

Schutzpositionen von Unternehmen im Informationsfreiheitsrecht*

Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie von Antragsunterlagen im europäischen und deutschen Recht

Matthias Rossi

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Zur Schutzbedürftigkeit der Unternehmen
 1. Schutz im zweipoligen Informationsverhältnis
 2. Schutz im dreipoligen Informationsverhältnis
- III. Verfassungs- und unionsrechtlicher Schutz
 1. Zugangsanspruch
 2. Restriktionsrecht
 - a) Verfassungsrechtlicher Schutz
 - (1) Rechtsstaatsprinzip
 - (2) Informationelle Selbstbestimmung
 - (3) Eigentums- und Berufsfreiheit
 - (a) Eigentumsfreiheit
 - (b) Berufsfreiheit
 - b) Primärrechtlicher Schutz
 3. Spannungsverhältnis zwischen Informationsfreigabe und Informationsrestriktion
- IV. Gesetzlicher und sekundärrechtlicher Schutz
 1. Materieller Schutz
 - a) Schutzvorschriften
 - b) Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse
 - c) Absoluter Schutz
 - d) Relativer Schutz
 - e) Kennzeichnungspflicht als Schutzvoraussetzung

* Der Beitrag gibt den unter dem Titel „Starke und schwache Schutzpositionen der Unternehmen“ gehaltenen Vortrag wieder. Meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Frau Jessica Gentsch, danke ich sehr für ihre wertvolle Unterstützung.

- f) Sonstige Restriktionsbefugnisse
- 2. Prozeduraler Schutz
 - a) Administratives Gehör
 - b) Vorkehrungen für einen effektiven Rechtsschutz
- 3. Prozessualer Schutz, Haftungs- und Strafbewehrung
 - a) Verwaltungsprozess
 - b) Schadensersatz
 - c) Strafrecht
- V. Eigensicherung der Unternehmen

I. Einleitung

Die Schutzpositionen von Unternehmen im Informationsfreiheitsrecht sollen ausweislich des vorgegebenen Untertitels unter vier Gesichtspunkten beleuchtet werden: In tatsächlicher Hinsicht geht es um den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auf der einen Seite sowie von Antragsunterlagen auf der anderen Seite, in rechtlicher Hinsicht sollen die nationale wie die europäische Regelungsebene berücksichtigt werden.

Mit dieser Unterscheidung zwischen nationalem und europäischem Recht ist aber nur eine Untergliederung des Informationsfreiheitsrechts benannt, das vielfältig zerfasert ist: Bereichsspezifisches Informationszugangsrecht in Gestalt des Umwelt- und des Verbraucherinformationsrechts wird ergänzt durch das allgemeine Informationsfreiheitsrecht, das seinerseits auf der Ebene der Europäischen Union, des Bundes und der Länder unterschiedlich ausgestaltet ist. Insgesamt mag die folgende Tabelle veranschaulichen, wie ausdifferenziert sich das Informationsfreiheitsrecht in Deutschland und der Europäischen Union derzeit darstellt:

	allgemeine Informationen		Umweltschutz			Verbraucher- schutz
Völker- recht			Aarhus-Konvention			
			Zugang zu Umwelt- informationen	Öffentlichkeitsbe- teiligung im Verfahren	Rechts- schutz	
EU	Art. 15 III AEUV, Art. 42 GRCh VO (EG) 1049/2001 (Transparenz- VO)		VO (EG) 1367/2006 (Aarhus-VO)			
		RL 2003/98 /EG	RL 2003/4/EG (UI-RL)	RL 2003/35/EG (ÖffBet-RL)		
Bund	IFG	IWG	UIG	ÖffBetG (Artikelgesetz) ⇔ UVPG BlmSchG 9. BlmSchV	UmwRG	VIG
Land	Landes-IFG (nicht in Bayern, Baden-Württemberg, Hessen, Niedersachsen, Sachsen)	IWG	Landes-UIG	AIVV ÖffGBetBatt DüngemittelG KrW-/AbfG UVP-VO-Bergbau	UmwRG	VIG

Schutzpositionen von Unternehmen im Informationsfreiheitsrecht

Vor diesem Hintergrund und im Zusammenhang mit dem Gesamtthema der Tagung, die sich Rechtsfragen des freien Informationszugangs insbesondere im Umweltschutz widmet, muss der Schwerpunkt der folgenden Betrachtung im Umweltinformationsrecht sowie im allgemeinen Informationsfreiheitsrecht liegen. Landesrechtliche Besonderheiten können dabei nicht vertieft werden. Vielmehr konzentriert sich der Beitrag auf die Bestimmungen des UIG und des IFG des Bundes. Weil der Beitrag zudem der einzige dieser Tagung ist, der sich explizit mit den Beschränkungen der Informationsfreiheit zu befassen hat, muss zugleich betont werden, dass er von den zahlreichen Ausnahmen, die es im allgemeinen Informationszugangsrecht gibt, nur den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (sowie von Antragsunterlagen) thematisiert. Dagegen werden weder der Schutz des geistigen Eigentums noch der Schutz von personenbezogenen Daten und schon gar nicht der Schutz von öffentlichen Belangen erörtert.

Im Folgenden wird zunächst die Schutzbedürftigkeit von Informationen der Unternehmen analysiert (II.), bevor sodann der verfassungs- und unionsrechtliche Schutz (III.) und seine gesetzliche bzw. sekundärrechtliche Ausgestaltung (IV.) betrachtet wird. Im Vordergrund stehen dabei zum einen der materielle und zum anderen der prozedurale Schutz der Unternehmensinformationen. Der prozessuale Schutz wird dagegen mit Rücksicht auf den in diesem Band enthaltenen Beitrag von *Sabine Schlacke* nur grob skizziert.¹

II. Zur Schutzbedürftigkeit der Unternehmen

Die Schutzbedürftigkeit von Unternehmen im Informationsfreiheitsrecht erklärt sich mit Blick auf das bilaterale, auf das horizontale Verhältnis von Unternehmen untereinander. In diesem Verhältnis sind Unternehmen grundsätzlich alleine dispositionsbefugt – die Preisgabe von Informationen unterliegt ihrer Privatautonomie. Ob und welche Informationen Unternehmen an Konkurrenten, an Dritte oder an die Öffentlichkeit herausgeben, entscheiden sie selbst und unter Berücksichtigung vielfältiger Motive. Das Recht schützt

¹ *Schlacke*, Rechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte unter Einschluss des Europäischen Bürgerbeauftragten in seiner Funktion zur Sicherung des Informationszugangs, in diesem Band.

diese privatautonome Preisgabe von Informationen durch vielfältige Bestimmungen.

1. Schutz im zweipoligen Informationsverhältnis

Der Schutz betrieblichen Wissens, des Know-how, insbesondere vor dem Zugriff durch Konkurrenten ist zunächst Gegenstand des gewerblichen Rechtsschutzes. Für den technisch-wirtschaftlichen Bereich von Bedeutung ist der gewerbliche Rechtsschutz, also das Patentrecht, das Gebrauchs- und Geschmacksmusterrecht sowie das Recht der Marken und sonstigen Kennzeichen. Daneben kann der Urheberrechtsschutz an Bedeutung gewinnen mit seiner wirtschaftlichen und seiner Persönlichkeitsschützenden Komponente.²

Im Vergleich zum rechtlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, der als Informationsrestriktionsrecht die unfreiwillige Weitergabe bzw. unauthorisierte Nutzung von Wissen durch andere verhindern will, ist die Zielsetzung der gewerblichen Schutzrechte eine andere. Sie wollen nicht per se einen Informationsfluss verhindern und wirken deshalb nicht primär als Informationsrestriktionsrechte.³ Vielmehr sollen es die gewerblichen Schutzrechte den Berechtigten gerade ermöglichen, ihr (neues) Wissen anzuwenden und zu verwerten. Dazu dient ein ausschließliches Verwertungsrecht, das durch ein alleiniges Benutzungsrecht und durch Verbotensrechte gekennzeichnet ist. Dem Rechteinhaber kommt also zum einen die positive Befugnis zu, seine Erfindung zu nutzen, und zum anderen als negativer Inhalt des Schutzrechts die Möglichkeit, andere von der Benutzung auszuschließen.⁴ Die bloße Kenntnisnahme von einer Erfindung durch Dritte, also der Zugang zur Information, ist von diesem Ausschlussrecht aber nicht erfasst; erst ihre „Benutzung“ kann untersagt werden. Dies unterscheidet die gewerblichen Schutzrechte strukturell von solchen Schutzrechten, die wie etwa der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schon der bloßen Kenntnisnahme entgegen stehen können. Aus dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes umfasst nur das dem Patent- oder Gebrauchsmuster-

² Zu den Schwierigkeiten dieser Unterscheidung: *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Aufl. 2010, § 1 Rdnr. 8.

³ *Rossi*, Informationsfreiheitsgesetz, § 6 Rdnr. 18 ff.; *Lenski*, Informationszugangsfreiheit und Schutz des geistigen Eigentums, NordÖR 2006, 89 (91).

⁴ *Götting* (Fn. 2), § 5 Rdnr. 8 ff.

recht vorgelagerte formlose Erfinderrecht einen solchen Geheimhaltungsanspruch.⁵ Dieses Erfinderecht entsteht bereits mit Vollendung der Erfindung und umfasst zum einen ein Erfinderpersönlichkeitsrecht, welches dem Schutz der persönlichen Interessen des Erfinders dient, und zum anderen ein Verwertungsrecht. Sofern es allerdings um Erfindungen im gewerblichen Bereich geht, besteht hinsichtlich des Geheimhaltungsrechtes Deckungsgleichheit mit den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.⁶ Ebenso verhält es sich mit dem Erstveröffentlichungsrecht im Urheberrecht, soweit es ausnahmsweise den gewerblichen Bereich betrifft.⁷

Den gewerblichen Schutzrechten geht es mithin um die wirtschaftliche Verwertung von neu erworbenem, von generiertem Wissen. Informationen und Schutzrechte sind im horizontalen Verhältnis zwischen Privaten also als Wirtschaftsgüter zu begreifen. Ein Handel von und mit Informationen, Rechten, aber auch Rechteinhabern ist notwendige Folge, wie etwa am Beispiel der Übernahme von Firmen mit dem alleinigen Zweck, an bestimmte Schutzrechte zu gelangen, deutlich wird.

2. Schutz im dreipoligen Informationsverhältnis

Dieses horizontale Verhältnis zwischen Privaten wird modifiziert, wenn Informationspflichten gegenüber dem Staat hinzutreten. Der Staat ist im Rahmen der Eröffnungskontrolle nicht nur aus Gründen der Gefahrenabwehr und des Umweltschutzes, sondern darüber hinaus auch bei wirtschaftslenkenden Maßnahmen, in der Sozial- und Bildungspolitik, letztlich in allen Politikfeldern auf Informationen von Privaten angewiesen und hat die Grundrechtsausübung durch Private deshalb in vielen Fällen einer Eröffnungskontrolle unterworfen, die als bloße Anzeigepflicht oder als präventive oder repressive Genehmigungspflicht ausgestaltet sein kann. Aus dieser Einbeziehung der privaten Informationspflichten gegenüber dem Staat in die Informationsbeziehungen Privater wird aus dem zwei- ein dreipoliges Informationsverhältnis, aus dieser Einbeziehung resultiert das Schutzbedürfnis von Unternehmen.

⁵ Götting (Fn. 2), § 18 Rdnr. 7.

⁶ Fluck, Der Schutz von Unternehmensdaten im Umweltinformationsgesetz, NVwZ 1994, 1048 (1050).

⁷ Zu der Frage, inwiefern das Kopieren von Unterlagen, die ein Unternehmen zur Verfügung gestellt hat, gegen Urheberrechte verstoßen kann Fluck (Fn. 6), S. 1050 f.

