



WESTFÄLISCHE WILHELMS-UNIVERSITÄT
Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM)
- Zivilrechtliche Abteilung -
Prof. Dr. Thomas Hoeren

Leonardo-Campus 9
D-48149 Münster
Tel.: 02 51/83-3 86 00
Fax: 02 51/83-3 86 01
Email: hoeren@uni-muenster.de

9. Februar r 2017

Rechtsgutachten für den
Deutschen Bundestag/4. Untersuchungsausschuss

1. Der Beweisbeschluß

Der 4. Untersuchungsschuss des Deutschen Bundestages bat mich um die Erstellung eines Rechtsgutachtens zu der Frage, ob und inwieweit in den Aussagen des Zeugen Frank Tibo vom 18. Oktober 2016 zu schützende Betriebsgeheimnisse enthalten sind oder sonstige rechtliche Gründe einer Veröffentlichung entgegenstehen.

Der Beschluss vom 7. November 2016 (SV-3), der mir vom Sekretariat des Ausschusses am 4. Januar 2017 mitgeteilt wurde, lautet:

- „Es wird Beweis erhoben zum gesamten Untersuchungsauftrag (BT-Drs. 18/6839 und 18/7601) durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den Fragen,
- ob und, wenn ja, inwieweit die Unterlagen, die der Zeuge Frank Tibo dem 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode im Vorfeld sowie im Rahmen seiner Zeugenaussage vor dem Ausschuss am 20. Oktober 2016 übergeben hat, und
 - ob und, wenn ja, inwieweit Teile seiner stenographisch protokollierten Zeugenaussage in VS-eingestufter Sitzung ein in § 14 Absatz 1 Nummern 1 bis 4 des Untersuchungsausschussgesetzes bezeichnetes Geheimnis betreffen, oder ob sonstige rechtliche Gründe einer Veröffentlichung von Passagen der Materialien und des Protokolls durch den Ausschuss im Wege stehen,

zur Vorbereitung einer Beschlussfassung durch den Ausschuss nach § 28 PUAG.

Der Sachverständige wird gebeten, die für diese Prüfung bereit gestellten Dokumente in diesem Sinne zu kennzeichnen und dem Ausschuss darüber hinaus eine ausführliche schriftliche Darlegung der dem Vorschlag zu Grunde liegenden Maßstäbe zur Verfügung zu stellen.“

2. Zu meiner Person

Ich bin Juraprofessor spezialisiert in Informations- und Datenschutzrecht, derzeit tätig an der Universität Münster. Ich habe habilitiert im Jahre 1994 bei Prof. Dr. H. Kollhosser über „Selbstregulierung im Banken- und Versicherungsrecht“ und seitdem kontinuierlich auch im Finanzmarktrecht geforscht/veröffentlicht.

Vor dem Beginn der Begutachtung erfolgte eine Sicherheitsüberprüfung meiner Person. Ich wurde ferner ausführlich über Geheimhaltungspflichten nach den Regeln des Deutschen Bundestages informiert. Die entsprechenden Unterlagen konnte ich am 3. Januar, 4. Januar und am 10. Januar 2017 beim Geheimschutzbeauftragten der Bezirksregierung, Herrn Dewulf, in Augenschein nehmen. Es handelte sich um drei DIN A4-Umschläge mit Unterlagen (UA-18-21/16, UA-18-17/16 und UA-18-29/16). Die Umschläge enthielten ein vorläufiges Protokoll der Anhörung des Zeugen (24/II in UA-18-29/16) und zwei Anlagenkopien (in den Aktenordnern 21/16 und 17/16).

Die Begutachtung habe ich weisungsfrei und unabhängig vorgenommen. Am 4. Januar 2017 erhielt ich auf Nachfrage per Mail den obigen Beweisbeschluss des Untersuchungsausschusses sowie das Schreiben der HVB¹ vom 1. Dezember 2016 mit weiterem Annex Gutachten Prof. Dr. XXX vom 29. November 2016.

3. Das PUAG

Einschlägig ist hier das Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages aus dem Jahre 2001 (im weiteren PUAG). Zu beachten ist hier vor allem § 15 PUAG (Geheimnisschutz). Nach § 15 Abs. 1 kann der Untersuchungsausschuss Beweismittel, Beweiserhebungen und Beratungen mit einem Geheimhaltungsgrad versehen. § 15 PUAG überträgt den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Schutzes von Geheimnissen Privater auf das Verfahren vor den Untersuchungsausschüssen. Nach § 30

¹ Im Schreiben selbst ist von der Hypovereinsbank AG – UniCreditBank AG („UCB“) die Rede. Der Einfachheit halber soll aber im Hinblick auf die betroffene Bank von „HVB“ gesprochen werden.

VwVfG haben die Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens Anspruch darauf, dass ihre Geheimnisse, insbesondere die zum persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnisse sowie die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden.

Zu berücksichtigen ist hier das Regelausnahmeverhältnis bei der Tätigkeit des Untersuchungsausschusses (UA). Als Regelfall sind die Verhandlungen und dazu vorgelegte Beweismittel öffentlich (vgl. Art. 44 Abs. 1 S. 2 GG und § 13 Abs. 1 S. 1 PUAG). Die Einstufung als vertraulich oder geheim ist demgegenüber der Ausnahmefall. Nach der allgemeinen juristischen Logik sind solche Ausnahmefälle eng auszulegen und bedürfen besonderer Konkretisierung. Insbesondere steht hier dem Untersuchungsausschuss (UA) ein Entscheidungsspielraum zu; der UA ist „Herr über die Öffentlichkeit seiner Verhandlungen“.² Der UA muß dabei einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Verfassungspositionen der parlamentarischen Kontrolle durch öffentliche Beweiserhebung einerseits und den Grundrechten bzw. sonstigen Gütern von Verfassungsrang andererseits herstellen³.

Die Nichtöffentlichkeit der Ausschusssitzung (§ 14 PUAG) selbst bewirkt noch keinen wirksamen Schutz gegen ein Bekanntwerden schutzwilliger Informationen, da Protokolle über nicht öffentliche Ausschusssitzungen keine Verschlussachen im Sinne der Geheimschutzordnung darstellen (siehe § 2 Abs. 5 Satz 2 Geheimschutzordnung). Insofern ist zu beachten, dass § 14 Abs. 1 PUAG nicht den Geheimnisschutz der Unterlagen und Protokolle regelt und daher den Bereich des durch das Gesetz geschützten Geheimnisses nur partiell bestimmt.

4. Der Begriff des Geheimnisses

Der Begriff des Geheimnisses ist im PUAG selbst nicht definiert. Hierzu bedurfte es einer Ausführungsnorm in Form der Geheimschutzverordnung des Bundestags. Schon früh wurde dabei auf das Problem hingewiesen, dass die auf den staatlichen Bereich ausgerichtete Geheimschutzordnung private Geheimnisse nicht erfasse. Gefordert wurde früher eine analoge Anwendung der Staatsschutznormen⁴. Später wurde die Geheimschutzordnung mit der Verabschiedung des Untersuchungsausschussgesetzes geändert und über § 2a der

² BVerfG, Urteil vom 17.07.1984 - 2 BvE 11/83, BVerfGE 67, 100, 137.

