

Beiträge zum Informationsrecht

Band 44

**Geschäftsgeheimnisschutz
öffentlicher Unternehmen
in Privatrechtsform**

Von

Mario Schliephake



Duncker & Humblot · Berlin

MARIO SCHLIEPHAKE

Geschäftsgeheimnisschutz
öffentlicher Unternehmen
in Privatrechtsform

Beiträge zum Informationsrecht

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

Band 44

Geschäftsgeheimnisschutz öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform

Von

Mario Schliephake



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
hat diese Arbeit im Jahr 2023
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1619-3547
ISBN 978-3-428-18935-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58935-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Das Manuskript dieser Arbeit wurde der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, Juristischer Bereich, der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Jahre 2022 vorgelegt, wobei die öffentliche Verteidigung im Januar 2023 stattfand. Rechtsprechung und Literatur befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand von Februar 2022.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Kilian, für seine Betreuung dieser Arbeit. Seine ständige Erreichbarkeit und der gemeinsame fachliche Austausch mit ihm waren wichtige Stützen dieser Arbeit. Herrn Prof. Dr. Winfried Kluth danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Weiterhin möchte ich meinen Freunden und meiner Familie danken, insbesondere Dr. Robert Stendel und Dennis Obermüller für ihre ständigen Aufmunterungen, und meinem Schwiegervater, Dr. Michael Pap, für das zeitaufwändige Korrekturlesen der Arbeit.

Ganz besonderer Dank gilt meinen Eltern, Erika und Volkmar Schliephake, deren warmherzige Fürsorge und Vertrauen mich in der Zeit der Erstellung dieser Arbeit stets begleitet haben und deren bedingungslose Unterstützung mich durch jeden weiteren Lebensabschnitt trägt. Von ganzem Herzen möchte ich meiner Frau Isabel danken, die mit ihrer Liebe, Zuversicht und Geduld immer für mich da ist. Ohne ihren liebevollen Rückhalt hätte ich diese Arbeit nicht beendet. Die Geburt unseres gemeinsamen Sohnes, Moritz, war nicht nur eine Motivation zur Fertigstellung dieser Arbeit, sondern verzaubert seither täglich unseren Alltag.

Mario Schliephake

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
B. Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform – Bindungen und Schutzwürdigkeit	23
I. Definition des Untersuchungsgegenstands	23
1. Unternehmen	23
2. Öffentlich	25
3. Rechtsformen öffentlicher Unternehmen	28
II. Verfassungsrechtliche Bindungen und Schutzwürdigkeit öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	33
1. Bindungen öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	33
a) Grundrechtsbindung	33
(1) Eigengesellschaften	34
(2) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	35
b) Einwirkungspflichten der öffentlichen Hand	39
(1) Rechtsstaatsprinzip	40
(2) Demokratieprinzip	44
c) Ergebnis zu den Bindungen öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	47
2. Verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	48
a) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte	50
b) Finanzverfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte	54
(1) Einnahmenerzielung als Nebenzweck	55
(2) Verfassungsrechtlicher Wirtschaftlichkeitsgrundsatz	57
(a) Herleitung des Grundsatzes	57
(b) Bedeutung für öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform	62
(c) Mittelbarer Schutz zugunsten öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	68
c) Staatsaufgaben und Daseinsvorsorge	71
d) Grundrechtsfähigkeit öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	79
(1) Grundstruktur des Art. 19 Abs. 3 GG	79
(a) Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG	79
(b) Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts	81