Der Schutz der Unternehmensinformationen gegenüber Informationswünschen Dritter wurde zunächst durch Restriktionen in dreierlei Hinsicht gewährleistet. Erstens durch eine Begrenzung der Anspruchsinhaber, zweitens durch eine Beschränkung nach dem Verwendungszweck und drittens durch ein Abwägungserfordernis. Private können damit grundsätzlich nicht über den Staat an Informationen von anderen Privaten gelangen. Deutlich wird dies etwa an dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach Maßgabe des §§ 29, 30 VwVfG. Hiernach dürfen nur bestimmte Personen nur zu bestimmten Zwecken und Akteneinsicht nehmen. Der Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen steht darüber hinaus unter einem umfassenden Abwägungsvorbehalt. Diese Systematik ist zum Teil als Grundsatz des *Aktengeheimnisses* bezeichnet worden⁸ und angesichts einer zunehmenden Forderung nach demokratischer Transparenz in die Kritik geraten.⁹ Die drei genannten Prinzipien drücken aber zugleich die Erwartung der Bürger an den Staat aus, mit von Privaten erlangten Informationen vertrauensvoll umzugehen. Vor diesem Hintergrund ist die Umschreibung des von §§ 29, 30 VwVfG gewährten Maßes an Öffentlichkeit der Verwaltung als Prinzip der beschränkten *Aktenöffentlichkeit*¹⁰ durchaus zutreffend, insbesondere, wenn man die zahlreichen anderen Zugangsansprüche und die Registeröffentlichkeit mit in die Charakterisierung einbezieht.

Insbesondere der Erlass der Informationsfreiheitsgesetze hat zu einem Wandel dieser *beschränkten* Aktenöffentlichkeit zu einer *allgemeinen* Aktenöffentlichkeit geführt. Damit ist die privatautonome Preisgabe der Informationen nicht nur beeinträchtigt, sondern potentiell auch verletzt worden. Nunmehr treffen nämlich die unternehmerischen Informationspflichten gegenüber dem Staat auf allgemeine Informationszugangsrechte, die weder eine Begrenzung der Anspruchsinhaber noch eine Beschränkung nach dem Zweck kennen. Ein zweckfreier Informationszugang ist gerade das Charakteristikum allgemeiner Informationszugangsfreiheit.¹¹ Es bleibt also allein die Abwägung als struktureller Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheim-

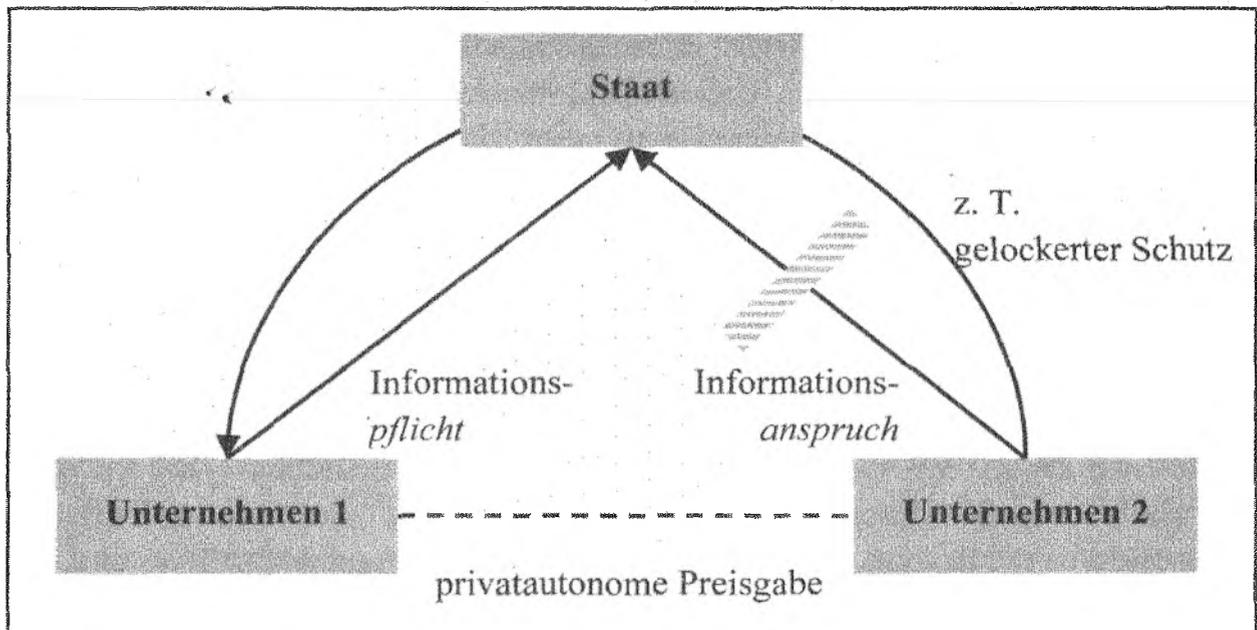
⁸ *Kiethe/Groeschke*, Informationsfreiheitsgesetze: Informationsfreiheit contra Betriebsgeheimnis?, WRP 2006, 303 (303).

⁹ Vgl. *Kugelman*, Informationsfreiheit als Element moderner Staatlichkeit, DÖV 2005, 851 (851 ff.); *Schoch*, Das Recht auf Zugang zu staatlichen Informationen, DÖV 2006, 1 (2); *Kloepfer*, Informationszugangsfreiheit und Datenschutz: Zwei Säulen des Rechts der Informationsgesellschaft, DÖV 2003, 221 (221).

¹⁰ *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 33.

¹¹ *Schoch*, IFG, § 1 Rn. 19. Im Widerspruch hierzu steht freilich das Begründungserfordernis des § 7 Abs. 1 Satz 3 IFG.

nissen. Damit hängt der Schutz der Geheimnisse insgesamt von der Gewichtung der Abwägungsbelange ab und ist im Ergebnis – jedenfalls bei struktureller Betrachtung – gelockert, wie die nachfolgende Grafik verdeutlichen mag:



Dabei ist der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Rahmen einer allgemeinen Informationszugangsfreiheit besonders wichtig. Erstens nämlich trifft die zugangsgewährenden Behörden regelmäßig keine Verantwortung für die Vollständigkeit und Richtigkeit der preisgegebenen Informationen, vielmehr erstreckt sich der Zugangsanspruch lediglich auf die tatsächlich vorhandenen Informationen. Zweitens unterliegen die preisgegebenen Informationen keinerlei Verwendungsbeschränkung. Die Entscheidung über ihre individuelle Zugänglichkeit ist damit auch immer eine Entscheidung über ihre allgemeine Öffentlichkeit. Die preisgebende Behörde beziehungsweise das kontrollierende Gericht hat insoweit nicht nur zu berücksichtigen, ob die Preisgabe der Information an den konkreten Antragsteller Positionen des schutzbedürftigen Unternehmens gefährdet, sondern auch zu prüfen, ob die Veröffentlichung der Information schutzwürdige Belange verletzt oder künftig verletzen kann. Und drittens werden die preisgegebenen Informationen aus dem Kontext ihrer Erhebung gerissen und können dadurch eine neue, eine andere Bedeutung erlangen. Dies gilt umso mehr, als es im Zeitalter der computergestützten Informationstechnik

mehr noch als unter den Voraussetzungen der automatischen Datenverarbeitung „kein belangloses Datum“ mehr gibt¹² und Informationen in Abhängigkeit vom vorhandenen Wissen eine andere Relevanz erhalten können. Auch dies muss im Rahmen der Abwägung zwischen dem Zugangs- und dem Geheimhaltungsinteresse berücksichtigt werden.

Mit dieser Betonung der Schutzbedürftigkeit ist freilich nur eine Perspektive, nämlich diejenige des schutzbedürftigen Unternehmens eingenommen. Die Interessen der schutzbedürftigen Unternehmen kennzeichnen sich vor allem durch die enorme Bedeutung von Informationen für die Stellung des Unternehmens im Wettbewerb. Information und Wissen stellen meist einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil her und nehmen wesentlichen Anteil am Betriebskapital. Wie groß der wirtschaftliche Wert einer Information ist, bemisst sich beispielsweise nach dem erbrachten Investitionsaufwand und dem Amortisationsstand. Im Ausnahmefall kann die Offenbarung des Geheimnisses zu einer Existenzbedrohung für das Unternehmen werden.¹³

Aus einer anderen Perspektive stellt sich der erleichterte Informationsfluss im dreipoligen Informationsverhältnis freilich ganz anders dar. Aus Sicht eines informationsbegehrenden Unternehmens etwa schafft die allgemeine Informationszugangsfreiheit jedenfalls grundsätzlich die Möglichkeit, leichter an Informationen von Dritten zu gelangen.¹⁴ Allerdings wird sich jedes Unternehmen – mit Ausnahme von solchen, die sich gerade auf die Beschaffung und Weitergabe von Informationen beschränken – mal in der Rolle des zugangsbegehrenden, mal in der Rolle des zugangsabwehrenden Privaten befinden. Insofern lässt sich das Spannungsverhältnis nicht personifizieren, sondern nur abstrahieren. Abstrahierend muss es dann auch gelöst werden, will man nicht mit einem freien Informationsfluss, mit einer „open-source-policy“ den gesamten Markt und mit ihm die Privatautonomie im Bereich des Informationsaustausches beschädigen.

Dieses Spannungsverhältnis ist nicht nur tatsächlicher Art, sondern zeigt sich auch bei der Untersuchung der verfassungsrechtlichen Positionen der zugangssuchenden sowie der schutzbedürftigen Unternehmen.

¹² Vgl. schon BVerfGE 65, 1 (44 f.).

¹³ *Fluck* (Fn. 6), S. 1052.

¹⁴ Dazu *Sellmann/Augsberg*, Chancen und Risiken des Bundesinformationsfreiheitsgesetzes – Eine „Gebrauchsanleitung“ für (private) Unternehmen, WM 2006, 2293 (2294 ff.).

III. Verfassungs- und unionsrechtlicher Schutz

Hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Schutzes konzentrierte sich die wissenschaftliche Diskussion in der jüngeren Vergangenheit weitgehend auf die Frage, wie ein allgemeiner Informationszugangsanspruch verfassungsrechtlich fundiert ist. Die verfassungsrechtliche Determinierung der Restriktionsrechte ist angesichts der stets positiv konnotierten Transparenz der Verwaltung zunächst in den Hintergrund getreten. Vorliegend soll der Blick auf beide Fragen gelenkt werden.

1. Zugangsanspruch

Die Diskussion und die Rechtsprechung lassen sich hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Absicherung des Zugangsanspruches wie folgt zusammenfassen:

Aus dem Staatsstrukturprinzip der Demokratie kann ein allgemeines Öffentlichkeitsprinzip abgeleitet werden, dabei handelt es sich aber eben um ein objektives Prinzip, woraus sich jedenfalls kein subjektiver Anspruch auf Informationszugang ergibt.

Ein allgemeines Zugangsrecht zu Informationen ergibt sich auch nicht allein aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG, weil es hierfür an der Allgemein zugänglichkeit der Informationsquellen fehlt.¹⁵ Neben der objektiven Eignung ist für die Allgemein zugänglichkeit die subjektive Bestimmung über den Zugang durch den Berechtigten maßgeblich.¹⁶ Im Falle eines Informationsanspruches gegenüber der Verwaltung, kommt es somit auf die Bestimmung durch den Staat an. Ein direkt aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG resultierendes subjektives Recht existiert aber nicht.¹⁷ Allenfalls kann das Bestimmungsrecht des Staates, welche Quellen allgemein zugänglich sein sollen, verfassungsrechtlich, z.B. durch das Demokratieprinzip,¹⁸ determiniert sein.¹⁹ Der Erlass der Informationsfreiheitsgesetze hat zu einer Aktivierung

¹⁵ Rossi (Fn. 10), S. 25 f.

¹⁶ BVerfGE 103, 44 (60); Kloepfer, Informationsrecht, 2002, § 3 Rdnr. 77.

¹⁷ Anders Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 342 ff., der die Allgemein zugänglichkeit verfassungsrechtlich, insbesondere durch das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, als geboten sieht.

¹⁸ Dazu Albers, Grundlagen und Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze, ZJS 2009, 614, 617 ff.

¹⁹ BVerfGE 103, 44 (60).

des Grundrechts auf Informationsfreiheit geführt.²⁰ Der Anspruch auf freien Informationszugang ist damit, soweit er einfachgesetzlich vorgegeben ist, auch grundrechtlich durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG abgesichert.