³ So Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 3. Juni 2009 - <https://www.bundestag.de/blob/414592/0cf148e64c56dfaf8a1c6209a5176a0d/wd-3-189-09-pdf-data.pdf>

⁴ Vgl. BVerfG, 17.07.1984 - 2 BvE 11/83, BVerfGE 67, 100, 138; 77, 1, 62; Richter, Privatpersonen im parlamentarischen Untersuchungsausschuss, München 1991, 109 ff.

Geheimhaltungsordnung eine Vorschrift über den Schutz privater Geheimnisse eingefügt.

Nach § 2a sind wichtige Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs-, Steuer und sonstige private Geheimnisse oder Umstände des persönlichen Lebensbereichs als geheim einzustufen, deren Kenntnis durch Unbefugte den Berechtigten schweren Schaden zufügen würde. Die Auslegung des § 2a ist schwierig, unklar ist vor allem, worauf sich der Nebensatz „deren Kenntnis...“ bezieht. Er kann sich zum einen auf die Umstände des persönlichen Lebensbereichs alleine beziehen. Dann wäre nach der Vorschrift wichtige Geheimnisse per se geschützt und Umstände des persönlichen Lebensbereichs nur dann, wenn deren Kenntnis durch Unbefugte dem Berechtigten schweren Schaden zufügen würde. Man kann das Element des Schadensrisikos aber auch anders lesen und auf die Geheimnisse und die Umstände des persönlichen Lebensbereichs beziehen. Dann besteht die Gefahr, dass die Vorschrift leicht tautologisch werden könnte. Denn regelmäßig wird eine unbefugte Weitergabe von wichtigen Geheimnissen immer zu schweren Schäden führen können. Dafür, dass sich der einschränkende Nebensatz auf alle Geheimnisse und Umstände bezieht, spricht der Zusammenhang zu § 14 Abs. 1 PUAG. Denn nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 3 PUAG gilt in gleicher Wortwahl, dass für persönliche Umstände und für Betriebsgeheimnisse zu prüfen ist, ob deren „öffentliche Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen verletzen würde“. Die Güterabwägung ist daher für beiden Varianten gleichermaßen vorzunehmen.

5. Auslegung verschiedener Geheimnisarten

Wegen der vielfältigen Steuerbezüge des Prüfungsauftrages des Untersuchungsausschusses und der Aussagen von Herrn Tibo könnte das Steuergeheimnis angesprochen sein.

Fraglich ist, ob der Schutz sich abstrakt auf Steuerdaten als solches bezieht oder aber konkret auf eine Situation bezieht, in der ein nach § 30 AO Geheimnisverpflichteter gegenüber dem Untersuchungsausschuss Aussagen macht oder Unterlagen übergibt. Diese Frage stellt sich hier exemplarisch für Steuerdaten, ist aber für alle weiteren Geheimnisarten relevant. Der Wortlaut des § 2a Geheimhaltungsverordnung ist insofern auslegungsbedürftig. Einerseits sind der Bundestag und seine Untersuchungsausschüsse nicht selbst unmittelbar zur Beachtung etwa des Steuergeheimnisses oder des Schutzes von Betriebs-/Geschäftsgeheimnissen verpflichtet. Dies könnte dafür sprechen, dass bei der Entscheidung über die Veröffentlichung von Daten eine konkrete Situation vorgelegen haben muß, in der ein nach § 30 AO Geheimnisverpflichteter relevante Steuerdaten dem Untersuchungsausschuss offenbart.

Andererseits geht es hier nicht um die Frage der Verwendung innerhalb des UA, sondern „nur“ um die Frage der Veröffentlichung von Informationen aus der UA-Arbeit. § 2a Geheimschutzverordnung spricht daher nur das jeweilige Geheimnis abstrakt als Objekt an, ohne daß es auf das Vorliegen einer besonderen Geheimschutzsituation etwa im Sinne von § 30 AO bedarf. Daher käme § 2a auch dann zur Anwendung, wenn ein Zeuge Unterlagen über Steuerverhältnisse der HVB nur zufällig auf der Straße gefunden hätte.

Allerdings verweist § 30 Abs. 2 Nr. 2 AO als das dem Steuergeheimnis unterfallendes Schutzobjekt auf ein „fremdes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis“. Insofern kann die Frage, ob hier Steuergeheimnisse betroffen sind, dahinstehen und im Rahmen der Diskussion über das Vorliegen von Betriebs-/Geschäftsgeheimnissen (siehe unten) diskutiert werden. Man wird also die Mitteilungen des Zeugen Tibo über Steuerdaten im Rahmen des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (siehe § 17 Abs. 1 UWG) zu würdigen haben.

Fraglich ist, ob und inwieweit Fragen des Datenschutzes oder allgemeines Persönlichkeitsrechts zu prüfen sind. Die Geheimschutzverordnung und das PUAG erwähnen diese Begriffe nicht. Allerdings könnte es sich insoweit um „sonstige private Geheimnisse“ handeln. Allerdings gewährt das Datenschutzrecht kein „Geheimnis“ und ist daher eher in die in § 2a der Geheimschutzverordnung erwähnten „Umstände des persönlichen Lebensbereichs“ einzuordnen.⁵ Ähnliches gilt für den Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Im Ergebnis könnten hier Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie sonstige Privatgeheimnisse bzw. Umstände des persönlichen Lebensbereichs relevant werden.

6. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

Im weiteren soll zunächst der Begriff der Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnisses genauer konkretisiert werden.

Zu beachten ist vorab der besondere verfassungsrechtliche Schutz von solchen Geheimnissen über Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG.⁶ Der Schutz von Betriebsgeheimnissen

⁵Die Terminologie der Geheimschutzverordnung ist unglücklich und läßt insbesondere keine klare Abgrenzung zwischen sonstigen Privatgeheimnisse und Umständen des persönlichen Lebensbereichs erkennen. Die Ursprungsvorschrift des § 203 StGB schützt anders als sie Verordnung „ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis“

⁶BVerfG, Beschluß vom 14. März 2006 – 1 BvR 2087, 2111/03, BVerfGE 115, 205, 229 ff.; BVerwG, Beschluß vom 14. August 2003 – 20 F 1.03, NVwZ 2004, 745 ff.; OVG Schleswig, Beschluss vom

wird europarechtlich sowohl aus Artikel 8 EMRK abgeleitet wie auch als allgemeiner Grundsatz anerkannt. Unter das in Artikel 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens fallen auch berufliche und geschäftliche Tätigkeiten natürlicher und juristischer Person.⁷ Ferner hat der EuGH in mehreren Entscheidungen den Schutz von Geschäftsgeheimnissen als allgemeinen Grundsatz anerkannt. Dabei muss der Grundsatz des Schutzes von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen so ausgestaltet sein, dass er mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes und der Wahrung der Verteidigungsrechte etwa im Rahmen eines Rechtsstreits im Einklang steht.⁸