(2) Eigengesellschaften	91
(3) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	93
(4) Ergebniskorrektur durch das Unionsrecht?	100
(a) Methodische Bedenken an der Lesart des Bundesverfassungsgerichts	101
(b) Keine Grundrechtsträgerschaft nach der GRCh	102
(5) Rechtsstaatlicher Mindestschutz öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	110
(6) Ergebnis zur verfassungsrechtlichen Schutzwürdigkeit öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	111
C. Schutz der Geschäftsgeheimnisse öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	114
I. Schutz der Geschäftsgeheimnisse	114
1. Bedeutung des Geheimnisschutzes für Unternehmen	115
2. Einfachrechtlicher Geschäftsgeheimnisschutz nach bisheriger Rechtslage ...	117
a) Unternehmensbezogene Tatsache	118
b) Fehlende Offenkundigkeit	119
c) Geheimhaltungswille	120
d) Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse	121
3. Einfachrechtlicher Geheimnisschutz nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz ...	122
a) Genese und Inhalt des Gesetzes	122
b) Definition des Geschäftsgeheimnisses	124
(1) Geheime Information	125
(2) Wirtschaftlicher Wert	126
(3) Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen	127
(4) Berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung	128
c) Übertragbarkeit der Definition auf andere Gesetze	129
4. Verfassungsrechtlicher Geschäftsgeheimnisschutz	133
5. Zwischenergebnis zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse	138
II. Einfachrechtlicher Geschäftsgeheimnisschutz öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform im Privatrecht und im Verwaltungsrecht	139
1. Schutz nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz	139
a) Auslegung des GeschGehG	141
(1) Wortlaut	141
(2) Systematik	142
(3) Historie	144
(4) Sinn und Zweck	145

b) Verfassungs- und primärrechtlicher Hintergrund	147
(1) Verfassungsrechtlicher Hintergrund	148
(a) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	148
(b) Systemgerechtigkeit, rechtsstaatliche Grundsätze und die Einheit der Rechtsordnung	153
(aa) Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit und Sachgerechtigkeit	154
(bb) Objektives Willkürverbot	158
(cc) Gebot der Waffengleichheit	159
(dd) Einheit der Rechtsordnung	160
(2) Primärrechtlicher Hintergrund	163
c) Ergebnis zum Schutz nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz	166
2. Geschäftsgeheimnisschutz öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform im Verwaltungsrecht	167
a) Untersuchung aktueller Rechtsprechung	168
(1) Ablehnende Gerichtsentscheidungen	168
(2) Zustimmungende Gerichtsentscheidungen	169
(3) Zwischenergebnis zur Rechtsprechung	171
b) Stimmen aus der Literatur	171
c) § 30 VwVfG	173
(1) Grundaussagen der Vorschrift	173
(2) Berechtigung öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	175
(a) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	176
(b) Systemgerechtigkeit, rechtsstaatliche Grundsätze und die Einheit der Rechtsordnung	179
(3) Konkrete Anwendung des § 30 VwVfG	182
(a) Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses	182
(b) Befugnis zur Offenbarung	183
(aa) Widerstreitende Belange	185
(bb) Maßstäbe für die Gewichtung des Geschäftsgeheimnisschut- zes öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	190
(4) § 30 VwVfG im Zusammenspiel mit dem Akteneinsichtsrecht aus § 29 Abs. 1 VwVfG	196
d) Besonderheiten des Geschäftsgeheimnisschutzes nach weiteren öffentlich- rechtlichen Vorschriften	199
e) Ergebnis zum Geschäftsgeheimnisschutz öffentlicher Unternehmen in Pri- vatrechtsform im Verwaltungsrecht	202
III. Geschäftsgeheimnisschutz öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform im Rah- men der Öffentlichkeitskontrolle	205
1. Öffentliche Kontrolle	205