Im Recht der europäischen Union verlangen Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3 EUV einen offenen und transparenten Dialog mit repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft. Damit wird Transparenz als ein Ziel der Europäischen Union statuiert, woraus sich jedoch ebenfalls kein unmittelbarer subjektiver Anspruch auf Zugang zu bestimmten Informationen ableiten lässt. Allerdings enthält Art. 15 Abs. 3 AEUV in Fortsetzung des alten Art. 255 EGV ein solches unmittelbares primärrechtliches Recht auf Zugang zu Dokumenten, das zudem in Art. 42 GRCh grundrechtlich verbürgt ist.

2. Restriktionsrecht

Die Fokussierung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Zugangsanspruches genügt freilich nicht. Vielmehr ist auch die Geheimhaltung von schutzwürdigen Informationen Privater verfassungs- und primärrechtlich determiniert.

a) *Verfassungsrechtlicher Schutz*

Hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Schutzes sind das Rechtsstaatsprinzip und grundrechtliche Positionen zu nennen.

(1) Rechtsstaatsprinzip

Das in Art. 20 Abs. 3 GG und anderen Normen zum Ausdruck kommende Rechtsstaatsprinzip fordert ein Verwaltungsverfahren unter Beachtung des Grundsatzes des fairen Verfahrens und des Gebotes des Vertrauensschutzes.²¹ Daraus ergibt sich auch die Pflicht der Verwaltung, personenbezogene Daten ebenso wie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geheim zu halten.²² Aus dem Rechtsstaatsprinzip können betroffene Unternehmen aber keine

²⁰ Rossi (Fn. 10), S. 216 ff; Gurlit, Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, DVBl 2003, 1119 (1121 f.); Kloepfer/v. Lewinski, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG), DVBl 2005, 1277 (1288); Sitsen, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, 2009, S. 36; vgl. aber auch Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rdnr. 56a f.

²¹ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 9 Rdnr. 50, 60.

²² Bonk/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 30 Rdnr. 1.

subjektiven Rechte zum Schutz ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ableiten.²³

(2) Informationelle Selbstbestimmung

Subjektive Rechte vermittelt dagegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, jedenfalls in Bezug auf personenbezogene Daten, also auf den Datenschutz natürlicher Personen. Das BVerfG leitet dieses Recht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ab und stützt es auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.²⁴ Auch wenn juristische Personen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, freilich ohne sich auf Art. 1 Abs. 1 GG zu berufen, für sich reklamieren können,²⁵ ist dieser Schutz im Ergebnis doch abgesenkt. Denn es ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob die in Frage stehende Ausprägung des Grundrechts gem. Art. 19 Abs. 3 GG dem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist.²⁶ Beim Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geht es gerade nicht um den Schutz der Würde der Person, sondern um den Schutz wirtschaftlich wertvoller Informationen vor Offenbarung und Ausbeutung durch die Konkurrenz.²⁷ Im Vordergrund stehen somit regelmäßig die Sicherung des Fortbestandes des Firmenvermögens und die Gewinnerzielung. Diese Aspekte sind aber über die speziellen Grundrechte des Art. 14 und 12 GG erfasst. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind daher von den speziellen Gewährleistungen der Wirtschaftsgrundrechte erfasst, nicht jedoch vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung.²⁸

²³ Jansen, Der Schutz von Unternehmensdaten im Verwaltungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2002, S. 28 f.; a.A.: Taeger, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, 1988, S. 53 m.w.N.

²⁴ BVerfGE 65, 1 (Volkszählung).

²⁵ OVG Lüneburg, NJW 2009, 2697; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rdnr. 224; a.A.: Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857 (860); Eilers/Schröer, Der Schutz der betrieblichen Informationssphäre im Umweltinformationsgesetz, BB 1993, 1025 (1027); Jansen (Fn. 23), S. 30 f.; offengelassen von BVerfGE 95, 220 (242).

²⁶ Di Fabio (Fn. 25), Rdnr. 224.

²⁷ Jansen (Fn. 23), S. 30 f.

²⁸ Di Fabio (Fn. 25), Rdnr. 225; Jarass (Fn. 25), S. 860. Vgl. dazu sogleich unter III.2.a)(3).

(3) Eigentums- und Berufsfreiheit

Der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wird normativ zumeist kumulativ aus Art. 14 und Art. 12 GG abgeleitet.²⁹

(a) Eigentumsfreiheit

Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kommt ein zum Teil erheblicher wirtschaftlicher Wert zu. Insofern liegt es nahe, ihren Schutz der Eigentumsfreiheit zuzuordnen, die grundsätzlich die rechtliche Zuordnung vermögenswerter Güter zu einem Rechtsträger schützt.³⁰ In der Literatur finden sich denn auch verschiedene Ansatzpunkte, den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Art. 14 GG zu begründen. Zunächst lassen sich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als Teil des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs verstehen.³¹ Dieses Rechtsinstitut ist aber bislang nur vom BGH und BVerwG, nicht aber vom BVerfG anerkannt.³² Darüber hinaus wird ein Vergleich mit den gewerblichen Schutzrechten bemüht.³³ Dem stehen aber die wesentlichen Unterschiede zwischen den gewerblichen Schutzrechten und den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen entgegen, die bereits skizziert wurden. Während die gewerblichen Schutzrechte ausschließlich einem Rechtsträger zugeordnet werden können und der wirtschaftliche Wert gerade darin besteht, dass das Wissen bereitgestellt

²⁹ BVerfGE 115, 205 (229, 248), für Art. 14 GG noch offen gelassen; BVerwGE 125, 40 (41 f.); *Rossi*, (Fn. 10), S. 140 f.; *ders.* (Fn. 3), § 6 Rdnr. 2; *Jansen* (Fn. 23), S. 39; v. *Dannwitz*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Recht der Regulierungsverwaltung, DVBl 2006, 597 (600); *Kim*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach dem Umweltinformationsgesetz, 1999, S. 197; *Tyczewski/Elgeti*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht, NWVBl 2006, 281 (283); *Eilers/Schröder* (Fn. 25), S. 1027; *Gamner*, UIG, § 9 S. 76 f.; *Reidt/Schiller*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Vorb. UIG Rdnr. 54. Siehe auch die Nachweise in Fn. 28. Nur auf Art. 14 GG abstellend: *Schröder*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltschutzrecht, UPR 1985, 394 (396 f.); *Bullinger*, Wettbewerbsgerechtigkeit bei präventiver Wirtschaftsaufsicht, NJW 1978, 2173 (2178).

³⁰ *Axer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 14 Rdnr. 42.

³¹ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rdnr. 99; a.A. *Sitsen* (Fn. 20), S. 268 ff.

³² *Brammsen*, Wirtschaftsgeheimnisse als Verfassungseigentum, DÖV 2007, 10 (11); vgl. auch *Papier* (Fn. 31), Rdnr. 95 m.w.N.

³³ *Hahn*, Offenbarungspflichten im Umweltschutzrecht, 1984, S. 170 f.; *Beer/Wesseling*, Die neue Umweltinformationsrichtlinie im Spannungsfeld von europäischer Eigentums-gewährleistung und privatem Informationsinteresse, DVBl 2006, 133 (135 f.); *Breuer*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltrecht, NVwZ 1986, 171 (174).

wird, gibt es für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse keine solchen Ausschlussrechte. Ihr wirtschaftlicher Wert geht vielmehr verloren, wenn andere berechtigt oder unberechtigt ein ähnliches Wissen erlangen.³⁴ Insofern muss eine andere Argumentation bemüht werden, um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unter die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG subsumieren zu können.

In Anlehnung an das Leitbild des bürgerlich-rechtlichen Eigentums ist der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff von Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis gekennzeichnet.³⁵ Ob Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auch ohne, dass sie dem Berechtigten nach Art eines Ausschließlichkeitsrechtes zugeordnet werden können, der Schutz des Art. 14 GG zukommt, ist umstritten. Jedem Geheimnisherrn kann, auch wenn mehrere voneinander unabhängig *dieselbe* Information erworben haben, sein eigenes Geheimnis zugeordnet werden. Die gesetzgeberische Ausgestaltung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist damit weniger stark als im Falle der gewerblichen Schutzrechte, dennoch lassen sie sich als privatnützig charakterisieren.³⁶ Zudem steht jedem Geheimnisherrn auch die Verfügungsbefugnis über seine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu.³⁷ Insofern lassen sich die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG zuordnen.

Soweit der Gesetzgeber die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zulässt, muss er dies also mit übergeordneten Gründen des Allgemeinwohls rechtfertigen.

(b) Berufsfreiheit

Art. 12 GG schützt auch die unternehmerische Betätigungsfreiheit.³⁸ Zum Teil wird zu deren Schutz auch zusätzlich Art. 14 GG herangezogen³⁹ oder allein auf Art. 2 Abs. 1 GG verwiesen,⁴⁰ doch scheint Art. 12 GG insoweit

³⁴ Aus diesen Gründen einen Schutz durch Art. 14 GG ablehnend: *Wolff*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, NJW 1997, 98.

³⁵ *Axer* (Fn. 30), Rdnr. 10 f.

³⁶ *Brammsen* (Fn. 32), S. 13 f.; *Beer/Wesseling* (Fn. 33), S. 135; vgl. auch *Sydow*, Staatliche Verantwortung für den Schutz privater Geheimnisse, Verw 38 (2005), 35 (42 f.); a.A. *Sitsen* (Fn. 20), S. 263 ff.

³⁷ Vgl. z.B. *Götting* (Fn. 2), § 26 Rdnr. 7.

³⁸ BVerfGE 50, 290 (363); *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rdnr. 67.

³⁹ *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rdnr. 131.

⁴⁰ So noch z.B. BVerfGE 25, 371 (407). Differenzierend *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 12 Rdnr. 15 f.

das maßgebliche Grundrecht zu sein. Zur unternehmerischen Betätigungsfreiheit gehört auch die subjektive Wettbewerbsfreiheit, verstanden als das Recht des Unternehmens, sich auf dem Markt nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen gegenüber Wettbewerbern durchzusetzen.⁴¹ Wesentliche Voraussetzung für das freie Wirken der Marktteilnehmer ist aber der Geheimwettbewerb. Daher umfasst Art. 12 GG auch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.⁴² Vielleicht mag man diesen Schutz sogar als Grundrechtsvoraussetzungsschutz qualifizieren: Ohne den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist kein Schutz der Berufs- und Eigentumsfreiheit möglich.

b) *Primärrechtlicher Schutz*

Ähnlich stellt sich die Situation auf der Ebene der Europäischen Union dar. Art. 2 Satz 1 EUV nennt sowohl Demokratie als auch Rechtsstaatlichkeit als „Werte“ der Union.

Zudem werden die Organe und Einrichtungen der Union gem. Art. 41 GRCh zu einer „guten Verwaltung“ verpflichtet. Ist dem deutschen Verwaltungsrecht ein vergleichbares Grundrecht auch fremd, so hat der Begriff der „Good Governance“ in den letzten Jahren beachtlich an Bedeutung gewonnen. Damit wird auf die Gesamtheit der rechtsstaatlichen und institutionellen Anforderungen an die Regierungs- bzw. Verwaltungstätigkeit Bezug genommen.⁴³ Das Recht auf eine gute Verwaltung umfasst auch ein subjektives Recht auf Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Dieser Aspekt findet – deutlicher als im nationalen Recht – insbesondere in Art. 41 Abs. 2 lit. b) und Art. 339 AEUV Ausdruck. Die genannten Vorschriften gelten jedoch allesamt nur für die Organe und Einrichtungen der Union,⁴⁴ nicht unmittelbar für die Mitgliedstaaten. Es sei aber auch daran erinnert, dass sich die objektive Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip herleiten lässt.

⁴¹ BVerfGE 105, 252 (265); *Cornils*, in: HStR VII, 3. Aufl. 2009, §168 Rdnr. 55.

⁴² Zumeist kumulativ mit Art. 14 GG, vgl. Fn. 29; allein auf Art. 12 GG abstellend BVerwG, NVwZ 2010, 522 (525); *Wolff* (Fn. 34), S. 101.

⁴³ *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, § 1 Rdnr. 26; *Vofkuhle*, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, § 1 Rdnr. 68.

⁴⁴ *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert, EU*, Art. 41 GRCh Rdnr. 9.