In vielen Gesetzen taucht der Begriff der „Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse“ auf. So findet er sich zum Beispiel im TKG (z. B. in § 12 Abs. 1, 26, 135 Abs. 3, 138 Abs. 2). Ähnlich findet er sich im Umweltrecht (§ 71 EnWG, § 10 Abs. 2 BImSchG, § 17a GenTG). Er taucht auch (uneinheitlich) in verschiedenen Gesetzen zum Informationszugangsrecht auf.⁹ Der Terminus wird darüber hinaus in zahlreichen Vorschriften des Zivilrechts verwendet (siehe etwa § 333 HGB, § 404 AktG, § 85 GmbHG). An all diesen Stellen ist die Terminologie nicht einheitlich. Zum Teil wird auf „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“ abgestellt (so z. B. im § 30 VwVfG). Zum Teil wird aber zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen differenziert (z. B. in § 136 TKG oder § 204 StGB). In der Praxis wird für die Definition des Begriffs der Geschäftsgeheimnisse neben der Rechtsprechung zu § 17 UWG auch auf die Belege zu § 99 Abs. 2 VwGO verwiesen¹⁰, wobei beiden Vorschriften eine nahezu identische Definition der Begrifflichkeiten zugrunde liegt.

Im Ergebnis verweist der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses auf die entsprechende Rechtsprechung und Literatur zu der ältesten deutschen Vorschrift zum Geheimnisschutz, dem § 17 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb aus dem Jahre 1909). Insofern kann die Frage, ob vorliegend in der Zeugenanhörung auch

17.01.2007 - 15 P 1/06, NVwZ 2007, 1448.

⁷ EGMR, Urteile Niemitz/Deutschland vom 16. Dezember 1992, Serie A Nr. 251/b § 29; weitere Nachweise in EuGH, Urteil vom 4.02.2008 - C-450/06, NZbau 2008, 403, 406.

⁸ EuGH, Urteil vom 13.07.2006 - C-438/04, Slg. 2006, I - 6675 = MMR 2006, 803 – Mobistar.

⁹ Dazu ausführlicher Michael Kloepfer, Informationsfreiheitsgesetz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Rechtsgutachten für den BfD, Berlin 2011, http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/VortraegeUndArbeitspapiere/GutachtenIFGKloepfer.pdf?__blob=publicationFile; Hoeren, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und das IFG, in: Dix u.a. (Hg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht: Jahrbuch 2008, Berlin 2008, 105 ff.

¹⁰ Siehe dazu VG Berlin, Urteil vom 24.08.2004 – 23 A.104. Vergleiche auch BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 – 1 BvR 2087/03.

entsprechende Geheimnisse auftauchen, nach Maßgabe von § 17 Abs. 1 UWG und der dortigen Rechtsprechung gelöst werden.

Im übrigen ist der Begriff des Geschäftsgeheimnisses in § 17 Abs. 1 UWG nach der bewährten Rechtsprechung seit vielen Jahrzehnten definiert als „jede im Zusammenhang mit einem Betrieb stehende Tatsache, die nicht offenkundig ist, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem Willen des Betriebsinhabers aufgrund eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden soll“¹¹.

Als Geschäftsgeheimnisse werden beispielhaft alle für die Betriebsführung, Wirtschafts- und Marktstrategie sowie die Entgeltgestaltung eines Unternehmens durch die Gegebenheiten, Abläufe und Informationen genannt¹². Unterschieden wird zwischen dem technischen und den kaufmännischen Know-how. Betriebsgeheimnisse sind insofern technisch, Geschäftsgeheimnisse kaufmännisch definiert.¹³ Betriebsgeheimnisse umfassen typischerweise technische Tatsachen und Umstände, etwa Produktionsverfahren, Patentanmeldungen und Entwicklungsprojekte. Zu den Geschäftsgeheimnissen zählen zum Beispiel Ergebnisberichte von Ingenieurbüros im Hinblick auf die Sanderkundung und Rohstoffeinstufungen.¹⁴ Der Begriff der Geschäftsgeheimnisse bezieht sich eher auf die wirtschaftliche Lage und Zielstellungen des Unternehmens, etwa bei der Verwendung von Kalkulationsunterlagen oder Kundenlisten¹⁵. Zu den Geschäftsgeheimnissen zählen auch interne Verträge, etwa im Hinblick auf Preise, Preisänderungsklauseln, Vertragslaufzeiten und Haftungsregelungen.¹⁶

Ein Betriebs-/Geschäftsgeheimnis der HVB liegt vorliegend vor, wenn

- Tatsachen betroffen sind (a),
- die in Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb der HVB stehen (b),
- die nicht offenkundig, insofern also nur einen begrenzten Personenkreis bekannt sind (c),
- an deren Geheimhaltung auch ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse der HVB besteht (d),
- und nach dem erkennbaren Willen der HVB geheim gehalten werden sollen (e).

¹¹ BGH, Urteil vom 15.03.1955 - I ZR 111/53, GRUR 155, 424 – Möbelpaste; BGH, Urteil vom 1.7.1960 - I ZR 72/59 GRUR 1961, 40 – Wurftaubenpresse; BGH, Ur. v. 27.4.2006 - I ZR 126/03, GRUR 2006, 1044 – Kundendatenprogramm; Mayer: Geschäfts- und Betriebsgeheimnis oder Geheimniskrämeri?, GRUR 2011, 884, 885 mit weit. Nachw..

¹² OVG Münster, Urteil vom 12.5.1999 – 13 B 632/99 MMR 1999, 553, 554.

¹³ OVG Schleswig, Urteil vom 17.01.2007 - 15 P 1/06, NVwZ 2007, 1448.

¹⁴ OVG Schleswig, NVwZ 2007, 1448.

Siehe dazu auch BVerwG, CR 2005, 194, 195; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Aufl. München 2016, § 30 Rdnr. 9a.