2. Kontrolle durch den Deutschen Bundestag und durch den Gemeinderat	208
a) Funktion und Instrumente der parlamentarischen Kontrolle	209
(1) Deutscher Bundestag	209
(2) Gemeinderat	212
b) Grenzen parlamentarischer Kontrolle zugunsten der Geschäftsgeheimnisse öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	217
(1) Verantwortungsbereich	220
(a) Deutscher Bundestag	220
(b) Gemeinderat	224
(c) Taugliche Informationskanäle	227
(d) Zwischenergebnis zum Verantwortungsbereich	230
(2) Grundrechte Dritter	230
(a) Deutscher Bundestag	230
(aa) Unmittelbarer Grundrechtsschutz	231
(bb) Mittelbarer Grundrechtsschutz	233
(b) Gemeinderat	238
(c) Zwischenergebnis zu Grundrechten Dritter	241
(3) Staatswohl	241
(a) Deutscher Bundestag	241
(aa) Inhalt des Staatswohls	242
(bb) Fiskalisches Interesse des Staates am Schutz vertraulicher In- formationen seiner öffentlichen Unternehmen in Privatrechts- form als Staatswohlbelang	244
(cc) Dogmatische Grundlage eines Staatswohlbelangs zugunsten öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	246
(dd) Abwägung der widerstreitenden Interessen	253
(α) Gewichtung der parlamentarischen Kontrolle	254
(β) Gewichtung der Geschäftsgeheimnisse öffentlicher Unter- nehmen in Privatrechtsform	260
(γ) Ausgleich zwischen Informations- und Geheimhaltungsin- teresse im Zusammenspiel mit dem Öffentlichkeitsprinzip	265
(ee) Zwischenergebnis zum Staatswohl auf der Ebene des Deut- schen Bundestags	271
(b) Gemeinderat	273
(aa) Herstellung von Vertraulichkeit über das öffentliche Wohl	273
(bb) Abwägung im Einzelfall	280
(cc) Eingang des Geheimnisschutzes in die Geschäftsordnung	283
(dd) Zwischenergebnis zum Staatswohl auf der Ebene des Gemein- derates	285
(4) Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung	286

(a) Deutscher Bundestag	286
(b) Gemeinderat	290
(c) Zwischenergebnis zum Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung	290
(5) Vorbehalt der Zumutbarkeit	291
(a) Deutscher Bundestag	291
(b) Gemeinderat	292
(c) Zwischenergebnis zum Vorbehalt der Zumutbarkeit	293
(6) Einfachgesetzliche Geheimhaltungsvorschriften	293
(a) Verschwiegenheitspflichten des Kapitalgesellschaftsrechts	293
(b) Sondervorschriften für öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform	296
(aa) Öffentliche Unternehmen in der Form der AG	297
(α) Grundstruktur des § 394 AktG	298
(β) Grundstruktur des § 395 AktG	302
(bb) Öffentliche Unternehmen in der Form der GmbH	304
(c) Deutscher Bundestag	306
(aa) Darstellung des bestehenden Konflikts	306
(bb) Konfliktlösung über das einfache Recht	308
(cc) Konfliktlösung über das Verwaltungsgesellschaftsrecht	310
(dd) Konfliktlösung über eine verfassungskonforme Auslegung	315
(d) Gemeinderat	319
(e) Zwischenergebnis zu den einfachgesetzlichen Geheimhaltungsvorschriften	323
c) Ergebnis zur Kontrolle durch den Deutschen Bundestag und dem Gemeinderat	325
3. Informationsfreiheitsrecht	328
a) Hintergrund des Informationsfreiheitsrechts und rechtliches Grundgerüst	329
b) Anspruchsverpflichtung öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform ..	333
(1) Anspruchsverpflichtung nach dem IFG	333
(a) Informationspflicht eines öffentlichen Unternehmens in Privatrechtsform	333
(aa) Öffentliche Unternehmen als Behörden nach dem IFG	334
(bb) Unterschiede zum Presserecht	334
(b) Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform als Fallgruppe des § 1 Abs. 1 S. 3 IFG	339
(c) Informationsbeschaffung	342
(aa) Informationsbeschaffungspflicht	342
(bb) Erfüllung der Informationsbeschaffungspflicht	345
(2) Anspruchsverpflichtung nach dem HmbTG	348

