

## 1.1. Definition des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses

### 1.1.1. Ursprüngliche Definition des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses nach § 6 S. 2 IFG

Da eine Legaldefinition im IFG zum Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses nicht existiert, wird bislang auf die Begriffsbestimmung des Bundesgerichtshofs, Bundesverfassungsgerichts und Bundesverwaltungsgerichts zurückgegriffen:

*„Als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden alle auf ein Unternehmen bezogene Tatsachen, Umstände und Vorgänge verstanden, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen im weitesten Sinne; Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen. Zu derartigen Geheimnissen werden etwa Umsätze, Ertragslagen, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte gezählt, durch welche die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Betriebs maßgeblich bestimmt werden können (Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 14. 3. 2006 - 1 BvR 2087/03 = NVwZ 2006, 1041, 1042; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 24. 9. 2009 - 7 C 2/09 = NVwZ 2010, 189, 192). Ein schutzwürdiges bzw. berechtigtes Geheimhaltungsinteresse liegt dabei vor, wenn die Offenlegung der Information geeignet ist, exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Marktkonkurrenten zugänglich zu machen und so die Wettbewerbsposition des Unternehmens nachteilig zu beeinflussen (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 28. 5. 2009 - 7 C 18/08 = NVwZ 2009, 1113, 1114).“*

Zusammengefasst müssen vier Merkmale kumulativ erfüllt sein, um ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse annehmen zu können (Guckelberger, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 21. Edition, Stand 1.8.2018, IFG, § 6, Rn. 18):

- die Information muss einen Unternehmensbezug aufweisen,
- sie darf nicht offenkundig, also nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sein,
- sie muss nach dem Willen ihres Inhabers geheim bleiben und
- es muss ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung bestehen.

### 1.1.2. Überlagerung der ursprünglichen Definition durch die Richtlinie (EU) 2016/943

Diese Definition wird allerdings aufgrund der Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und ver-

traulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung hinfällig. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie enthält eine Legaldefinition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“, der nunmehr zur Bestimmung des Begriffs in § 6 S. 2 IFG heranzuziehen ist. Der Regierungsentwurf zum Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) hat diese Definition zum Zwecke der Umsetzung der EU-Richtlinie übernommen (vgl. § 2 Nr. 1, BT-Drs. 19/4724.). Danach sind „Geschäftsgeheimnis“ Informationen, die alle nachstehenden Kriterien erfüllen:

- sie sind in dem Sinne geheim, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind;
- sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind;
- sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt.

Diese Neudefinition findet auch Anwendung im Rahmen des IFG (Schoch, IFG, Aufl. 2, § 6, Rn. 15). Dagegen spricht im ersten Ansatz zwar die Ausgestaltung des Anwendungsbereichs der Richtlinie (EU) 2016/943. Nach Art. 1 Abs. 2 lit c. der Richtlinie berührt sie nicht die Anwendung von mitgliedstaatlichen Vorschriften, welche die Behörden zur Offenlegung von durch Unternehmen vorgelegte Informationen verpflichten. Ausgehend von dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 lit c. EU-Richtlinie 2016/943 – *berührt nicht* – ist indes nicht zwingend auf den gesetzgeberischen Willen zu schließen, dass die Heranziehung einer neutralen Definition für die Konkretisierung eines nicht legal definierten Tatbestandmerkmale im öffentlichen Recht ausgeschlossen werden soll. Die Anwendungsbereichsbegrenzung möchte vielmehr eine Verkürzung der Informationszugangsrechte als solche durch die in der Richtlinie angelegten Rechtsfolgen verhindern. Daneben erscheint auch folgendes Verständnis der Formulierung *berührt nicht* naheliegend: Die Richtlinie normiert nur einen geheimnisbezogenen Mindestschutz; ein Mehr an Geheimhaltungsschutz in öffentlich-rechtlichen Informationszugangsvorschriften soll durch sie nicht unterminiert werden. Diese Lesart legt der Erwägungsgrund (18) der Richtlinie nahe, wonach „[...] diese Richtlinie die Behörden nicht von ihrer Pflicht zur Geheimhaltung von Informationen, die ihnen von Inhabern von Geschäftsgeheimnissen übermittelt werden, entbinden [...]“.