¹⁶ VG Schleswig, Urteil vom 31. August 2004 – 6 A 245/02.

a) Tatsache

Als erste Schutzvoraussetzung gilt das Element der Tatsache. Das geheime Wissen kann sich nur auf Tatsachen beziehen; das sind sinnlich wahrnehmbare, konkrete äußere oder innere Geschehnisse, Verhältnisse oder Zustände. Die Wiedergabe von Werturteilen oder Vermutungen eines Zeugen fallen daher von vornherein aus dem Element des Geheimnisses heraus. Soweit der Zeuge Tibo vereinzelt auf Vermutungen verweist, sind diese für die Reichweite von § 17 Abs. 1 UWG irrelevant.

b) Zusammenhang mit Geschäftsbetrieb

Als zweites ist ein Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb der HVB erforderlich. Geschützt sind nur Geheimnisse mit einem konkreten Unternehmensbezug. Entscheidend sind die spezifischen Nutzungsmöglichkeiten zu speziell wirtschaftlichen Zwecken des Unternehmens. Geschützt sind daher nicht irgendwelche Tatsachen aus der Sphäre Dritter oder private Tatsachen der Arbeitnehmer¹⁷. Soweit der Zeuge Tibo z.B. ausschließlich auf seine arbeitsrechtlichen Probleme mit der HVB abstellt, sind solche Äußerungen für § 17 Abs. 1 UWG unbeachtlich.

c) Offenkundigkeit

Als drittes dürfen die Tatsachen nicht offenkundig sein. Dies ist eine der schwierigsten Elemente der Begriffsdefinition.

aa) Allgemein bekannte Tatsachen

Als offenkundig gelten allgemein bekannte Tatsachen, d.h. Tatsachen, die ohne oder mit Billigung des Unternehmens allgemein bekannt gemacht worden sind. Ein solcher Fall liegt vor allem vor bei der Veröffentlichung in allgemein zugänglichen Medien (Zeitschriften, Internet). Allerdings gelten Tatsachen nicht als offenkundig, wenn sie nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind. So reicht die Mitteilung an zur Verschwiegenheit verpflichtete Dritte nicht aus. Eine Kenntniserlangung durch sonstige Dritte ist schädlich, es sei denn, die Information gelangt auch ohne Zutun des Geheimnisinhabers erfolgt an einen noch überschaubaren Personenkreis. Hier zählen die Umstände des Einzelfalls.

Im übrigen kommt es für die Offenkundigkeit nicht darauf an, ob sich der „Täter“ selbst auf die Offenkundigkeit beruft. Selbst wenn eine Tatsache für den „Täter“ nicht offenkundig ist,

¹⁷OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.1990- 3 Ss 57/90, Wistra 1990, 277

kann die Tatsache allgemein offenkundig sein und damit nicht als Betriebsgeheimnis geschützt werden.

Ferner fallen auch leicht zugängliche Tatsachen unter die offenkundigen Tatsachen. Dies liegt insbesondere vor, wenn die Informationen jeder ohne größere Schwierigkeiten und Opfern mit lauterer Mitteln sich verschaffen können.¹⁸ Eine Weitergabe des Geheimnisses an Behörden führt nicht ohne weiteres zur Offenkundigkeit¹⁹. Der Personenkreis, der die Offenkundigkeit ausschließt, muss begrenzt sein. Entscheidend ist, dass der Kreis der Mitwisser unter Kontrolle gehalten wird²⁰. Zu prüfen ist daher, ob den Umständen nach mit einer Geheimhaltung durch die betreffende Person oder mit einer Weitergabe an beliebige Dritte zu rechnen ist.²¹

bb) Offenkundige Tatsachen im vorliegenden Fall

Geheimhaltungsbedürftige Tatsachen liegen nicht darin, dass der Zeuge Frank Tibo als ehemaliger Leiter der Steuerabteilung der HVB Auskünfte erteilt hat. Über die Einbindung von Tibo in den hier vorliegenden Vorfällen ist ausführlich in der Presse (z.B. im Handelsblatt) berichtet worden. Auch wurde in der Panorama-Sendung vom 03.11.2016²² ausführlich über Tibo und die Rolle der HVB in den Cum-Ex-Geschäften berichtet. Dass Frank Tibo vom Untersuchungsausschuss angehört worden ist, ist im Internet auf der Seite des Deutschen Bundestages vermerkt. Ähnliches gilt für viele andere der in der Tibo-Anhörung genannten Namen. Eine kursorische Prüfung ergab, dass die meisten der genannten Personen tatsächlich schon als in die entsprechenden Vorgänge verwickelt bekannt waren.

Fraglich ist im vorliegenden Fall, ob ein Betriebsgeheimnis schon dadurch öffentlich zugänglich geworden ist, dass bestimmte Unterlagen (wie im Fall des Skadden-Arps-Berichts) in vielfältigen Zusammenhängen von der Presse geschildert und aufbereitet worden sind. Zu dem Skadden-Arps-Bericht finden sich eine Reihe von Pressemitteilungen namhafter Zeitungen etwa des FAZ²³, Handelsblattes oder der Wirtschaftswoche. Dabei verweist die

¹⁸ BGH, Urteil vom 26.2.2009 – I ZR 28/06, GRUR 2009, 603 – Versicherungsvertreter.

¹⁹ BGH, Urteil vom 23.02.2012 – I ZR 136/10, GRUR 2012, 1048 – Movicol

²⁰ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Auflage 2016 § 17 Rn. 4; Kraßer, Grundlagen des zivilrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie von Know-how, GRUR 1977, 177, 179.

²¹ BGH, GRUR 2012, 148, 149 – Movicol.

²² [http://www.ardmediathek.de/tv/Panorama/Panorama-die-ganze-Sendung/Das-
Erste/Video?bcastId=310918&documentId=38735686](http://www.ardmediathek.de/tv/Panorama/Panorama-die-ganze-Sendung/Das-Erste/Video?bcastId=310918&documentId=38735686)

²³ [http://www.faz.net/aktuell/finanzen/dividendenstripping-steuerlich-korrekt-oder-sogar-eine-straftat-
12163483.html](http://www.faz.net/aktuell/finanzen/dividendenstripping-steuerlich-korrekt-oder-sogar-eine-straftat-12163483.html)

Presse darauf, dass ihr der 150 Seiten lange Bericht in der Redaktion vorgelegen habe.²⁴ In einem Bericht von JUVE vom 21.03.2013 wird z.B. ausführlich auf das Gutachten verwiesen und aus diesem wörtlich zitiert.²⁵ Verwiesen wird auch darauf, dass der Bericht detaillierte E-Mail-Korrespondenz mit Excel-Tabellen enthalte und auswerte²⁶. Die wesentlichen Inhalte des Berichts können daher nicht mehr als Betriebsgeheimnis eingestuft werden. Wenn überhaupt, könnten einzelne, nicht in der Presse erwähnte Teile des Berichts als Betriebsgeheimnisse eingestuft werden.

cc) Erkenntnisse aus öffentlichen Sitzungen des UA

Ferner könnte gegen die Existenz eines Betriebsgeheimnisses sprechen, dass zahlreiche Zeugen im Untersuchungsausschuss (UA) selbst ohne besonderen Geheimhaltungsschutz in öffentlicher Sitzung über die Geschehnisse berichtet haben. Für den Fall einer öffentlichen Gerichtsverhandlung lehnt die Rechtsprechung die Annahme eines Geheimhaltungsschutzes ab. Was Gegenstand einer öffentlichen Gerichtsverhandlung ist, ist daher unabhängig davon, ob und wie viele Zuhörer anwesend sind, nicht mehr geheim.²⁷

