 GeschGehG⁶ sieht insgesamt vier Ausnahmen von den Verboten des § 4 vor. Die Ausnahmen weisen allesamt Konkretisierungsbedarf auf. Dazu zählt auch die Frage, wie die Ausnahmen jeweils voneinander abzugrenzen sind. Es gilt dabei ein System zu entwickeln, das sowohl den Gerichten als auch den potenziellen Nutzern des § 5 als juristische Laien mehr Sicherheit an die Hand gibt, um die mit einer rechtswidrigen Handlung einhergehenden Risiken zu minimieren. Besonders großen Forschungsbedarf weisen hier die Teilschranke zur Ausübung der freien Meinungsäußerung aus § 5 Nr. 1, das sonstige Fehlverhalten aus § 5 Nr. 2 als auch die Ausnahme zu Gunsten sonstiger legitimer Interessen nach Art. 5 lit. d der Richtlinie 2016/943 bzw. der Begriff „insbesondere“ des § 5 auf. Insbesondere bei der vierten Ausnahme, den sonstigen legitimen Interessen, die der deutsche Gesetzgeber durch die Einleitung der Aufzählung mit dem Begriff „insbesondere“ umgesetzt hat, ist herauszuarbeiten, welches Entwicklungspotential in der Ausnahme steckt und auf welche Fälle sich die Ausnahme erstrecken lässt.

B. Relevanz

Geschäftsgeheimnisse, die weder unter das Patent- noch das Urheberrecht fallen, sind schwer fassbar und gewinnen in der heutigen Gesellschaft zunehmend an Bedeutung, wie es Francis Bacon 1597 schon sagte: „Ipsa scienta potestas est“, „Wissen ist Macht“.⁷ Vieles manifestiert sich zunehmend an Strategien und Konzepten, die sich nicht verkörpern lassen und gleichzeitig den wesentlichen Wert eines Unternehmens ausmachen können.⁸ Geschäftsgeheimnisse sind vielfältig, zu ihnen zählen etwa „Herstellungsverfahren, Kunden- und Lieferantendaten, Kosteninformationen, Geschäftsstrategien, Unternehmensdaten, Marktanalysen, Prototypen, Formeln und Rezepte“.⁹ Einhergehend mit der Vielseitigkeit von Geschäftsgeheimnissen, kann ihnen auch eine hohe wirtschaftliche sowie gesellschaftliche Bedeutung keineswegs abgesprochen werden. Im Gegenteil können Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sogar weitaus wertvoller sein als klassische gewerbliche Schutzrechte, da sie zumeist den wesentlichen Kern eines Unternehmens ausmachen.¹⁰ Diese Informationen können mit grundrechtlich geschützten Positionen natürlicher Personen kollidieren und diese beeinflussen. So kann es sein, dass Unternehmen unter dem Schutzmantel ihres Geschäftsgeheimnisses Fehlverhalten verdecken, an dessen Offenlegung ein erhebliches öffentliches Interesse besteht. Es kann etwa sein, dass ein Unternehmen Kundendaten

⁶ Normen ohne weitere Kennzeichnung sind solche des GeschGehG.

⁷ Taeger, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 41 ff.

⁸ Exemplarisch Pfister, Das technische Geheimnis „Know how“ als Vermögensrecht, S. 1.

⁹ Kieserling, handwerksblatt.de, September 2019; siehe auch Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG § 2 Rn. 71.

¹⁰ BGH, GRUR 1955, 388, 390; BGH, GRUR 1963, 207, 210; Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, GeschGehG vor § 1 Rn. 38.

in einer Weise verarbeitet, die nicht Datenschutzstandards entspricht. Um auf diesen Missstand aufmerksam zu machen und so von ihrer Meinungsfreiheit Gebrauch zu machen, kann es für die offenlegende Person notwendig sein, das Geschäftsgeheimnis öffentlich kundzutun. So entsteht eine Konfliktlage.¹¹ Im Mittelpunkt steht hierbei die Meinungsfreiheit (von Hinweisgebern) aus Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 EMRK sowie Art. 11 GrCh. Diese steht den – auch grundrechtlich durch Artt. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG, Artt. 15, 16, 17 GrCh und Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK geschützten – Interessen der Unternehmen gegenüber. Darüber hinaus können gegebenenfalls weitere grundrechtlich geschützte Positionen der Nutzenden des § 5 als auch grundrechtliche Positionen Dritter betroffen sein, deren Daten beispielsweise Grundlage für die erstmalige Erlangung des jeweiligen Geschäftsgeheimnisses sind. All diese Unternehmensinterna können also in bestimmten Fällen in Konflikt mit den Kommunikationsfreiheiten geraten.¹² Das Interesse der Gesellschaft, an diesen Konzepten Teil zu haben, wächst einhergehend mit der Größe des Unternehmens und der Bedeutung sowie Tragweite des Geschäftsgeheimnisses, gerade vor dem Hintergrund, dass Geschäftsgeheimnisse häufig das Fundament von Unternehmen darstellen und demnach ihr Missbrauchspotential sowie ihre Marktbeherrschung steigt. Dieses Teilhabeinteresse wird dadurch bestärkt, dass Geschäftsgeheimnisse viele Bereiche des öffentlichen, aber eben auch des privaten Lebens berühren können. Der Lösung dieser Konfliktlage kam der Unionsgesetzgeber mit Einführung der Ausnahmen zum Geschäftsgeheimnis entgegen. Im Gegensatz zu den Vorschriften der §§ 17–19 UWG a. F. weisen die Ausnahmen in § 5 einen erheblich größeren Anwendungsbereich auf. Auch der bisherige Rechtsschutzstandard auf internationaler Ebene durch den seit 1995 geltenden Art. 39 TRIPS ist nunmehr erhöht. Die Reichweite der Schranken ist bisher wenig erprobt und kaum durch Rechtsprechung konkretisiert. Auf den ersten Blick scheinen die Ausnahmen sehr weit gefasst zu sein. Sobald man sich jedoch die möglichen Anwendungsfälle vor Augen zu führen versucht, wird deutlich, dass der erste Schein trügt.

C. Ziel der Untersuchung

I. Zu lösende Probleme

Die Geheimnisqualität von Geschäftsgeheimnissen birgt die Gefahr, dass verdeckt Fehlverhalten stattfinden kann. Im Ergebnis wird nämlich nur ein kleiner Teil an Menschen durch die Ausnahmen privilegiert und der übrige Teil der Be-

¹¹ Zur Konfliktlage mit Blick auf die allgemeinere Hinweisgeberschutz-RL *Klaas*, CCZ 2019, 163 ff.

¹² *Ohly*, in: *Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus*, *GeschGehG* § 5 Rn. 1; *Harte-Bavendamm*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, *GeschGehG* Rn. 72 m.w.N.; *Brammsen*, in: *Brammsen/Apel*, *GeschGehG* § 5 Rn. 8 ff., der die Lösung über eine praktische Konkordanz kritisiert; *Alexander*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, *GeschGehG* § 5 Rn. 1.