Obwohl die genannte EU-Richtlinie primär den Geheimnisschutz im Rahmen des Privatrechts bezweckt, möchte sie nach dem Erwägungsgrund (14) eine homogene Definition des Geschäftsgeheimnisses etablieren. Dieses Einheitlichkeitsziel darf aber nicht nur mit Blick auf den EU-weiten Binnenmarkt verstanden werden. Vielmehr gilt es, diese Zielvorgabe auch unter der Prämisse der Einheit der Rechtsordnung zu sehen. Unterschiedliche Begriffsbestimmungen innerhalb einer Rechtsordnung führen zu einer Rechtszersplitterung und im konkreten Fall zu unterschiedlichen Schutzniveaus im Zivilrecht und öffentlichen Recht. Die definitorische Neuausrichtung führt zu einem höheren Schutzniveau im Zivilrecht: Die Neudefinition verlangt nunmehr kein dezidiert, „Wort für Wort“ darzulegendes berechtigtes Interesse am Geheimnisschutz der

betroffenen Informationen (Guckelberger, in: Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 21. Edition, Stand 1.8.2018, IFG, § 6, Rn. 17.1; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 07.06.2012 - OVG 12 B 34.10, BeckRS 2012, 51575.). Ein unterschiedlicher Schutzstandard im Zivilrecht und öffentlichen Recht ist jedoch nicht zu rechtfertigen. Denn in beiden Fällen steht der Schutz von Geschäftsgeheimnissen von Privaten gegenüber anderen Privaten im Mittelpunkt – lediglich mit dem Unterschied, dass im Informationszugangsrecht (auch) eine staatliche Stelle die Information besitzt und damit ein Dreiecksverhältnis entsteht. Nur infolgedessen erführen Unternehmen, die mit staatlichen Stellen zusammenarbeiten oder von denen der Staat – zufällig – Informationen erlangt, eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG), weil der Schutz ihrer Informationen wegen der hohen Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal „Betriebs- und Geschäftsgeheimnis“ plötzlich geringer wäre. Die bloße Beteiligung bzw. Involvierung der öffentlichen Hand kann die Ungleichbehandlung in Gestalt des unterschiedlichen Schutzniveaus nicht verfassungsrechtlich legitimieren.

Der unterschiedliche Schutzgrad im Dreiecksverhältnis stößt nicht nur auf EU-primär- bzw. verfassungsrechtliche Bedenken, sondern verringert auch die Attraktivität für Unternehmen mit dem Staat (wirtschaftlich) zu kooperieren, was volkswirtschaftlich nicht gewollt sein kann. Dass aber gerade bei staatlicher Auftragsvergabe – worin der hiesige Streitgegenstand seinen Ursprung findet – ein grundsätzlich besonderes Vertraulichkeitsverhältnis zwischen Auftraggeber und -nehmer besteht, verdeutlicht Art. 21 Abs. 1 der EU-Richtlinie 2014/24. Danach gibt ein öffentlicher Auftraggeber keine ihm von den Wirtschaftsteilnehmern übermittelten und von diesen als vertraulich eingestuft Informationen weiter, wozu insbesondere technische und handelsbezogene Geschäftsgeheimnisse sowie die vertraulichen Aspekte der Angebote selbst gehören. Auf diese Richtlinie und die darin verankerten staatlichen Geheimhaltungspflichten verweist im Übrigen die hier in Rede stehende Richtlinie (EU) 2016/943 in dem erwähnten Erwägungsgrund (18).