Soweit der hier vernommene Zeuge daher deckungsgleich mit den anderen Zeugen Behauptungen vorträgt, wären diese schon durch die Zeugenvernehmung der anderen Personen in die Öffentlichkeit gedrungen.²⁸ Insofern fehlt es an einem Betriebsgeheimnis. Allerdings ist dann, nur mit Hilfe des Untersuchungsausschusses, zu klären, inwieweit die Aussage des Zeugen deckungsgleich mit denen der anderen Zeugen ist. Von daher bedarf es im vorliegenden Fall zusätzlicher Recherchen des Untersuchungsausschusses selbst, um zu klären, ob das von Herrn Tibo Mitgeteilte nicht bereits durch andere Zeugenaussagen bekannt und daher nicht mehr als geheim ist. Dem Verfasser selbst ist diese Einstufung mangels Einsicht in diese Unterlagen nicht möglich.

d) Berechtigtes wirtschaftliches Interesse an Geheimhaltung

Ein Geheimhaltungsinteresse liegt vor, wenn das Unternehmen (hier die HVB) ein

²⁴ Zum Beispiel <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/dividendenstripping-steuerlich-korrekt-oder-sogar-eine-straftat-12163483.html>

²⁵ <http://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2013/03/gutachten-mit-sprengkraft-skadden-beweist-aktive-rolle-der-hvb-bei-cum-ex-transaktionen>

²⁶ <http://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2013/03/gutachten-mit-sprengkraft-skadden-beweist-aktive-rolle-der-hvb-bei-cum-ex-transaktionen> (mit Verweis darauf, dass dort der Bericht vorliege)

BGH, Urteil vom 25.03.1993 - IX ZR 192/92, BGHZ 122 118, OLG Düsseldorf JMBINW 1990, 153, OLG Köln, Urteil vom 04.07.2000 - Ss 254/00, NJW 2000, 3656.

²⁸ Hinzuweisen wäre zB auf die Hinweise im Blog von Herrn Gerhard Schnick MdB <http://gerhardschick.net/2016/11/08/von-berechnenden-banken-und-ueberforderten-behoerden/>

berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung hat, insbesondere wenn die zu geheim haltende Tatsache für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens von Bedeutung ist (aa). Ein solches Interesse wird nach herrschender Meinung auch bejaht, wenn das Geheimnis mit sittenwidrigen oder gesetzwidrigen Inhalten zu tun hat (bb).

aa) Das Geheimhaltungsinteresse und die arbeitsrechtlichen Mobbing-Vorwürfe

Ein Geheimhaltungsinteresse besteht nur bei einem Interesse von wettbewerbsrechtlicher Relevanz. Ob und gegebenenfalls welche Bedeutung eine Information für mögliche Konkurrenten hat oder inwieweit ihre Offenbarung die Marktposition des betroffenen Unternehmens zukünftig schwächen kann, lässt sich insbesondere anhand der Frage beurteilen, ob die Erkenntnis bestimmter Daten Rückschlüsse auf die Betriebsführung, die Wirtschafts- und Marktstrategie und/oder die Kostenkalkulation und Geldgestaltung des Unternehmens zulässt.²⁹ Ein Geheimnisschutz liegt nicht vor, wenn größere Marktverschiebungen zu Lasten des Unternehmens nicht möglich oder zu befürchten wären.³⁰ Wird die Marktposition des betroffenen Unternehmens durch die Einsicht in die streitgegenständlichen Unterlagen nicht spürbar geschwächt, muss der Geheimhaltungsschutz zurücktreten.³¹

Wichtig sind dabei zum einen die potenzielle Relevanz der Informationen für mögliche Konkurrenten und zum anderen der bei einer Weitergabe der Informationen drohende Schaden. Die Schutzwürdigkeit ist nach objektiven Maßstäben daran zu messen, ob ein verständiger Unternehmer Informationen dieser Art geheim halten würde. Dabei ist davon auszugehen, dass ein verständiger Unternehmer der Öffentlichkeit nicht völlig verschlossen gegenüber steht und nur den Kern der betrieblichen Informationssphäre geheim hält.³²

Insofern kann hier zwischen den Aussagen von Herrn Tibo in bezug auf die Vorgänge rund um Cum/Ex bis etwa 2012 und die darauf folgenden Vorgänge rund um das „Mobbing“ (Bezeichnung Tibo) bzw. die Kündigungen unterschieden werden. Zum Kern der betrieblichen Informationssphäre mit wettbewerblicher Außenrelevanz gehören nur die eigentlichen Kernvorgänge rund um Cum/Ex. Den anderen, rein internen Vorgängen fallen in den Bereich des Arbeitsrechts und sind daher nicht von § 17 Abs. 1 UWG geschützt.

²⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 12 B 9.07.

³⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 12 B 9.07.

³¹ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. Oktober 2007 – 12 B 9.07.

³² VG Hamburg, NJOZ 2006, 1014, 1022.

bb) Geheimhaltungsinteresse und Rechtswidrigkeit des Verhaltens innerhalb der HVB
Eine eventuelle Rechtswidrigkeit der Vorgehensweise der HVB vermag an der Erfüllung des objektiven Tatbestandsmerkmals und der Einstufung der Information als „Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses“ gemäß § 17 Abs. 1 UWG durch Offenbarung der Informationen in einem Ausschuss nichts zu ändern.

Es gibt zwar Stimmen in der Literatur, die illegalen Tatsachen die Qualität als Geschäftsgeheimnis i.S.d. § 17 UWG absprechen.³³ Ähnlich argumentiert die Literatur zum Informationszugangsrecht, die Informationen über Rechtsverstöße nicht schützen will. Hierfür spreche ein fehlendes schutzwürdiges Interesse, da einem Rechtsverstoß als solchem allein kein Geheimhaltungswert zukomme. Das Allgemeininteresse an einem lauterem Wettbewerb verlange die Nichteinbeziehung in den Schutzbereich bereits auf Tatbestandsebene. Da der subjektive Tatbestand der Vorschrift beim unbefugten Offenbaren von Informationen über rechtswidriges Verhalten oftmals erfüllt sei, bedürfe es eines Korrektivs bereits auf Tatbestandsebene. Darüber hinaus schütze § 17 UWG in erster Linie die ökonomischen Interessen des betroffenen Unternehmens, die durch den Geheimnisverrat beeinträchtigt werden. Legt man den juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff zugrunde, seien illegale Unternehmensgeheimnisse aufgrund der rechtlichen Missbilligung kein vermögenswertes Gut, weshalb sie nicht vom Schutz des § 17 UWG betroffen seien.³⁴

Nach h.M. schützt § 17 UWG jedoch auch Geheimnisse, die rechtswidrige Vorgehensweisen des Unternehmens enthalten.³⁵ Bei einer mangelnden Einbeziehung gesetzeswidriger Vorgänge in den Geheimnisbegriff werde dem schweigepflichtigen Geheimnisträger faktisch die Befugnis erteilt, die Gesetzmäßigkeit von innerbetrieblichen Vorgängen zu beurteilen, obwohl ein Arbeitnehmer gegenüber seinen Arbeitnehmer weder Sittenwächter noch Kontrollorgan sei. Auch ein illegales Betriebsgeheimnis stellt wirtschaftlich betrachtet einen

³³ So Möhrenschräger, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. München 2014, S. 810; Preis, in: Erfürter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. München 2014, § 611 BGB Rn. 875; Rützel, Illegale Unternehmensgeheimnisse? GRUR 1995, 557.