Neben diesen objektiv-rechtlichen Vorgaben sind die Unternehmen hinsichtlich ihrer Zugangs- und Geheimhaltungsinteressen durch grundrechtliche Gewährleistungen geschützt.⁴⁵

Der Schutz persönlicher Daten ergibt sich zunächst aus Art. 8 GRCh. Die Reichweite dessen persönlichen Schutzbereiches wurde im Grundrechtskonvent zwar kontrovers diskutiert. Im Ergebnis spricht der verwendete Begriff „Person“ an Stelle von „Mensch“ aber für eine Grundrechtsberechtigung auch juristischer Personen.⁴⁶

In der EMRK fehlt zwar eine datenschutzspezifische Regelung, die informationelle Selbstbestimmung ist aber im Rahmen des Art. 8 EMRK mitgeschützt.⁴⁷ Ob juristische Personen sich auf diese Grundrechte berufen können, ist umstritten. Art. 8 EMRK soll – unter Hinweis auf das Niemietz-Urteil des EGMR⁴⁸ – sowohl bei privaten wie beruflichen Tätigkeiten natürlicher wie juristischer Personen anwendbar sein.⁴⁹ Weder EGMR noch EuGH haben aber bislang den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen als von diesen grundrechtlichen Gewährleistungen ausdrücklich umfasst angesehen.⁵⁰ Der EuGH leitet aber aus den Grundrechten auf Achtung des Privatlebens einen allgemeinen Grundsatz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen her.⁵¹ Dies zeigt sich schließlich auch in der VO 2049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlamentes, des Rates und der Kommission⁵², die in Art. 4 Abs. 2 eine Ausnahme zum Schutz geschäftlicher Interessen vorsieht.

In der Literatur wird zudem vertreten, dass auch die Gemeinschaftsgrundrechte auf Berufs- und Eigentumsfreiheit den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen umfassen.⁵³

⁴⁵ Vgl. ebenso *Ruffert* (Fn. 44), Rdnr. 9.

⁴⁶ *Kingreen*, in: *Callies/Ruffert*, EU, Art. 8 GRCh Rdnr. 12.

⁴⁷ *Grabenwarter*, EMRK, § 22 Rdnr. 10; *Meyer-Ladewig*, EMRK, § 8 Rdnr. 11 ff.

⁴⁸ EGMR, EuGRZ 1993, 65 Rdnr. 29 (Niemietz).

⁴⁹ EuGH, Rs. C-450/06, Slg. 2008, I-581, Rdnr. 47 ff. (Varec); *Meyer-Ladewig* (Fn. 47), Rdnr. 3.

⁵⁰ *Oliver*, *The Protection of Privacy in the Economic Sphere before the European Court of Justice*, CMLR 46 (2009), 1451 (1471 ff.); vgl. aber EuGH, Rs. C-450/06, Slg. 2008, I-581, Rdnr. 47 ff. (Varec).

⁵¹ EuGH, Rs. 53/85, Slg. 1986, 1965, Rdnr. 28 (Akzo Chemie); EuGH, Rs. C36/92, Slg. 1994, I-1911, Rdnr. 36 (SEP/Kommission); EuGH, Rs. C-450/06, Slg. 2008, I-581, Rdnr. 47 ff. (Varec). Vgl. dazu auch *Oliver* (Fn. 50), S. 1443 (1471 ff.).

⁵² ABl. 2001 Nr. L 145/43.

⁵³ *Reidt/Schiller* (Fn. 29), Rdnr. 35 m.w.N.; *Beer/Wesseling* (Fn. 33), S. 134 ff.

3. Spannungsverhältnis zwischen Informationsfreigabe und Informationsrestriktion

Zusammenfassend ist bei rein verfassungs- bzw. primärrechtlicher Betrachtung ein Spannungsverhältnis zwischen der Informationszugangsfreiheit auf der einen Seite und dem Geheimnisschutz auf der anderen Seite festzuhalten. Dieses Spannungsverhältnis ist verfassungsrechtlich nicht zugunsten der einen oder anderen Seite determiniert, sondern muss gesetzlich bzw. sekundärrechtlich und das heißt vor allen Dingen politisch gelöst werden. Während für die Informationsfreiheit das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG bzw. Art 2 Satz 1 EUV), das Recht auf gute Verwaltung (Art. 41 GRCh) und die Informations- (-zugangs) -freiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 HS. 2 GG bzw. Art. 15 AEUV, Art. 42 GRCh) streiten, kann der Geheimnisschutz auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG bzw. Art. 2 Satz 1 EUV), das Recht auf eine gute Verwaltung (Art. 41 GRCh) und die Berufs- und Eigentumsfreiheit (Art. 12 und 14 GG bzw. europarechtliche Verbürgungen) gestützt werden. Es ist an dem jeweils zuständigen politischen Gesetzgeber, diesen Ausgleich herbeizuführen.

IV. Gesetzlicher und sekundärrechtlicher Schutz

Im gesetzlichen bzw. sekundärrechtlichen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen wird der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auf vielfältige Art und Weise gewährleistet. Es ist eine Gemengelage von straf-, wettbewerbs-, arbeits-, gesellschafts- und haftungsrechtlichen sowie allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen, die diesen Schutz insgesamt bestimmen. Der Schwerpunkt des Schutzes liegt dabei im Nebenstrafrecht. In § 17 UWG wird der Geheimnisverrat durch Beschäftigte, die Betriebsspionage und die Geheimnishehlerei mit immerhin bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert. Flankiert wird diese Norm durch § 18 UWG, der den Schutz von betrieblichem Know-how gegen Veruntreuung durch Vertragspartner schützt. Auch das erfolglose Verleiten oder Erbieten zum Verrat ist durch § 19 UWG unter Strafe gestellt. Diese Belange sollen jedoch in diesem Kontext außen vor gelassen werden, da sie das horizontale Verhältnis zwischen zwei Unternehmen betreffen.⁵⁴ Im Folgenden soll

⁵⁴ Vgl. dazu aber bspw. *Wodtke/Richters*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, 2004.

vielmehr der spezifische Schutz im Informationsfreiheitsrecht untersucht werden. Die Schutzpositionen der Unternehmen bedürfen hier der materiellen, prozeduralen und prozessualen Absicherung.

1. Materieller Schutz

Der materielle Schutz wird durch eine Reihe von Vorschriften gewährleistet, die sämtlich den Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verwenden, ohne ihn jedoch zu definieren. Nach einem Überblick über die verschiedenen Schutzvorschriften ist deshalb zunächst dieser Begriff näher zu beleuchten, bevor auf die unterschiedlichen Schutzmechanismen eingegangen wird.

a) Schutzvorschriften

Als allgemeine Geheimnisschutzvorschriften sei im Bundesrecht auf § 30 VwVfG und § 6 IFG rekuriert.

Das Informationszugangsrecht nach dem IFG ist gem. § 1 Abs. 3 IFG neben dem Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG anwendbar. Der Ausschlussstatbestand des § 30 VwVfG ist enger als der des § 6 IFG, so dass es für einen interessierten Beteiligten im Verwaltungsverfahren unter Umständen erfolgsversprechender sein kann, sein Akteneinsichtsrecht aus § 29 VwVfG statt den allgemeinen Informationsanspruch aus § 1 IFG geltend zu machen.⁵⁵ Beruft sich ein Beteiligter auf sein Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG, so gilt für mögliche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die von diesem Informationersuchen erfasst sind, § 30 VwVfG, nicht der stärkere Schutz des § 6 IFG.⁵⁶

Speziellere Informationsansprüche gehen diesen allgemeinen Tatbeständen vor. Ein Informationsanspruch, der sich thematisch auf das Umweltrecht bezieht, ist somit auf § 1 UIG zu stützen. Im Umweltinformationsrecht werden Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach Maßgabe des § 9 Abs. 1 Nr. 3 UIG geschützt.

Begehrt der Bürger Zugang zu Dokumenten des Europäischen Parlamentes, des Rates oder der Kommission kann er sich auf die VO 1049/2001 stützen.

⁵⁵ Rossi (Fn. 3), § 1 Rdnr. 113.

⁵⁶ A.A. wohl Bonk/Kallerhoff (Fn. 22), Rdnr. 4.

Auch diese sieht aber mit Art. 4 Abs. 2 eine Ausnahmeregelung vor, wenn geschäftliche Interessen beeinträchtigt werden.

Schließlich gibt es zahlreiche spezielle Vorschriften zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Bereich des Umweltrechts:

- §§ 8 ff. UmweltHaftG (Auskunftsansprüche des Geschädigten und des Inhabers von Anlagen),
- § 10 UVP (Geheimhaltung und Datenschutz),
- § 27 Abs. 3 BImSchG (Emissionserklärung),
- § 15a Abs. 3 2. BImSchV (Unterrichtung der Öffentlichkeit),
- § 11 Abs. 3 12. BImSchV (Informationen über Sicherheitsmaßnahmen),
- § 18 17. BImSchV (Unterrichtung der Öffentlichkeit),
- § 15 30. BImSchV (Unterrichtung der Öffentlichkeit),
- § 28a GenTG (Unterrichtung der Öffentlichkeit),
- Art. 10 lit. xi), 11 Abs. 3 lit. b), 19 Abs. 2 lit. b), 118 Abs. 2, 119 Abs. 2 REACH-VO,
- § 18c PflSchG (Geheimhaltung),
- § 71 EnWG (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse).

Einige Vorschriften bezwecken zudem den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die mit der Einreichung von Antragsunterlagen den Behörden offenbart werden. Genannt seien

- § 10 BImSchG i.V.m §§ 4, 10 9. BImSchV,
- § 3 AtVfV,
- § 22 ChemG,
- § 17a GenTG.

b) Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Gemeinsam ist diesen Schutzvorschriften, dass sie an den Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anknüpfen. Dabei wird dieser in der Regel nicht definiert. In der Verordnung zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH)⁵⁷ findet sich ausnahmsweise eine Positivliste derjenigen Angaben, die die geschäftlichen Interessen der betroffenen Unternehmen jedenfalls berühren (Art. 118 Abs. 2 REACH-VO). Darüber hinaus wird in Bezug auf den Begriff der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse an seine Verwendung im Wettbe-

⁵⁷ VO (EG) Nr. 1907/2006, ABl. 2007 Nr. L 136/3.

werbsrecht, also in § 17 UWG, angeknüpft. Mittlerweile ist der Begriff auch höchstrichterlich geklärt.⁵⁸

So definiert das BVerfG Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als „alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge [...], die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat.“⁵⁹ Dieser Definition haben sich sowohl Literatur als auch der Gesetzgeber, angeschlossen, der in seiner Gesetzesbegründung zu § 6 Satz 2 IFG auf diese Definition verweist.⁶⁰ Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen müssen folgende vier Voraussetzungen erfüllen. Es muss sich um Tatsachen handeln, die im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb stehen (1), nur einem eng begrenztem Personenkreis bekannt sind (2), nach dem erkennbaren Willen des Betriebsinhabers geheim zu halten sind (3) und an deren Bewahrung schließlich ein berechtigtes Interesse besteht (4).⁶¹ Unterschieden werden kann zwischen Betriebsgeheimnissen, die technisches Wissen umfassen (z.B. Fabrikationsverfahren, Entwicklungs- und Forschungsgeheimnisse, Patentanmeldungen, Musterbücher oder schlicht das Know-how) und Geschäftsgeheimnissen, also kaufmännischem Wissen (z.B. Umsätze, Ertragslagen, Kundenlisten, Bezugsquellen, Marktstrategien, Kreditwürdigkeit).⁶² Trotz der häufig verwendeten Konjunktion „und“, ist es nicht erforderlich, dass eine Information zugleich ein Betriebsgeheimnis *und* ein Geschäftsgeheimnis ist, vielmehr verstehen sich diese Tatbestandsmerkmale alternativ.⁶³

Das Schutzniveau von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen divergiert in den einzelnen Gesetzen stark. Während das IFG die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unter einen strikten Einwilligungsvorbehalt des Geheimnisherrn stellt und ihnen damit fast einen absoluten

⁵⁸ BVerfGE 115, 205 (230 f.); BVerwG, NVwZ 2009, 1113 (1114); BGH, NJW 1995, 2301.

⁵⁹ BVerfGE 115, 205 (230).

⁶⁰ BT-Drs. 15/4493, S. 14.