Ebenso wenig vermag auch die in dem Regierungsentwurf zum GeschGehG enthaltene Anwendungsbeschränkung die Übertragung der Neudefinition auf das IFG auszuschließen. Gem. § 1 Abs. 2 des Entwurfs genießen öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen Vorrang vor dem GeschGehG. Konkret heißt es in der Gesetzesbegründung, dass das GeschGehG nicht anwendbar auf Informationsansprüche gegen staatliche Stellen ist; dies gilt ebenso für eine abweichende Definition des Geschäftsgeheimnisses im öffentlichen Recht (BT-Drs. 19/4724, S. 8). Allerdings existiert keine – jedenfalls legal definierte – Begriffsbestimmung im IFG. Freilich hat die höchstrichterliche Rechtsprechung diesen Begriff inhaltlich ausgefüllt. Aus gesetzgeberischer Sicht kann die Bezugnahme in dem Regierungsentwurf auf bestehende, vorrangig anzuwendende öffentlich-rechtliche Definitionen indes nur Legaldefinitionen erfassen. Es kann nicht per se davon ausgegangen werden, dass ein Verweis auf existierende Begriffsbestimmungen in einer Gesetzesbegründung auch die von der Rechtsprechung entwickelten Definitionen umfasst, sofern dies – wie im vorliegenden Fall – nicht explizit erwähnt wird. Schließlich stellen die Bestimmung und Konkretisierung von Gesetzesbegriffen, die Grundrechtseingriffe – hier in Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG – auslösen können, als wesentliche Entscheidungen die originäre und ureigenste Aufgabe des Gesetzgebers dar (vgl. BVerfGE 49, 89; 33, 125). Die im vorherigen Absatz erwähnten Folgen und verfassungsrechtlichen Bedenken einer unterschiedlichen Ausgestaltung der Definition im Privatrecht und öffentli-

chen Recht belegen die grundrechtliche Reichweite der Definitionsentscheidung und damit ihre grundgesetzliche Wesentlichkeit.

Im Übrigen entzieht die EU-Richtlinie und die Umsetzung dieser in Gestalt des GeschGehG die rechtliche Grundlage der richterlichen Definition des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses. Diese bislang verwendete Definition fußt auf einem BGH-Urteil zu § 17 UWG und der in diesem Zuge erfolgten Präzisierung des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses (BGH, NJW 1995, 2301 (2301 ff.); vgl. auch Schoch, IFG, 2. Aufl. 2016, § 6, Rn. 75 ff.). Auf dieses Urteil rekurriert auch die Gesetzesbegründung zu § 6 IFG (BT-Drs. 15/4493, S. 14). Diese nebenstrafrechtliche Vorschrift soll aber nunmehr in das GeschGehG überführt werden (BT-Drs. 19/4724, S. 19 f.). Damit wird die Vorschrift und letztlich auch die ehemalige Definitionsbasis der Neudefinition unterworfen.

In Ermangelung einer Legaldefinition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ im öffentlichen Recht und vor dem Hintergrund des Entzugs bzw. der Änderung der rechtlichen Grundlage der richterlich geformten Definition scheint eine Heranziehung der Neudefinition zwingend zu sein. Wird doch dadurch der grundsätzliche Anwendungsvorrang des öffentlichen Informationsfreiheitsrechts nicht unterlaufen, da nach wie vor die §§ 1 Abs. 1 S. 1, 6 IFG die Maßstäbe für einen Informationszuganganspruch bilden.

Für eine Interpretation des § 6 S. 2 IFG im Lichte der Neudefinition streitet neben der europarechtskonformen, einheitlichen Auslegung des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ letztlich auch Art. 39 Abs. 2 des TRIPS-Abkommen (Schoch, IFG, 2. Aufl. 2016, § 6, Rn. 77). An diesem Artikel lehnt die Begriffsbestimmung der EU-Richtlinie 2016/943 an. Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Interpretation gebietet daher die Beachtung des Artikelinhalts ebenso im öffentlichen Recht, um einen gleichlaufenden Geheimnisschutz zu ermöglichen.

## **1.2. Tatsächliches Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen i. S. d. Neudefinition nach Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie (EU) 2016/943**

Ausgehend von der Neudefinition nach Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie (EU) 2016/943 sind im vorliegenden Fall die geheimnisschutzbegründenden Merkmale erfüllt.

Im Einzelnen:

Die im Betreibervertrag befindlichen Informationen sind weder insgesamt noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich (siehe **Anlage B10, Anlage B12**); nicht zuletzt daher besitzen sie einen wirtschaftlichen Wert. Der kommerzielle Wert der nur einem begrenzten Personenkreis bekannten Vertragsbestandteile besteht in dem negativen Interesse ihrer Herausgabe. Denn ihre Preisgabe würde die Wettbewerbsposition jedenfalls der Beizuladenden 1) bis 3) nachhaltig beeinträchtigen. Der Betreibervertrag beschreibt, dokumentiert und regelt ausführlich ein komplexes, weltweit exklusives technisches System zur Erhebung der LKW-Maut, das als erstes seiner Art mobilfunk- und satellitengestützt betrieben wird. Die Kenntnis von den im Betreibervertrag enthaltenen techni-