³⁴ Engländer/Zimmermann, Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäft- und Betriebsgeheimnissen? NZWiSt 2012, 328, 333.

³⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), UWG, 35. Aufl. München 2017, § 17 Rn. 9; Rengier, in: Fezer/Buscher/Obergfell (Hrsg.), UWG. Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. München 2016, § 17 Rn. 21; Tiedemann, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG, 10. Aufl. Köln 2010, § 85 Rn. 13; Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 17 UWG Rn. 12 mwN.

Wert des Unternehmens dar, dessen Bekanntwerden dazu geeignet sei, Vermögen und Wettbewerbsfähigkeit einzuschränken. Verneint man die Geheimnisqualität rechtswidriger Tatsachen, beseitigt man bei § 17 UWG die Grenze zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, da die Gegenüberstellungen widerstreitender Interessen im Rahmen der Rechtswidrigkeit zu erörtern ist und nicht in den Geheimnisbegriff vorverlagert werden darf.³⁶

Für die Einbindung von Informationen über rechtswidriges Verhalten spricht auch die EU-Richtlinie zum Schutz von Know How.³⁷ Der EU-Gesetzgeber führt eine allgemeine Definition des Geschäftsgeheimnisses ein, im Rahmen dessen er Geheimnisse mit rechtswidrigem Inhalt nicht ausgeschlossen hat. In Art. 5 b) der Richtlinie schützt der EU-Gesetzgeber außerdem diejenigen, die ein Geschäftsgeheimnis zur Aufdeckung eines ordnungswidrigen Verhaltens oder einer Straftat offenbaren. Geschäftsgeheimnisse scheinen sich danach auch auf rechtswidrige Zustände beziehen zu können, was als Indiz für die Auslegung der nationalen Gesetze herangezogen werden kann. Vor diesem Hintergrund ist letztlich anzunehmen, dass auch illegale Geheimnisse nicht aus dem Geheimnisbegriff des § 17 UWG herauszunehmen sind. Eine Ausnahme läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn die Rechtswidrigkeit der Handlungen eines Unternehmens bereits rechts- oder bestandskräftig festgestellt worden ist.³⁸

e) Geheimhaltungswille

Als letztes Element ist ein Geheimhaltungswille erforderlich, der zwar bei Vorliegen der anderen Schutzvoraussetzungen vermutet wird. Dennoch verlangt die herrschende Meinung, dass ein entsprechender Wille erklärt oder zumindest erkennbar sein muss³⁹. Dabei ist es nicht möglich, den Begriff des Betriebsgeheimnisses mit der Frage der strafrechtlichen Relevanz zu verknüpfen. Die Tatsache, dass ein bestimmtes Faktum unter Umständen strafrechtlich relevant ist, mag dazu führen, dass Zeugnisverweigerungsrechte des potenziell Verdächtigen bestehen. Vorliegend kann ein Geheimhaltungswille der HVB vermutet werden.

³⁶ Brammsen in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. München 2014, § 17 UWG Rn. 24.

³⁷ ABl. EU vom 15. Juni 2016 – L 157/I.

³⁸ So Hoeren, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und das IFG, in: Dix (Hg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht Jahrbuch 2008, Berlin 2008, 105, 108 ff. Ähnlich bereits VG Berlin, Urteil vom 10. Mai 2006 – VG 2a 72.04

³⁹ BGH, Urteil vom 26.11.1968 - X ZR 15/67, GRUR 1969, 341 - Räumzange

f) „Wichtige“ Geheimnisse

Zu prüfen ist dann noch der zusätzliche Hinweis in § 2a der Geheimhaltungsordnung des Bundestages auf „wichtige“ Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Nicht jedes Betriebs- und Geschäftsgeheimnis ist im Rahmen einer Prüfung durch den Untersuchungsausschuss geschützt. Entscheidend ist die Wichtigkeit des Geheimnisses.

Allerdings gibt es in Rechtsprechung oder Literatur keine Hinweise darauf, wie die Wichtigkeit eines Geheimnisses konkretisiert werden könnte.

M.E. ist die Wichtigkeit nach Maßgabe allgemeiner verfassungsrechtlicher Überlegungen ausschließlich im Wege einer Güterabwägung feststellbar. Für die Prüfung der Wichtigkeit ist eine Gesamtbetrachtung der widerstreitenden Interessen zu beachten. Es bedarf einer Abwägung zwischen dem Interesse des Untersuchungsausschusses und damit auch des Parlaments an der Prüfung und öffentlichen Diskussion des Falls in Abgrenzung zur Bedeutung des Geheimnisses etwa für das betroffene Unternehmen. Hinzuweisen ist insofern auf das Rechtsgutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 25. Juni 2014⁴⁰, „der ausdrücklich betont, dass bei der „Abwägungsentscheidung auch die besondere Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips im demokratischen Parlamentarismus zu berücksichtigen“⁴¹ ist.

g) Schwerer Schaden für den Betroffenen

Für die konkrete Klassifizierung von Dokumenten bedarf es nach § 2a der Geheimschutzverordnung einer weiteren Abwägung darüber, inwieweit eine Freigabe von Dokumenten oder eine niedrigere Klassifizierung des Geheimschutzgrades zu schweren Schäden für den Betroffenen führt. Die genaue Formulierung des § 2a der Geheimschutzverordnung ist rätselhaft. Abgestellt wird darauf, ob eine „Kenntnis durch Unbefugte“ dem Berechtigten schweren Schaden zufügen würde.

Im Hinblick auf das berechnete wirtschaftliche Interesse ist auch die Frage zu klären, ob die Kenntnis der Information durch Außenstehende dem Geheimnissträger zu einem erheblichen Schaden gereichen kann⁴². Die entsprechenden Nachteile dürfen nicht

⁴⁰ <https://www.bundestag.de/blob/422416/550150a6a3b92e8d7d8d4c143a95f769/wd-3-133-14-pdf-data.pdf>

⁴¹ S. 4 des Gutachtens.