⁶¹ Rossi (Fn. 3), § 6 Rdnr. 66; Schoch (Fn. 11), § 6 Rdnr. 45; Köhler, in: ders./Bornkamm, UWG, § 17 Rdnr. 4; Ohly, in: Piper/ders./Sosnitza, UWG, § 17 Rdnr. 5; Dietlein, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 10 BImSchG Rdnr. 60 f.; Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 9 UIG Rdnr. 20; Ganner (Fn. 30), § 9 S. 77; BfDI, Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2008 und 2009, S. 14.

⁶² Diese Unterscheidung ebenfalls treffend BVerfGE 115, 205 (230 f.).

⁶³ Zum eindeutigen Wortlaut „Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse“ bei § 6 Satz 2 IFG Rossi (Fn. 3), § 6 Rdnr. 65.

Schutz zukommen lässt, kennen die meisten Gesetze alternativ einen Abwägungsvorbehalt, der im Ergebnis zu einem relativen Schutz führt.

c) *Absoluter Schutz*

Nach § 6 IFG dürfen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nur mit Einwilligung des betroffenen Unternehmens der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Dieser Schutz ist im Vergleich zu § 30 VwVfG, zum UIG und auch zu anderen Informationsfreiheitsgesetzen besonders stark ausgestaltet. Die Behörde kann die Information nur mit Einwilligung des Betroffenen zugänglich machen; auf etwaige mit dem Geheimhaltungsinteresse kollidierende Interessen der Allgemeinheit kann und darf sie nicht eingehen. Während also beispielsweise im Rahmen des § 30 VwVfG eine Abwägung des Geheimhaltungs- mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit vorzunehmen ist, ist der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 6 Satz 2 IFG abwägungsfest.⁶⁴ Insoweit kann auch von einem absoluten Schutz gesprochen werden.⁶⁵ Dies wird auf eine erfolgreiche Lobbyarbeit zurückgeführt und ist in der Wissenschaft auf deutliche Kritik gestoßen.⁶⁶

Tatsächlich ist ein solch weitreichender Schutz verfassungsrechtlich nicht geboten, weil die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in ihrer grundrechtlichen Fundierung durch Art. 12 und Art. 14 GG letztlich unter einem Gesetzes- und Verhältnismäßigkeitsvorbehalt stehen und sich deshalb der Abwägung mit verfassungskollidierenden Gütern stellen können und müssen. Insofern mag es dem gesetzgeberischen Spielraum zuzurechnen sein, dass ein Einwilligungsvorbehalt für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorgesehen wurde, dieser ist allerdings unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten im Hinblick auf § 5 IFG nicht verständlich. Der Schutz personenbezogener Daten mit seiner grundrechtlichen Absicherung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, also mit seiner Verwurzelung in der Menschenwürde, ist nämlich in § 5 IFG nicht allein unter einem Einwilligungsvorbehalt gestellt, sondern unterliegt der Abwägung mit entgegenstehenden Interessen.

⁶⁴ A.A. Berger, in: Berger/Roth/Scheel, IFG, § 6 Rdnr. 15 f.

⁶⁵ Unter „absolutem“ Geheimnisschutz kann aber auch verstanden werden, dass ein Unternehmen bereits die Weitergabe der Information an die Behörde verweigern darf. Dem Unternehmen kommt dann die letztverantwortliche Entscheidung über die Definition der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu. Ein in diesem Sinne absoluter Geheimnisschutz findet sich im deutschen Recht – soweit ersichtlich – aber nicht (mehr). Vgl. zum Ganzen Breuer (Fn. 33), S. 173 f.

⁶⁶ Rossi (Fn. 3), § 6 Rdnr. 2; Schoch (Fn. 11), § 6 Rdnr. 72 ff. m.w.N. Für einen abwägungsfesten Schutz hingegen Beer/Wesseling (Fn. 33), S. 137 ff.

Der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist zwar verfassungsrechtlich radiziert, ein nahezu absoluter Schutz ist aber verfassungsrechtlich weder erforderlich noch geboten.

Unabhängig von der verfassungspolitischen Bewertung des weitgehenden Schutzes von unternehmerischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist der tatsächliche Schutz nur so stark, wie im konkreten Fall tatsächlich und d.h. tatbestandlich ein Berufs- und Geschäftsgeheimnis berührt wird.⁶⁷ Entscheidend ist insofern, wem die „Definitionsmacht“ zukommt. Der Geheimhaltungswille ist als subjektives Tatbestandsmerkmal primär von der individuellen Entscheidung und dem Gebaren des Geheimnisträgers abhängig.⁶⁸ Das Vorliegen eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses wird dagegen von der Behörde geprüft.⁶⁹ Damit ist der entscheidenden Behörde bzw. dem kontrollierendem Gericht die Möglichkeit belassen, die Schutzbedürftigkeit der geheim zu haltenden Information als solche in Frage zu stellen.

Entscheidende Frage ist insofern, wann ein Geheimhaltungsinteresse berechtigt ist. Maßgebliches Kriterium ist hier allein die Wettbewerbsrelevanz der in Rede stehenden Informationen. Dabei ist eine objektive Beurteilung geboten,⁷⁰ in der Praxis wohl aber nicht immer möglich. Jedenfalls dürften die Behörden bzw. die Gerichte für die Beantwortung der Frage, inwiefern sich die Offenbarung von Informationen negativ auf den Wettbewerb auswirken kann, oftmals auf die Angaben des Unternehmens angewiesen sein.⁷¹ Insofern kommt den Unternehmen ein weitgehender Entscheidungsspielraum zu, welche betriebsinternen Informationen sie als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschützt wissen wollen.⁷² Dies wird zuweilen kritisiert und das Tatbestandsmerkmal „berechtigtes Geheimhaltungsinteresse“ im Zusammenhang mit dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnis-

⁶⁷ Schoch (Fn. 11), § 6 Rdnr. 75.

⁶⁸ Sellmann/Augsberg (Fn. 14), S. 2299. Der Wille zur Geheimhaltung kann auch konkludent erklärt werden: Rossi (Fn. 3), § 6 Rdnr. 72.

⁶⁹ Rossi (Fn. 3), § 6 Rdnr. 74.

⁷⁰ Rossi (Fn. 3), § 6 Rdnr. 75, siehe dort auch zu weiteren schützenswerten Interessen. Für das UIG vgl. Fluck (Fn. 6), S. 1054. Zur Möglichkeit bei der Prüfung des berechtigten (schutzwürdigen) Geheimhaltungsinteresses eine Abwägung vorzunehmen Ekardt/Exner/Beckmann, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in den neuen Informationsfreiheitsgesetzen, VR 2007, 404 (407 ff.).

⁷¹ Dazu auch BVerwG 135, 34 (46 f.).

⁷² Sellmann/Augsberg (Fn. 14), S. 2299; Schoch (Fn. 11), § 6 Rdnr. 55; Eilers/Schröer (Fn. 25), S. 1029.

sen jedenfalls im Bereich der Umweltinformationszugangsfreiheit, zum Teil auch im Bereich der allgemeinen Informationszugangsfreiheit, enger bzw. spezieller verstanden. Danach soll ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse nur vorliegen, wenn die maßgeblichen Informationen dem Umweltschutz bzw. sonst einem allgemeinen Wohl dienlich sind.⁷³ Solchen Auffassungen ist entschieden zu widersprechen. Eine historische wie eine systematische Betrachtung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zeigt, dass dieser allein der Wettbewerbsfreiheit dienen soll.⁷⁴ Seine Zielsetzungen nun um andere Aspekte anzureichern, hieße ihn durch eine in den Tatbestand vorverlagerte Abwägung mit entgegenstehenden Belangen zu entwerfen. Dabei war und ist es gerade Sinn des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in der Informationszugangsfreiheit, sie in dem durch eine allgemeine Zugänglichkeit von Informationen entstandenen drei- oder mehrpoligen Informationsverhältnis so geschützt zu lassen, dass es grundsätzlich bei der privatautonomen Preisgabe im horizontalen Verhältnis zwischen Privaten und damit bei einem Markt über Informationen bleibt.

Auf der anderen Seite kann nicht verkannt werden, dass die Auslegungsschwierigkeiten in Bezug auf den Begriff der „Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse“ und insbesondere in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des berechtigten Geheimhaltungsinteresses häufig dazu, dass sich die Schutzpositionen der Unternehmen zu Lasten der Informationssuchenden und d.h. bei abstrahierter Betrachtung zu Lasten der Informationsfreiheit durchsetzen.⁷⁵ Ursächlich dafür ist aber die Entscheidung des Bundesgesetzgebers, die Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 6 Satz 2 IFG allein von der Entscheidung des Geheimnisherrn und nicht alternativ auch von einer Abwägung mit entgegenstehenden Interessen abhängig zu machen. Diese gesetzgeberische Entscheidung durch eine Aufweichung der Tatbestandsvoraussetzungen zu unterlaufen, hieße sie zu missachten.

d) Relativer Schutz

In den meisten anderen Informationsfreiheitsgesetzen, insbesondere nach dem hier vor allem interessierenden § 9 Abs. 1 Nr. 3 UIG, ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einem solchen Abwägungsvorbehalt unterstellt und insofern nur relativ ausgestaltet.

⁷³ Vgl. zur „Schutzwürdigkeit“ im Rahmen des § 10 Abs. 2 BImSchG *Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 36.

⁷⁴ Vgl. dazu *Jansen* (Fn. 23), S. 16 ff.

⁷⁵ *BfDI*, Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2008 und 2009, S. 14.

Ein solcher Abwägungsvorbehalt wird im Übrigen schon in § 30 VwVfG hineingelesen, der dem Wortlaut nach lediglich vor unbefugter Offenbarung schützt. Eine Offenbarungsbefugnis besteht aber in drei Konstellationen: Erstens bei Einwilligung des Geheimnisherrn, zweitens im Falle spezialgesetzlicher Ermächtigungen und drittens bei einem Überwiegen entgegenstehender Belange im Rahmen einer Abwägung.⁷⁶ Ein ähnlicher Schutz besteht auch nach einigen spezialgesetzlichen Vorschriften. So fordern auch §§ 8 ff. UmweltHaftG, § 18c PflSchG und § 28a GenTG eine ausnahmsweise Veröffentlichung der Geheimnisse, wenn dies durch überwiegende Interessen geboten ist.

Auch nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 UIG kommt es entscheidend auf eine Abwägung und damit auf die Beantwortung der Frage an, ob gegenüber dem Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe überwiegt. Diese Vorschrift ist in ihrer Gesamtgestaltung durchaus enger als die Umweltinformationsrichtlinie⁷⁷, die den Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 2 gestattet, einen Antrag auf Zugang zu Informationen abzulehnen, wenn die Bekanntgabe „negative Auswirkungen“ auf Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse hätte. Freilich betont auch Art. 4 Abs. 2 Satz 2, dass dieser Ablehnungsgrund eng auszulegen ist und im Einzelfall auch das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe zu berücksichtigen sei.⁷⁸

Fraglich ist, wie die Abwägung im Einzelfall vorzunehmen ist. Hierbei stellen sich zwei Schwierigkeiten. Die erste Schwierigkeit besteht darin, das individuelle Zugangsinteresse des Antragstellers zu gewichten. Denn dieser muss den Zweck seiner Informationsverfolgung grundsätzlich nicht angeben. Im IFG stellt es insoweit eine gewisse Widersprüchlichkeit dar, dass § 7 Abs. 1 Satz 3 IFG den Antragsteller verpflichtet, im Falle der Beeinträchtigung von Interessen Dritter seinen Antrag zu begründen.

Wenn darüber hinaus – wie etwa von dem bereits zitierten Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Umweltinformations-RL – verlangt wird, dass das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe zu berücksichtigen ist, so entsteht dadurch leicht der Eindruck, als ob die Kumulation des individuellen Zugangsinteresses mit dem allgemeinen Öffentlichkeitsinteresse das schutzwürdige Restriktionsinteresse schon bei formaler Betrachtung überwiegen könnte.⁷⁹ Dem ist jedoch zu widersprechen. Ein allgemeines oder objektives Interesse der

⁷⁶ Bonk/Kallerhoff (Fn. 22), Rdnr. 16 ff.

⁷⁷ VO 1049/2001 (Umweltinformations-RL).

⁷⁸ Vgl. auch zur Auslegung von § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UIG BVerwGE 135, 34 (46).

⁷⁹ Vgl. zu dieser Abwägungsfrage BVerwGE 135, 34 (47).

