

WHISTLEBLOWER-NETZWERK E.V.
c/o djv (Deutscher Journalisten-Verband)
Alte Jakobstraße 79/80
10179 Berlin

WWW.WHISTLEBLOWER-NET.DE
INFO@WHISTLEBLOWER-NET.DE

Stellungnahme zum RefE GeschGehG (Stand 17.5.2018)

Die nachfolgende Stellungnahme zum Entwurf des GeschGehG, welches der Umsetzung der EU –Richtlinie 2016/943 vom 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsgeheimnisse vor rechtswidrigem Erwerb, rechtswidriger Nutzung und Offenlegung dient, bezieht sich schwerpunktmäßig auf den Rechtfertigungsgrund des Whistleblowing von § 4 Ziffer 2 und 3.

Danach ist neben der Erlangung und der Nutzung „die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gerechtfertigt, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erforderlich ist, insbesondere

1.....

2. zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines anderen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;

3.im Rahmen der Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung, wenn dies erforderlich ist, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.“

A) Warum wird das sogenannte „illegale Geschäftsgeheimnis“ nicht behandelt?

In § 1 GeschGehG wird das Geschäftsgeheimnis wertneutral definiert, also ungeachtet der Frage, ob es auf strafbarem oder rechtswidrigem Tun oder Unterlassen seines Inhabers beruht.

Die hieran anknüpfenden zivilrechtlichen Ansprüche des 2. und 3. Abschnitts und der Strafvorschrift des § 22 dürfen nicht erst aufgrund eines - gesondert darzulegenden und zu beweisenden - Rechtfertigungsgrundes wieder ausgeschlossen werden, sondern bedürfen bereits auf der sog. Tatbestandsebene der Einschränkung. Dies aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung und der Vermeidung von Wertungswidersprüchen (so Rützel, „ Illegale Geheimnisse“ in: Zeitschrift GRUR 1995/558; Hennemann: „Nicht unlauter und kein Wettbewerb“, Zeitschrift Betrifft Justiz 2016 / 136; und insbesondere Schnabel,“ Rechtswidrige Praktiken als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis“,in Zeitschrift: Computer und Recht, 2016/342).

Erfreulich wäre eine wie auch immer formulierte, aber doch unzweideutigen Klarstellung des Gesetzgebers im Geiste des folgenden Zitates: „ Es ist für einen Rechtsstaat schlechthin eine Selbstverständlichkeit, dass schutzwürdig einzig ein Geheimnis sein kann, das nicht nur mit seiner Verfassung, sondern überhaupt mit seinem Recht in Einklang steht“. so im Jahr 1963 der verstorbene Bundestagsabgeordnete der SPD Dr. Adolf Arndt als Verteidiger eines frühen Whistleblowers vor dem 3. Strafsenat des BGH (BGH St. 20/342=NJW 1966/1227).

B) Zum subjektiven Merkmal „der Absicht, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“:

Es können drei verschiedene Kategorien von Handlungen, auf die sich die Aufdeckung des Hinweisgebers bezieht, unterschieden werden: strafbare Handlungen, sonstige rechtswidrige Handlungen und „anderes Fehlverhalten“.

- a) Soweit es um strafbare Handlungen, insbesondere Officialdelikte geht, darf die Aufdeckung gegenüber der zuständigen Stelle im Sinn des Petitionsrechts von Artikel 17 GG auf gar keinen Fall an das Vorliegen der guten Absicht geknüpft werden. Denn dieses Grundrecht unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt.
- b) Gleiches muss für nicht strafbare, aber rechtswidrige Handlungen gelten.
- c) Bezüglich des „anderen Fehlverhaltens“ sollte nicht auf die ohnehin schwer feststellbare Intention im Sinne von Absicht abgestellt werden, sondern auf den objektiv verfolgten und auch gerichtlich leichter feststellbaren Zweck (also im Sinn von „ purpose“ nach Maßgabe der englischen Version der RL, die zur richtlinienkonformen Auslegung des GeschGehG wohl ebenfalls mit herangezogen werden muss).