⁴² BVerwG, Beschluß vom 4.1.2005 – 6 B 59/04, CR 2005, 194, 195.

unerheblich sein⁴³. Es reicht allerdings nicht jeder wettbewerbsrelevante Nachteil aus.⁴⁴ Ein solcher Schaden wird sich nur je nach Einzelfall feststellen lassen. Gegen einen solchen Schaden spricht zum Beispiel, dass entsprechende Vorgänge mehrere Jahre zurückliegen⁴⁵. Ein nur nachrangiges Geheimhaltungsinteresse liegt dann vor, wenn es sich bei den betroffenen Unternehmen um große Unternehmen handelt, für die die in Rede stehenden Unterlagen nur verschwindend geringe Bruchteile der geschäftlichen Tätigkeit ausmachen.⁴⁶

7. Datenschutz und allgemeines Persönlichkeitsrecht insbesondere der HVB-Mitarbeiter
Denkbar wäre eine Berücksichtigung sonstige privater Geheimnisse, insbesondere der betroffenen Mitarbeitern etwa der HVB. Eine Berücksichtigung käme in Betracht, wenn die Angaben nach dem geltenden Datenschutzrecht geschützt sind. Allerdings begründet das Datenschutzrecht kein „Geheimnis“ im Sinne des §2a der Geheimschutzordnung. Losgelöst von diesem generellen Defizit ist hier eine Heranziehung der Regeln für öffentliche Stellen nach § 2, 12 ff. BDSG wegen der Verwendung der Aussagen durch den Bundestag nicht hilfreich. Denn der Bundestag ist selbst keine öffentliche Stelle im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 BDSG. Auch scheidet die Möglichkeit aus, an das Verhalten von Herrn Tibo anzuknüpfen und die im BDSG geregelten Vorschriften für die Datenverarbeitung durch Private aus §§ 27 ff. BDSG heranzuziehen (wegen der Verbindung der Daten zur Tätigkeit der HVB). Allerdings unterliegen die in Rede stehenden Daten von vornherein nicht dem BDSG. Das Gesetz gilt nur für die automatisierte Datenverarbeitung oder die Datenverarbeitung in oder aus Dateien (§ 1 Abs. 2 Nr. 3). Es liegen hier keine Anhaltspunkte dafür, dass die gelegentlichen Hinweise von Herrn Tibo etwa zu einzelnen HVB-Mitarbeiter aus Dateien stammen.

Damit verbleibt als sonstiges privates Geheimnis das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB. Das BGB schützt aber nicht per se gegen eine unberechtigte Verwendung privater Daten. Es gewährleistet auch keinen Geheimnisschutz für Daten von Privatpersonen. Allerdings könnte es sich hier um „Umstände des persönlichen Lebensbereichs“ handeln. Zum Teil wird hier vertreten, dass die Kompetenzen der Untersuchungsausschüsse generell an der Grenze der Daten mit streng persönlichem

⁴³ BVerwG, CR 2005, 194, 196.

⁴⁴ Siehe dazu Bosch/Sommer, Akteneinsichtsrechte vor Gericht, K&R 2004, 67,70.

⁴⁵ VG Berlin, Urteil vom 24. August 2004 – 23 A.1.04.

⁴⁶ VG Schleswig, Urteil vom 31. August 2004 – 6 A 245/02.

Charakter endet⁴⁷. Solche streng persönlichen Daten sind aber nicht Gegenstand der vorliegenden Aussagen und Unterlagen. Im übrigen ist zu prüfen, inwieweit durch die Veröffentlichung solcher Umstände den Betroffenen ein hoher Schaden droht, bezogen auf die Reichweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB. Dabei ist dem besonderen Umstand Rechnung zu tragen, dass sich der Untersuchungsauftrag des UA auf die Feststellung von Mißständen in der CumEx-Affäre gerichtet ist und dem auch durch eine geeignete Öffentlichkeit der Erkenntnisse des UA entsprochen werden muß. Es liegen keine gesicherten Erkenntnisse dazu vor, dass gegen einzelne der in den Aussagen und Unterlagen genannten Personen konkrete zivil- und strafrechtliche Sanktionsmaßnahmen eingeleitet worden seien. Insofern besteht im Grundsatz keine Notwendigkeit, wegen eventueller persönlichkeitsrechtlicher Bedenken auf die Veröffentlichung der vom Zeugen genannten Namen und Lebensumstände per se zu verzichten. Im übrigen bedarf es dann einer Prüfung im Einzelfall im Hinblick auf das Vorliegen besonderer persönlichkeitsrechtlicher Risiken.

8. Whistleblowing als schutzwürdiges Interesse

Zu prüfen ist hier schließlich das Whistleblowing als schutzwürdiges Interesse; insoweit könnten Umstände des persönlichen Lebensbereichs für eine besondere Geheimhaltungsbedürftigkeit der Unterlagen sprechen. Dabei ist der noch unkonkrete Wortlaut der Geheimschutzverordnung im Lichte von § 14 Abs. 1 Nr. 1 PUAG zu interpretieren und umfaßt daher den Lebensbereich Dritter wie auch den des Zeugen selbst. Als Umstand des persönlichen Lebensbereichs käme die Tatsache folglich in Betracht, dass Herr Tibo als eine Art Whistleblower im Untersuchungsausschuss und auch schon vorher im Verhältnis etwa zur BAFin tätig war. Es geht folglich nicht um die Unterlagen und mitgeteilten Informationen als solche, sondern um die Tatsache, dass Herr Tibo diese Informationen als Whistleblower dem Bundestag mitgeteilt hat.

Eine klare Definition des Begriffs Whistleblower gibt es (noch) nicht⁴⁸. Zwar ist in der Richtlinie der EU zum Schutz von Know-How vorgesehen, einen Schutz für Whistleblower

⁴⁷ VGH Mannheim, Beschluss vom 07.08.2015 - 1 S 1239/15 –Mappus; BayVerfGH, Entscheidung . v. 19.04.1994 – VF1- IVa 93- NVwZ 1995, 681; HambVerfG, Urt. v. 26.4.2014- 1/95 - NVwZ 1996, 1201.

⁴⁸ Siehe dazu Shalene Edwards, Die Rechtmäßigkeit des Whistleblowing, Diss. Münster 2017; Thomas Hoeren, (zusammen mit Eva-Maria Herring) Urheberrechtsverletzung durch Wikileaks?, in: MMR 2011, S 143ff.

zu etablieren.⁴⁹ Aber auch in dieser Richtlinie fehlt eine klare Umschreibung. Fest steht nur, dass Herr Tibo als Privatperson Unterlagen und Wissen zu Vorgängen an Dritte übermittelt hat, die auf seiner Ansicht nach rechtswidrig oder zumindest moralisch verwerfliche Situationen in der HVB hinweisen. In diesen Vorgängen sind „Umstände des persönlichen Lebensbereichs“ zu sehen.

Fraglich ist nun, ob deren Kenntnis durch Unbefugte dem Berechtigten schweren Schaden zufügen würde. Im vorliegenden Fall würde Herr Tibo erheblichen Risiken ausgesetzt, wenn die Unterlagen und Dokumente veröffentlicht und damit auch der HVB zugänglich gemacht würden. Der Untersuchungsausschuss selbst hat aber das Problem schon selbst benannt, indem er in der Sitzung vom 20. Oktober 2016 darauf hinwies, dass sich der Zeuge durch die Wiedergabe von Inhalten aus den mitgebrachten Konvoluten zivil- oder strafrechtlichen Ansprüchen aussetzen könnte (S. 2 des Protokolls).