Transparenz der öffentlichen Verwaltung vermag den Interessengegensatz zwischen dem individuellen Zugangsinteresse des Antragstellers und dem singulären Restriktionsinteresse des betroffenen Unternehmens nicht zu modifizieren, weil in gleichem Maße auch ein allgemeines oder objektives Interesse an der Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen besteht. Für einen funktionierenden Wettbewerb, den Art. 12 und 14 GG schützen wollen und schützen, ist eben nicht nur der Zugang zu allen benötigten Informationen maßgeblich, sondern auch die Geheimhaltung.⁸⁰ Es darf somit im Ergebnis weder ein völlig ungehinderter Informationszugang bestehen noch ist es einem Wettbewerber verwehrt, sich das Wissen seines Konkurrenten auf rechtmäßigem Wege anzueignen und es zu nutzen.

Der Geheimnisschutz liegt ebenso wie der Informationszugang damit nicht nur im Interesse des jeweiligen Unternehmens, sondern auch im allgemeinen Interesse. Als kommunikationsermöglichende Institution liegt er letztlich auch im Interesse der Verwaltung, wie *Meinhard Schröder* bereits früh treffend herausgehoben hat.⁸¹ Ein hinreichender Vertrauensschutz sichert also nicht nur die vertrauensvolle Kooperation zwischen Wirtschaft und Verwaltung, sondern ist zugleich auch Voraussetzung und Gegenstand einer funktionierenden Marktwirtschaft.

Das bedeutet für die Abwägung, dass entweder auch auf der Seite des Geheimnisschutzes ein allgemeines, objektives Interesse an der Geheimhaltung berücksichtigt wird oder aber auch auf der Seite des Informationszugangs ein allgemeines Interesse an der Zugänglichkeit außer Acht gestellt wird. Im Ergebnis stehen sich damit die individuellen Schutzpositionen gegenüber, die nicht durch eine objektive Komponente abgesichert sind. Da jedoch das konkrete Zugangsinteresse des Antragsstellers nicht gewichtet werden kann, weil es nach der Konzeption allgemeiner Informationszugangsfreiheit gar nicht benannt werden muss, spricht einiges dafür, das abstrakte Interesse an der Zugänglichkeit von (Umwelt-)Informationen mit dem konkreten Interesse des Geheimnisherrn an der Unzugänglichkeit seiner Betriebs- und Geschäftsinformationen in die Abwägung einzustellen. Wenn das Bundesverwaltungsgericht insofern statuiert, dass „das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe der Informationen [...] nur dann [überwiegt], wenn mit dem Antrag auf Zugang zu Informationen ein Interesse verfolgt wird, das über das allgemeine Interesse der Öffentlichkeit hinausgeht, Zugang zu Informa-

⁸⁰ *Brammsen* (Fn. 32), S. 16. Zur Bedeutung der Information für den Wettbewerb vgl. auch BVerfGE 105, 252 (266).

⁸¹ *Schröder* (Fn. 29), S. 396 f.

tionen über die Umwelt zu erhalten“,⁸² ist diese restriktive Abwägung zwar zu begrüßen, letztlich aber falsch. Das Zugangsinteresse des Antragstellers kann weder von ihm noch von der Verwaltung oder den Gerichten gewichtet werden – ein Grundproblem des allgemeinen Informationsfreiheitsrechts.

Diese Abwägungsvorgaben sollen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Gesetzgeber mit den Informationsfreiheitsgesetzen eine grundsätzliche Öffnung der Verwaltungsinformation herbeiführen wollte und auch herbeigeführt hat. Es geht bei aller Grundsätzlichkeit dieser Transparenz aber auch darum, den rechtstaatlich und grundrechtlich fundierten Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aufrecht zu halten. Er sollte durch die Verabschiedung allgemeiner Informationszugangsgesetze auf keinen Fall minimiert werden.⁸³

e) *Kennzeichnungspflicht als Schutzvoraussetzung*

Neben der Abwägung ist als zweites Element des materiellen Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse die Kennzeichnungspflicht näher zu betrachten. Eine Kennzeichnungspflicht sieht das UIG und sehen andere Gesetze in Fällen vor, wenn die Unternehmen eine Informationspflicht gegenüber der Behörde trifft, also insbesondere im Zusammenhang mit der Einreichung von Antragsunterlagen. Ihr Bestimmungsrecht im Hinblick auf ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist den Unternehmen in diesen Fällen genommen.

Zum Teil sind einige Daten von der Möglichkeit, diese als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zu kennzeichnen, durch gesetzliche Regelbeispiele ausgenommen.⁸⁴ Die in diesen Negativkatalogen genannten Informationen können in der Regel – bei stets gebotener Einzelfallbetrachtung⁸⁵ – auch im Rahmen anderer gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschützt werden.

Insbesondere aber das UIG⁸⁶ spricht explizit die Möglichkeit an, bestimmte Informationen der Unternehmen, die unter Beachtung der Informationspflichten an staatliche Stellen weitergegeben werden, als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu kennzeichnen (§ 9 Abs. 1 Satz 4 UIG). Sofern von

⁸² BVerwG, Urt. v. 24.9.2009, 7 C 2/09, Ls. 5.

⁸³ VG Frankfurt, NVwZ 2008, 1384 (1388 und Leitsatz 10).

⁸⁴ Vgl. § 18c PflSchG, § 22 ChemG, § 17a GenTG.

⁸⁵ Fluck (Fn. 6), S. 1054.

⁸⁶ Vergleichbare Vorschrift in § 28a GenTG; für das IFG Rossi (Fn. 3), § 6 Rdnr. 92.

einer solchen antizipierenden Kennzeichnungsmöglichkeit kein Gebrauch gemacht wurde, können Unternehmen nach Satz 5 im Einzelfall von den staatlichen Behörden dazu aufgefordert werden.

Als Beispiel für eine Kennzeichnungspflicht⁸⁷ mag auch § 10 Abs. 2 BImSchG i.V.m. §§ 4, 10 9. BImSchV dienen. Gem. § 10 Abs. 3 Satz 2 BImSchG dürfen Unterlagen, die nach ihrer Kennzeichnung durch das Unternehmen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht ausgelegt werden. Allerdings kann die Kennzeichnung von Informationen als geheim auch nachteilig wirken. Die Präklusion des § 10 Abs. 3 Satz 3 BImSchG wirkt jedenfalls nur soweit ein Vorbringen aus den ausgelegten Unterlagen begründet werden kann.⁸⁸

Aus dem Anhörungsrecht gem. § 10 Abs. 3 Satz 2 9. BImSchV für den Fall, dass die Behörde die Kennzeichnung der Unterlagen für unberechtigt hält, ergibt sich, dass die Behörde gegebenenfalls weitergehende Auslegungspflichten statuieren kann, als von dem betroffenen Unternehmen gewollt.⁸⁹ Damit besteht auch im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für die Unternehmen keine alleinige Befugnis, über das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu entscheiden.⁹⁰

Sofern im Falle einer Weitergabe der Information die Behörde eine Abwägung vorzunehmen hat, ist zu überlegen, ob die Tatsache, dass die Informationen nicht freiwillig übermittelt wurden, Berücksichtigung finden muss. Zwar ist sicherlich zu beachten, dass der Gesetzgeber mit der Ausgestaltung des Inhalts und Umfangs notwendiger Antragsunterlagen deutlich gemacht hat, dass diese Informationen in der Regel zumindest der Verwaltung zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben bekannt gemacht werden müssen. Nur ausnahmsweise kann das aber bedeuten, dass diese Informationen auch anderen Privaten und wegen der fehlenden Verwendungsbeschränkung damit zugleich der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen müssen.⁹¹

Kennzeichnungsmöglichkeiten bzw. -pflichten bieten Chancen, bergen aber auch eine Gefahr. Die Chance besteht für die Unternehmen darin, geheim zu haltende Informationen möglichst frühzeitig als solche zu kennzeichnen.

⁸⁷ Vergleichbare Regelungen finden sich in § 3 AtVfV, § 22 ChemG und § 17a GenTG. Eine ähnliche Regelungstechnik findet sich auch in Art. 10 lit. xi) REACH-VO.

⁸⁸ Dietlein (Fn. 61), Rdnr. 61.

⁸⁹ Frenz, in: Kotulla, BImSchG, § 10 Rdnr. 70.

⁹⁰ So auch mit anderer Begründung Jarass (Fn. 73), § 10 Rn. 36.

⁹¹ So BVerwG 135, 34 (44 f.) für Informationen über die Kapazität einer immissionsschutzrechtlichen Anlage.

Die Behörde ist an diese Art der Kennzeichnung zwar schon deshalb nicht gebunden, weil die Definition der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse mit der Schutzberechtigung eben auch einen objektiven Maßstab enthält, wie § 9 Abs. 1 Satz 4 UIG dadurch zum Ausdruck bringt, dass die Kennzeichnung eben nur im Regelfalle als verpflichtend anerkannt werden soll, gleichwohl sichert eine Kennzeichnung jedenfalls die Wahrnehmung prozeduraler Rechte auf Anhörung etc. Zugleich geht mit der Kennzeichnung bestimmter Informationen die Gefahr einher, dass die nichtgekennzeichneten Informationen eben auch nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis qualifiziert werden, obwohl sie im Einzelfall solche enthalten können.⁹² Dies offenbart insofern ein Grunddilemma: Die Geheimhaltungsbedürftigkeit von Informationen ist eben auch kontext- und damit zugleich auch zeitabhängig. Informationen, deren Preisgabe heute unproblematisch erscheint, können morgen geheimhaltungsbedürftig sein.

Vor diesem Hintergrund ist den Unternehmen zu raten, solche Kennzeichnungspflichten mit Augenmaß vorzunehmen.⁹³ Unabhängig davon, ob sich die materielle Einstufung der Information im Einzelfall tatsächlich durchsetzen wird, führt diese Kennzeichnung jedenfalls dazu, dass die prozeduralen Rechte wahrgenommen werden können, dass also insbesondere die entsprechende Anhörungsbefugnis von der Behörde überhaupt erkannt und auch angeboten wird.

f) *Sonstige Restriktionsbefugnisse*

In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien nicht nur über die spezifischen Ausschlussstatbestände, sondern auch durch andere Ausschlussstatbestände geschützt.

Zu nennen ist insofern zunächst der Schutz des Geistigen Eigentums nach § 6 Satz 1 IFG bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 2 UIG. Wie allerdings bereits dargelegt, erwachsen aus den gewerblichen Schutzrechten und dem Urheberrecht nur in eng begrenzten Ausnahmefällen Informationsrestriktionsrechte.⁹⁴ Insofern ist es schon aus strukturellen Gründen nicht möglich, Betriebs- und

⁹² Aus einer fehlenden Kennzeichnung kann aber unter Umständen im Umkehrschluss entnommen werden, es lägen keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vor. Rossi (Fn. 3), § 6 Rdnr. 93; a.A.: Reidt/Schiller (Fn. 29), Rdnr. 25.

⁹³ Eilers/Schröer (Fn. 25), S. 1030; Kieth/Groeschke (Fn. 8), S. 306; Kopp-Assenmacher, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse – Welche Kenntnisse dürfen Konkurrenten erhalten?, Der Metallhandel 2009, Heft 612, 5.

⁹⁴ Siehe oben unter II.1.

Geschäftsgeheimnisse pauschal vom Schutz des Geistigen Eigentums umfasst anzusehen.

Zum Teil wird auch der (absolute) Ausschlussgrund des § 3 Nr. 7 IFG als normative Grundlage für den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen betrachtet. Diese Norm schützt Informationen, die der Behörde vertraulich übermittelt wurden. Kennzeichnen Unternehmen die an Behörden freiwillig übermittelten Daten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, sollen sie nach dieser Meinung auch den Schutz des § 3 Nr. 7 IFG Schutz in Anspruch nehmen können.⁹⁵ Zudem könne der Schutz von Unternehmensdaten schließlich mit dem Schutz der für die Kontroll- und Aufsichtsaufgaben der Finanz-, Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden wichtigen Informationen gem. § 3 Nr. 1 lit. d IFG zusammenfallen. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse seien dann auch durch diesen Ausnahmetatbestand geschützt.⁹⁶

Dieser Auffassung ist strikt zu widersprechen. Schon aus systematischen Gründen muss den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ein weiterer Schutz versagt sein, weil § 3 IFG dem Schutz öffentlicher Interessen zu dienen bestimmt ist, nicht dem Schutz privater Interessen.