Wenn nicht dies, so sollte zumindest Folgendes beachtet werden:

Nach der Begründung des GeschGehG soll die vorerwähnte „ Absicht“ als „...dominierendes, jedoch nicht ausschließliche Handlungs-Motiv“ nur einer „eingeschränkten Plausibilitätskontrolle“ unterliegen. Es wäre jedoch wenig praktikabel, dies den naturgemäß eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten oder etwa dem Belieben eines häufig überlasteten Gerichts zu überlassen. Rechtstechnisch wäre der Sachaufklärung wohl besser gedient, wenn eine (dem Zivilrecht nicht unbekannte) Beweislastregel in den Gesetzeswortlaut aufgenommen würde. Etwa wie folgt:

„Liegt ein „anderes Fehlverhalten“ im Sinn von § 4 Ziffer 2 tatsächlich vor oder nimmt der Rechtsverletzer dies ohne grobes Verschulden irrtümlich an, wird die Absicht, im allgemeinen öffentlichen Interesse zu handeln, *widerleglich vermutet*“.

C) Zur Frage, ob der Rechtfertigungsgrund der Ziffer 3 nur , wie vorgesehen, in Richtung vom Arbeitnehmer zum Arbeitnehmersvertreter, sondern auch in umgekehrter Richtung zulässig sein sollte:

Es sind Fallkonstellationen denkbar, in denen im Laufe eines sich länger hinziehenden Dialogs zwischen den beiden Berufsgruppen über Geschäftsgeheimnisse beraten wird, ohne dass eindeutig feststellbar ist, wer wen zuerst informiert hat. Wenn der Arbeitnehmervertreter insoweit ausschließlich im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung tätig wird, sollte ihm wohl auch der Rechtfertigungsgrund zu Gute kommen.

D) Zur gerichtlichen Zuständigkeit

Dass die ausschließliche Zuständigkeit der Zivilkammern des Landgerichts, wie von § 14 Absatz I GeschGehG vorgesehen, nicht in den Fällen gegeben sein kann, in denen ein Arbeitnehmer sein Insiderwissen über einen Missstand und damit ein Geheimnis seines Vertragsarbeitgebers offenlegt, erkennt der Entwurf in seiner Begründung zwar, setzt dies aber nicht in Gesetzesform um. Denn nach § 2 Absatz I Nr. 3 d Arbeitsgerichtsgesetz sind die „Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus unerlaubter Handlung, soweit diese mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen.“ Der weit auszulegende Begriff der unerlaubten Handlung setzt nur eine innere Beziehung zwischen Handlung und konkretem Arbeitsverhältnis voraus und erfasst sogar UWG-Fälle (Schwab-Weth-Walker, Kommentar zum ArbGG, § 2 , Rz. 114).

Sollte die Regelung allerdings nur die Bejahung der funktionellen Zuständigkeit des Landgerichts (und nicht des Amtsgerichts) betreffen, so sollte dies schon zur Vermeidung eines zeit- aufwändigen und kostenträchtigen Vorab-Entscheidungs-Verfahrens nach §17a GVG unmissverständlich auch im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden, etwa durch den Nachsatz: „Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten wird hierdurch nicht berührt“, oder „die ausschließliche Zuweisung eines anderen Rechtswegs wird hierdurch nicht berührt“.

E) Es sollte in § 22 ausdrücklich auf die Anwendbarkeit von § 4 verwiesen werden.

F) Fernwirkung der Rechtfertigungsgründe:

Schließlich sollte aus Gründen der Wahrung der Rechtseinheit und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen der Rechtfertigungskatalog von § 4 GeschGehG auch eine weitere Fernwirkung entfalten. Namentlich für Fälle, in denen Arbeitnehmer prozessual nicht auf der Passivseite vor dem Landgericht stehen, sondern – wegen des vorerwähnten Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten -gehalten sind, sich aktiv als Kläger gegen sonstige (nicht in Abschnitt 2 des GeschGehG aufgeführte) Klaganträge oder andere Benachteiligungen wegen zulässiger Offenlegung zur Wehr zu setzen; beispielsweise in den Standardfällen der arbeitgeberseitigen Kündigung von Whistleblowern.