Die HVB hat schon im Vorfeld ausweislich der insoweit glaubhaften Aussagen von Herrn Tibo mit Sanktionen gegen eine nicht-autorisierte Verbreitung bankinterner Informationen gedroht. Diese Androhungen finden sich auch im jüngsten Schreiben der HVB an den Untersuchungsausschuss wieder. Im Schreiben der Kanzlei XXX vom 1. Dezember 2016 begehrt die HVB (im Schreiben als UCB bezeichnet) Akteneinsicht als Ausprägung des Rechts auf rechtliches Gehör (S. 9). Der Anspruch auf rechtliches Gehör, der der HVB zustehe, sei nur effektiv gewährleistet, wenn die Bank Kenntnis darüber erhalte, welche Unterlagen der Zeuge Tibo dem Ausschuss zur Verfügung gestellt hat und welche Angaben der Zeuge im Rahmen seiner nicht öffentlichen Anhörung gemacht habe.

Ferner wird auf Seite 3 des Schreibens ausführlich auf vertragliche Geheimhaltungspflichten des Zeugen Tibo Bezug genommen und darauf hingewiesen, dass sich Herr Tibo in der Aufhebungsvereinbarung zur Geheimhaltung über alle ihm während seiner Tätigkeit bekanntgewordenen vertraulichen Angelegenheiten „der Bank und der mit ihr verbundenen Unternehmen verpflichtet habe“. Ferner habe er sich verpflichtet, sämtliche Unterlagen, die der Bank gehört oder die Bank betreffen und die im Zusammenhang mit der Tätigkeit bei der Bank entstanden sind, vollständig an die Bank zurückzugeben. Welche Sanktionen seitens der HVB angedacht sind, wird nicht näher konkretisiert. Durch den deutlichen Hinweis auf die diversen Geheimhaltungspflichten von Herrn Tibo stehen solche Sanktionen aber direkt im Raum.

⁴⁹ ABl. EU vom 15. Juni 2016 – L 157/I.

Aufgrund der Weite solcher schadens- und strafrechtlicher Androhungen ergibt sich ein Geheimhaltungsinteresse für alle erstellten und überlassenen Unterlagen, unabhängig vom Grad des Geheimcharakters einzelner mitgeteilten Tatsachen. Würde der Ausschuss einzelne Tatsachen als geheimhaltungsbedürftig auswählen, könnte die HVB unter Umständen ihre behaupteten Rechte auf Anhörung und Einsicht in alle Unterlagen geltend machen und wie angedroht im Wege etwa einer Verfassungsbeschwerde⁵⁰ geltend machen. Über diesen Weg käme sie dann an alle von Herrn Tibo übermittelten Informationen und könnte gegen Herrn Tibo arbeits- und evtl. sogar über § 17 UWG strafrechtlich vorgehen.⁵¹

Herr Tibo ist als Whistleblower derzeit nicht vor straf- oder zivilrechtlichen Sanktionen geschützt. Zwar ist zum 2. Juli 2016 das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz⁵² in Kraft getreten. Nach § 4d Abs. 6 des Gesetzes dürfen Mitarbeiter, die bei Unternehmen und Personen beschäftigt sind, die von der Bundesanstalt beaufsichtigt werden und die eine Meldung nach Absatz 1 abgeben, wegen dieser Meldung weder nach arbeitsrechtlichen oder strafrechtlichen Vorschriften verantwortlich gemacht noch zum Ersatz von Schäden herangezogen werden, es sei denn, die Meldung ist vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr abgegeben worden. Allerdings betrifft diese (erste deutsche) Whistleblowing-Regelung nur Meldungen nach § 4d Abs. 1, d.h. Meldungen von Rechtsverstößen an die BAFin. Im übrigen gilt das Gesetz nicht für Altfälle, in denen zum Beispiel Verstöße der BAFin vor dem 2. Juli 2016 gemeldet werden. Damit kommt das Gesetz auf die vorliegenden Aussagen von Herrn Tibo nicht zur Anwendung.

Ich hoffe, es ist nicht vermessen und übergriffig, auf den Umstand hinzuweisen, dass Herrn Tibo in der fraglichen Ausschusssitzung auf Nachfrage der hohe Vertraulichkeitsgrad seiner Aussagen bekräftigt wurde (s. 15 des Protokolls). Herr Tibo hatte in der Anhörung das Thema Protokoll und Geheimhaltung angesprochen; ihm wurde damals erklärt, dass das erstellte Protokoll seiner Anhörung geheim sei und nicht an die Öffentlichkeit komme. Im Vertrauen

⁵⁰ Dazu BayVfGH, Urteil vom 17. November 2014 - Vf. 70-VI-14, <http://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/70-VI-14.htm>

⁵¹ Insofern erweist sich erst später in einem strafrechtlichen Verfahren, ob Herr Tibo sich die Voraussetzungen eines rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB berufen kann. Dazu allgemein Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (331).

⁵² Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz vom 22. April 2002 (BGBl. I S. 1310), das durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3171) geändert worden ist

darauf hat Herr Tibo seine Ausführungen im Ausschuss fortgesetzt; insofern bestehen m.E. auch besondere Fürsorgepflichten des Ausschusses.

Allerdings ergibt sich aus dieser besonderen Konstellation ein unerwünschter Effekt. Bedingt durch die Drohungen der HVB bleiben die Anhörungsergebnisse geheim, was wiederum der HVB - zu Lasten des Öffentlichkeitsauftrags des Parlaments - zugute kommt. Dieser negative Effekt ist allerdings m.E. zum Schutz von Whistleblowern unumgänglich und alternativlos; er wäre nur zu vermeiden, wenn in Deutschland effektivere Regeln zum Schutz von Whistleblowern bestünden.⁵³

9. Ergebnis

Die von mir zu prüfenden Unterlagen sind zum Schutz des Zeugen Tibo vor straf- und zivilrechtlichen Sanktionen komplett als geheim einzustufen.

Falls der Untersuchungsausschuss dem nicht folgt, müssen hilfsweise die einzelnen Dokumente im einzelnen nach Maßgabe von § 17 Abs. 1 UWG iVm. § 2a Geheimschutzverordnung klassifiziert werden. Ein Versuch zu einer ersten, grobrastrigen Klassifizierung findet sich im Anhang anbei; dort werden auch die verwendeten Kriterien für die Klassifizierung einleitend noch einmal vorgestellt.

Bei der hilfsweisen Klassifizierung nach dem im Anhang verwendeten Verfahren ist zu bedenken, dass unter Umständen noch viele bislang als geheim zu klassifizierenden Aussagen und Texte frei verwendet werden dürfen, soweit sie sich mit Aussagen anderer Zeugen aus öffentlichen Teilen der UA-Sitzungen oder mit Informationen aus der Presse/dem Internet deckungsgleich sind. Eine solche Prüfung der Dokumente war mir als Sachverständigen nicht möglich.

(Der Anhang wurde nicht freigegeben).

⁵³ Vorschläge dazu etwa bei Shalene Edwards, Whistleblowing, 274 ff.