Ähnliches gilt für die Missbrauchsklauseln im IFG und UIG. Das bewusste Ausspähen eines Konkurrenten unter Ausnutzung der Möglichkeiten der Informationsfreiheitsrechte kann nicht als missbräuchlich qualifiziert werden.⁹⁷ Die Motive für einen Informationszugang spielen grundsätzlich keine Rolle. Der Gesetzgeber verfolgt zwar bestimmte Ziele, wenn er die Kontrolle der Verwaltung, die Verhinderung von Korruption oder auch nur das Interesse an bestimmten Informationen in den Vordergrund stellt, er vermag die Motive der Antragsteller damit aber nicht zu beeinflussen. Aus verfassungsrechtlicher wie aus verfassungspolitischer Perspektive ist jeder Grundrechtsgebrauch gleichermaßen von dem Informationsfreiheitsrecht umfasst, das Informationsfreiheitsrecht verhält sich insofern neutral. Die Steuerfähigkeit des Gesetzgebers endet bei der Bereitstellung des Instruments des Zugangsanspruchs – was die Zugangsberechtigten damit machen, unterfällt ihrer individuellen Freiheit.

⁹⁵ Sellmann/Augsberg (Fn. 14), S. 2300.

⁹⁶ Sellmann/Augsberg (Fn. 14), S. 2300; a.A.: Schoch (Fn. 11) § 3 Rdnr. 45.

⁹⁷ Die Frage, ob derartige Motive des Antragstellers unter § 8 Abs. 2 Nr. 1 UIG fallen, offen gelassen: BVerwG 135, 34 (40 f.). Vgl. auch Kopp-Assenmacher (Fn. 93), 2 (3).

2. Prozeduraler Schutz

Der geschilderte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unter Abwägungsvorbehalt ist verfassungsrechtlich und verfassungspolitisch jedenfalls dann ausreichend, wenn zugleich die notwendigen prozeduralen und prozessualen Vorkehrungen getroffen wurden. Vorbildlich sind die Bestimmungen im IFG. Die insoweit maßgebliche Regelung des § 8 IFG stellt eine Besonderheit im Informationsrecht dar, der keine vergleichbare Vorschrift zur Seite steht⁹⁸ und insbesondere auch im UIG fehlt.

Der verfahrensrechtliche Schutz vollzieht sich danach in zwei, zeitlich nacheinander gelagerten, Schritten. Zunächst ist dem Unternehmen die Möglichkeit zu geben, schriftlich zu einem Antrag auf Informationszugang, der auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dieses Unternehmens abzielt, Stellung zu nehmen (§ 8 Abs. 1 IFG). Zweitens wird es dem Unternehmen ermöglicht, durch Fristen, die vor Zugangsgewährung einzuhalten sind, Rechtsbehelfe gegen die Zugangsentscheidung einzulegen. Diese Fristen müssen natürlich angemessen ausgestaltet sein und auch dem Unternehmen ausreichend Zeit geben, die Informationen tatsächlich auf ihre Geheimhaltungsbedürftigkeit zu überprüfen und die rechtlichen Konsequenzen zu eruieren. In der Regel dürften hierfür mindestens zwei Wochen erforderlich sein, wobei selbstverständlich die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Zustellungsregelungen zu beachten sind.

a) *Administratives Gehör*

Das Recht auf administratives Gehör ist zwar nicht unmittelbarer Ausfluss des grundrechtsgleichen Rechts auf gerichtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG, kann aber aus dem Rechtsstaatsprinzip und aus der Pflicht des Staates zur Achtung der Menschenwürde hergeleitet werden.⁹⁹ Schließlich gewährleistet § 8 IFG Grundrechtsschutz durch Verfahren.¹⁰⁰

Gerade im Rahmen des IFG, das keine Abwägung der Unternehmensinteressen mit dem öffentlichen Interesse an der Weitergabe der Informationen vorsieht, kommt der verfahrensrechtlichen Vorschrift zur Beteiligung des Informationsherrn eine besondere Bedeutung zu. Wird nämlich im Rahmen der Stellungnahme einem Informationszugang nicht zugestimmt,

⁹⁸ Schoch (Fn. 11), § 8 Rdnr. 5.

⁹⁹ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 1 Rdnr. 62.

¹⁰⁰ Schoch (Fn. 11), § 8 Rdnr. 5.

ist dies mit der Verweigerung der nach § 6 IFG erforderlichen Einwilligung gleichzusetzen. Damit wird dem betroffenen Dritten nicht nur ein Informations- und Anhörungsrecht eingeräumt, sondern auch die Preisgabe der Information von einer Ausübung dieses Anhörungsrechtes abhängig gemacht.

Unter welchen Voraussetzungen die Behörde dem Unternehmen die Möglichkeit zur Stellungnahme geben muss, ist vom Gesetz nicht exakt beschrieben. Gem. § 8 Abs. 1 IFG müssen zum einen Belange des Dritten durch den Antrag auf Informationszugang berührt sein und zweitens Anhaltspunkte für ein schutzwürdiges Interesse des Dritten am Ausschluss des Informationszugangs bestehen. Diese Voraussetzungen werden aber, sofern Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gem. § 6 IFG vorliegen, in der Regel gegeben sein. Ist nämlich § 6 IFG tatbestandlich erfüllt, sind stets Belange des Dritten betroffen und der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse indiziert das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses.¹⁰¹ Verweigert das Unternehmen in seiner Stellungnahme die Informationsweitergabe oder gibt es innerhalb eines Monats keine Stellungnahme ab, so ist der Antrag auf Informationszugang abzulehnen, weil die materiell erforderliche Einwilligung fehlt.

Eine Anhörungspflicht besteht auch nach § 9 Abs. 1 Satz 3 UIG. Da der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aber in materieller Hinsicht weit mehr Einschränkungen unterworfen ist, entfaltet das Anhörungsrecht in diesem Fall weniger starke Wirksamkeit. Die Anhörung dient zwar auch der Möglichkeit, eine Einwilligung zu erteilen. Willigt das Unternehmen aber nicht ein, so bleibt ihm nur die Darstellung der Unternehmensinteressen, die sodann von der Behörde aber noch mit den öffentlichen Belangen abgewogen werden. Im Rahmen der Anhörung nach dem UIG kann die Behörde gem. § 9 Abs. 1 Satz 5 UIG vom Unternehmen die Darlegung verlangen, warum es sich bei der fraglichen Information um ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis handelt bzw. welchen (wirtschaftlichen) Wert dieses hat.¹⁰² Der Anhörung kommt damit im Hinblick auf die Subsumtion des Tatbestandes des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UIG eine wichtige Rolle zu. Zwar muss die Behörde auch bei unterlassener Darstellung des Unternehmens, Informationen, die objektiv eine Betriebs- und Geschäftsgeheimnis darstellen, als solche behandeln, freilich kann sich die Behörde bei der Aus-

¹⁰¹ Rossi (Fn. 3), § 8 Rdnr. 10. Zu möglichen Fallgruppen, in denen ein schutzwürdiges Interesse fehlen könnte siehe Rdnr. 11 ff.

¹⁰² Reidt/Schiller (Fn. 61), Rdnr. 38.

legung der Schutzvorschrift des § 9 UIG aber nur danach richten, was ihr bekannt ist bzw. bekannt sein müsste.¹⁰³ Dennoch liegt die Entscheidung über den Ausschluss des Informationsanspruches aufgrund der zurückgesetzten Bedeutung der Einwilligung in § 9 UIG gegenüber § 6 IFG, zu wesentlich größeren Teilen auf Seiten der Behörde.

b) Vorkehrungen für einen effektiven Rechtsschutz

Noch größere Unterschiede hinsichtlich des prozeduralen Schutzniveaus ergeben sich hinsichtlich der Vorkehrungen für einen effektiven Rechtsschutz der betroffenen Unternehmen.

Im Rahmen des IFG und des UIG ist die Erteilung des Informationszuganges ein Verwaltungsakt gegen den verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz erlangt werden kann (§ 9 Abs. 4 IFG, § 6 UIG). Statthaft sind Widerspruch, Anfechtungsklage und im Falle einer Sofortvollzugsanordnung der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO.¹⁰⁴

§ 8 Abs. 2 IFG regelt die einzuhaltenden Fristen bei der Zugangsgewährung im dreipoligen Informationsverhältnis. Ein solches dreipoliges Informationsverhältnis besteht auch zwischen dem Antragsteller, der die Information weitergebenden Behörde und dem Unternehmen, das entgegen der Auffassung der Verwaltung befürchtet, dass mit der Erteilung des Informationszugangs zugleich seine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenbart werden. Der Antragsteller kann in diesen Fällen erst dann Zugang zu der gewünschten Information erhalten, wenn das betroffene Unternehmen Gelegenheit hatte, gegen die Zugangsgewährung Rechtsschutz zu erlangen. Gem. § 8 Abs. 2 IFG ist daher abzuwarten, bis die Entscheidung über den Informationszugang bestandskräftig geworden ist. Ist sofortige Vollziehung angeordnet belässt das Gesetz dem Unternehmen zwei Wochen, um einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen.

Außerhalb des IFG, also insbesondere im Anwendungsbereich des UIG, ist das betroffene Unternehmen allein auf das allgemeine Rechtsschutzsystem der VwGO verwiesen. Maßstab ist in diesen Fällen allein das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG.¹⁰⁵ Zwar ist die Verwaltung auch in diesen Fällen verpflichtet, den Informationsherrn über die Weitergabe der Informationen zu unterrichten, andernfalls entstehen Scha-

¹⁰³ *Reidt/Schiller* (Fn. 61), Rdnr. 39.

¹⁰⁴ *Rossi* (Fn. 3), § 8 Rdnr. 33 ff; *Reidt/Schiller* (Fn. 61), § 6 UIG Rdnr. 18 ff.

¹⁰⁵ *Reidt/Schiller* (Fn. 61), Rdnr. 41; *Eilers/Schröer* (Fn. 25), S. 1030.

densersatzansprüche nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, gesetzlich festgelegte Fristen fehlen aber.¹⁰⁶

Sofern die Informationsweitergabe nur Teil eines Genehmigungsverfahrens ist, wie z. B. bei § 10 Abs. 2 BImSchG, kann das betroffene Unternehmen grundsätzlich gegen die Informationsweitergabe selbst – hier also die Auslegung der Antragsunterlagen – wegen § 44a VwGO keinen eigenständigen Rechtsschutz erlangen.¹⁰⁷ Dem Unternehmen bliebe dann nur die Möglichkeit, den Antrag auf Genehmigung der Anlage zurückzunehmen und Schadensersatz geltend zu machen. Da die Veröffentlichung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aber zu unzumutbaren, in einem späteren Prozess nicht mehr revidierbaren Nachteilen führen würde, gebietet es Art. 19 Abs. 4 GG, ausnahmsweise eine selbstständige Klagemöglichkeit zuzulassen.¹⁰⁸ Abermals kann sich ein betroffenes Unternehmen aber nicht auf gesetzliche Wartefristen bis zur Auslegung der umstrittenen Unterlagen verlassen.

3. Prozessualer Schutz, Haftungs- und Strafbewehrung

Ist dem Antragssteller nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens ein Informationszugang gewährt worden, kann den drittbetroffenen Unternehmen nur noch im Verwaltungsprozess sowie ggf. durch das Geltendmachen von Schadensersatz, Schutz gewährt werden. Schließlich trägt auch die strafrechtliche Sanktionierung des Geheimnisverrates zum Schutz von Unternehmenspositionen bei.

a) *Verwaltungsprozess*

Neben den gerade aufgezeigten prozeduralen Schwierigkeiten, die hinsichtlich des rechtzeitigen Einlegens von Rechtsbehelfen auftreten, stellen sich im Verwaltungsprozess zudem weitere Probleme hinsichtlich der gerichtli-

¹⁰⁶ Zur Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung, um der Behörde die Eröffnung des Informationszugangs zu untersagen, bevor das betroffene Unternehmen die Möglichkeit hatte, Rechtsschutz zu erlangen: *Rothfuchs*, Zum effektiven Rechtsschutz des in seinen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen Betroffenen bei drohendem Zugang seines Konkurrenten zu Umweltinformationen, UPR 2006, 343. Zu den Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen des UIG auch *Reidt/Schiller* (Fn. 61), Rdnr. 16 ff.

¹⁰⁷ A.A. *Storost*, in: Ule/Laubinger, BImSchG, Losebl., Stand: Juni 2007, § 10 D 18.

¹⁰⁸ *Frenz* (Fn. 89), Rdnr. 70, 185; *Jarass* (Fn. 73), § 10 Rdnr. 37a; OVG Münster, NWVBl 1999, 423; a.A. *Dietlein* (Fn. 61), Rdnr. 280.

chen Überprüfbarkeit des Vorliegens von Informationsverweigerungsgründen, wie z.B. § 6 IFG oder § 9 UIG. Will das Gericht überprüfen, ob die beantragten Unterlagen tatsächlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, müsste es Einsicht in gerade jene Dokumente nehmen. Über § 100 VwGO, der allen am Gerichtsverfahren Beteiligten Akteneinsicht gewährt, könnte der Antragsteller dann aber unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, Kenntnis von den begehrten Informationen erlangen. Das BVerwG hat auch in solchen Fällen – in denen die Vorlage der Akten selbst Gegenstand des Rechtsstreits ist – § 99 Abs. 2 VwGO für anwendbar erklärt.¹⁰⁹ Demnach wird die Frage, ob es sich bei den vom Antragsteller begehrten Informationen um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, isoliert von der Hauptsache in einem in-camera-Verfahren entschieden. In den vorliegenden Konstellationen, in denen die Einsichtnahme in die Akten selbst Gegenstand der Hauptsache ist, kann die Entscheidung im in-camera-Verfahren bereits gleich bedeutend mit dem Erreichen oder Scheitern des eigentlichen Rechtsschutzzieles sein.¹¹⁰ Zu beachten ist aber dreierlei:

Erstens folgt noch nicht allein aus der Tatsache, dass Streitgegenstand der Informationszugang selbst ist, dass das Gericht in die streitgegenständlichen Unterlagen Einsicht nehmen muss und es unweigerlich zu einem in-camera-Verfahren kommt. Zielen Informationsverweigerungsgründe nur auf den Schutz der Art und Weise des Zustandekommens behördlicher Akten ab,¹¹¹ kann die Einsichtnahme in die streitgegenständlichen Unterlagen und mithin ein in-camera-Verfahren entbehrlich sein. Im Falle des Schutzes der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt es sich aber um materiellrechtliche Geheimhaltungsgründe, deren Vorliegen oder Fehlen sich nur durch Einsichtnahme in die Akten verlässlich klären lässt.¹¹²

Zweitens hat die Behörde zunächst gem. § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO stets eine Ermessensentscheidung zu treffen. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO ihrem Wesen nach geheim zu haltende Vorgänge.¹¹³ Die Behörde hat zu entscheiden, ob das Interesse am effektiven Rechtsschutz bzw. an der Wahrheitsfindung gegenüber dem

¹⁰⁹ BVerwG 130, 236 (240); siehe dazu auch Rossi, ZJS 2008, 417; BVerwG, ZUR 2009, 322.

¹¹⁰ BVerwG, Beschl. v. 05.02.2009, 20 F 2/08, Rdnr. 6.

¹¹¹ Vgl. z.B. § 4 IFG.

¹¹² BVerwG, NVwZ 2010, 194 (195).

¹¹³ Kopp/Schenke, VwGO, § 99 Rdnr. 11.

Interesse am Geheimnisschutz Vorrang genießt und die Akten daher in der Hauptsache vorzulegen sind.¹¹⁴

In dieser – gegebenenfalls im in-camera-Verfahren zu überprüfenden – Abwägung liegt drittens zugleich das eigentliche Dilemma, wegen dessen das derzeitige in-camera-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO zuweilen auch kritisiert wird: Abwägungsmaßstab im in-camera-Verfahren ist nicht das jeweilige materielle Interesse an einer allgemeinen Informationszugänglichkeit, sondern das überlagerte prozessual geprägte öffentliche Interesse an einer Wahrheitsfindung. Damit ist der vom Fachsenat anzulegende Maßstab an die Abwägung zwischen Preisgabe und Zurückhaltung der streitbefangenen Informationen im Gerichtsprozess ein anderer als der vom Spruchkörper im Hauptsacheverfahren anzuwendende Maßstab für die etwa nach § 9 Abs. 1 Satz 1 UIG.

Diese Verschiebung des Maßstabs wirkt umso misslicher, als es für den Antragsteller und für die Öffentlichkeit irrelevant ist, ob die begehrten Informationen auf der Grundlage materieller Informationsfreiheitsgesetze oder auf der Grundlage des prozessualen § 100 VwGO zugänglich gemacht werden. Ist eine Information einmal der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, kann nachträglich ergriffener Rechtsschutz die Offenbarung nicht mehr rückgängig machen bzw. andere von dem einmal erlangten Wissen wieder ausschließen. Trotzdem soll vorbeugender Rechtsschutz grundsätzlich nicht statthaft sein. Insbesondere im Rahmen des IFG kann wegen der prozeduralen Absicherungen des § 8 IFG nicht vom Vorliegen eines besonderen qualifizierten Rechtsschutzinteresses ausgegangen werden.¹¹⁵

Immerhin kann das erfolgreiche Bestreiten des Rechtsweges nach rechtswidriger Gewährung des Informationszugangs Auswirkungen auf zukünftige, ähnlich gelagerte Interessenkollisionen haben. In Betracht kommen neben der Fortsetzungsfeststellungsklage insoweit allerdings nur noch Schadensersatzansprüche.¹¹⁶

¹¹⁴ BVerwG 130, 236 (242 f.) Zu den Anforderungen an diese Abwägungsentscheidung auch *Rossi* (Fn. 109), S. 418.

¹¹⁵ *Rossi* (Fn. 3), § 9 Rdnr. 31; vgl. auch *Ziekow/Debus*, in: *Fluck/Theuer, Informationsfreiheitsrecht*, § 8 IFG-Bund Rdnr. 44; a.A. zurückhaltend *Sellmann/Augsberg* (Fn. 14), S. 2301; *Kloepfer/von Lewinski* (Fn. 20), S. 1286. Siehe auch Fn. 106.

¹¹⁶ *Ziekow/Debus* (Fn. 115), § 8 IFG-Bund Rdnr. 45.

b) *Schadensersatz*

Aus öffentlich-rechtlicher Sicht kommt bei unzulässiger Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen die Geltendmachung eines materiellen Schadens unter Berufung auf § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG in Betracht,¹¹⁷ denn die unzulässige Offenbarung eines Berufs- und Geschäftsgeheimnisse stellt eine Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht dar. Ein Folgenbeseitigungsanspruch wird dagegen in der Regel an der tatsächlichen Möglichkeit der Folgenbeseitigung scheitern.

c) *Strafrecht*

Offenbart ein Amtsträger unbefugt ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis kann er, sofern er vorsätzlich und schuldhaft gehandelt hat, gem. § 203 Abs. 2 StGB auch strafrechtlich verfolgt werden. Nach § 203 Abs. 2 StGB wird bestraft, wer unbefugt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenbart, die ihm als Amtsträger oder amtsnahe Person bekannt geworden sind. Dem Merkmal „unbefugt“ kommt dabei eine Doppelfunktion zu.¹¹⁸ Stimmt der Geheimnisherr der Offenbarung zu, liegt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor. In diesem Fall liegt bereits keine Rechtsgutverletzung vor. Auf Rechtfertigungsebene können gesetzliche Regelungen eine Offenbarungspflicht oder -berechtigung statuieren. Dürfen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ausnahmsweise nach den Vorschriften der Informationsfreiheitsgesetze oder anderer spezialgesetzlicher Regelungen weitergegeben werden, bspw. wegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses am Informationszugang, liegt hierin also ein Rechtfertigungsgrund.¹¹⁹

Für Amtsträger gilt außerdem § 353b Abs. 1 StGB, der ebenfalls die unbefugte Offenbarung dem Täter anvertrauter Geheimnisse bestraft. Zusätzlich wird aber die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen gefordert. Daher weist § 353b Abs. 1 StGB eine andere Schutzrichtung auf, als § 203 Abs. 2 StGB der dem Schutz der Individualsphäre dient.¹²⁰ Mit der Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen werden regelmäßig nur private Geheimhaltungsinteressen berührt. Zum Teil soll aber bereits der Verlust des öffentlichen Vertrauens in die Integrität der Verwaltung durch den Ge-

¹¹⁷ Turiaux, UIG, § 8 Rdnr. 96; Kim (Fn. 29), S. 174.

¹¹⁸ So z.B. Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 202 Rdnr. 21; a.A. Schünemann, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 203 Rdnr. 91 ff.

¹¹⁹ Schünemann (Fn. 118) Rdnr. 120.

¹²⁰ Schünemann (Fn. 118), Rdnr. 11.

heimnisbruch, unabhängig vom Inhalt des Geheimnisses, für eine (mittelbare) Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen ausreichen.¹²¹

V. Eigensicherung der Unternehmen

Die bereits skizzierten Einflussmöglichkeiten der Unternehmen auf die Wirksamkeit der gesetzlichen Schutzpositionen geben abschließend Anlass, über Eigensicherungsmaßnahmen der Unternehmen nachzudenken. So erscheint es sinnvoll, sich von Seiten des Unternehmens insgesamt um eine restriktive Informationspolitik zu bemühen, die gegebenenfalls durch institutionelle Vorkehrungen abzusichern ist.

Unternehmen können zur besseren Wirksamkeit der gesetzlichen Schutzpositionen selbst beitragen, in dem sie zum einen die genannten Kennzeichnungsmöglichkeiten wahrnehmen und ihr Anhörungsrecht nutzen, um ihre Einwilligung zu verweigern oder Argumente für ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vorzubringen. Schließlich sollten die gestellten Informationsanfragen überwacht werden, um ggf. rechtzeitig Rechtsschutz einlegen zu können.

Möglicherweise sinnvoll kann die Schaffung einer Stelle eines Informationsbeauftragten sein, der in die Unternehmensorganisation ähnlich wie ein Datenschutzbeauftragter eingebunden wird, und sich mit der Preisgabe und Verwertung unternehmensspezifischer Daten im öffentlichen Raum befasst.¹²²

Auch wurde die Führung eines Registers über die in der Vergangenheit gestellten Informationsanfragen vorgeschlagen. So sollen Missbrauchsfälle aufgedeckt und gegenüber der zur Information verpflichteten Behörde bewiesen werden können.¹²³

Eher aus dem Bereich der Unternehmenskäufe ist der Abschluss von Geheimhaltungsvereinbarungen (non-disclosure agreement; kurz NDA) bekannt. Während der Verkäufer den Wert seines Unternehmens nicht durch das vorzeitige Bekanntwerden seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

¹²¹ *Lackner/Kühl*, StGB, § 353b Rdnr. 11; a.A. *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 353b Rdnr. 6.

¹²² *Sellmann/Augsberg* (Fn. 14), S. 2301.

¹²³ *Kiethe/Groeschke* (Fn. 8), S. 306.

schmäleren möchte, möchte der Verkäufer sich im Rahmen der due diligence möglichst umfassend über den Kaufgegenstand informieren. Um diese Interessen zu einem Ausgleich zu verhelfen, werden im Rahmen eines Letter of Intent detaillierte Geheimhaltungs- und Nichtverwendungsverpflichtungen des Kaufinteressenten aufgelistet. Häufig wird man aber die Vertragsstrafe für den Fall einer Offenbarung des Geheimnisses kaum so hoch ansetzen können, dass der tatsächliche wirtschaftliche Schaden ausgeglichen wird.¹²⁴ Gerade im Rahmen von Public Private Partnerships können Geheimhaltungsvereinbarungen aber der Behörde die Bearbeitung späterer Informationsanfragen erleichtern und den Unternehmen im Hinblick auf ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Sicherheit verschaffen.¹²⁵

¹²⁴ Zum Ganzen *Beisel/Klumpp*, *Der Unternehmenskauf*, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 20. Kritisch zur Praxis der NDAs in der Privatwirtschaft *Söbbing*, Sind Non Disclosure Agreements wirklich notwendig?, *GWR* 2010, 237.

¹²⁵ Vgl. dazu auch *Kieth/Groeschke* (Fn. 8), S. 306.