(3) Zwischenergebnis zur Anspruchsverpflichtung öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	350
c) Grenzen des Informationsfreiheitsrechts zugunsten der Geschäftsgeheimnisse öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	351
(1) Geheimhaltungsvorschriften	351
(a) IFG	352
(b) HmbTG	358
(aa) Entgegenstehende Geheimhaltungsvorschriften	358
(bb) Unmittelbare Informationspflicht des Unternehmens und Vergleich zum Presserecht	359
(c) Zwischenergebnis zu Geheimhaltungsvorschriften	362
(2) Schutz der Beteiligungsverwaltung	363
(a) IFG	363
(b) HmbTG	365
(3) Fiskalisches Interesse	366
(a) IFG	366
(b) HmbTG	368
(4) Geschäftsgeheimnisse als Informationsverweigerungsgrund zugunsten öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform	369
(a) Merkmale des Geschäftsgeheimnisschutzes	370
(aa) IFG	370
(bb) HmbTG	371
(b) Anwendbarkeit auf öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform	372
(aa) IFG	372
(bb) HmbTG	376
(c) Rechtsfolge	377
(aa) IFG	377
(α) De lege lata	378
(β) De lege ferenda	381
(bb) HmbTG	386
(α) Gewichtung der widerstreitenden Belange	387
(β) Maßstab für das Überwiegen und Vergleich zum Presse- recht	388
(d) Zwischenergebnis	392
d) Ergebnis zum Informationsfreiheitsrecht	392
D. Zusammenfassung	395
Literaturverzeichnis	404
Sachwortverzeichnis	444

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BayVerf.	Verfassung des Freistaats Bayern
BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BbgVerf.	Verfassung des Landes Brandenburg
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ff.	folgend
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GemO BW	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg
GeschGeh-RL	EU-Geschäftsgeheimnisrichtlinie
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GOSH	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GSOBT	Geheimhaltungsordnung des Deutschen Bundestages
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschaft- und Wirtschaftsrecht
h. M.	herrschende Meinung
HessVerf.	Verfassung des Landes Hessen
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
HmbTG	Hamburgisches Transparenzgesetz
Hs.	Halbsatz
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes
IR	Infrastrukturrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kommanditgesellschaft
KommJur	Kommunaljurist
KVG LSA	Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
LHO	Landeshaushaltsordnung
lit.	Litera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung

LPG	Landespressegesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NDSVerf.	Verfassung des Landes Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NW Verf.	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
OVG	Oberverwaltungsgericht
PharmR	Pharmarecht
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Randnummer
S.	Satz
SHVerf.	Verfassung des Landes Schleswig-Holstein
sic!	sic erat scriptum – so stand es geschrieben
sog.	sogenannt
StFG	Stabilisierungsfondsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
ThürVerf.	Verfassung des Freistaats Thüringen
TKG	Telekommunikationsgesetz
TRIPS-Abkommen	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UIG	Umweltinformationsgesetz
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Verf. RP	Verfassung für Rheinland-Pfalz
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VIG	Verbraucher-Informationsgesetz
Vorb.	Vorbemerkung
VS	Verschlusssache
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WSF	Wirtschaftsstabilisierungsfonds
WStFG	Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZD-Aktuell	Zeitschrift für Datenschutz
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

A. Einleitung

Das 21. Jahrhundert wird geprägt vom Begriff der Informationsgesellschaft.¹ Informationen gelten als Rohstoff für Staat, Wirtschaft, Gesellschaft und jeden Einzelnen.² Sie werden nicht zuletzt als Wirtschaftsgut gehandelt³, sodass sie zur Grundbedingung eines Wettbewerbs der Ideen in der Gesellschaft und Wirtschaft heranwachsen. Dieser Ideenwettbewerb lässt sich im Speziellen am Wettstreit zwischen Unternehmen festmachen, die ihre ökonomische Schlagkraft insbesondere aus ihrem Informationsvorsprung herleiten.⁴ Die Wahrung unternehmensinterner Geheimnisse wird folglich zur Voraussetzung des eigenen wirtschaftlichen Erfolgs.

Ein derartiger Wettbewerb kann jedoch nicht nur im rein privaten Sektor festgestellt werden. Er findet vielmehr auch zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen statt und hat dabei in verschiedenen Bereichen⁵ in den vergangenen Jahren erheblich zugenommen.⁶ Dieser Wettbewerb ist von der Besonderheit gekennzeichnet, dass die öffentliche Hand bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung mittels öffentlicher Unternehmen Bindungen des demokratischen Rechtsstaats unterliegt.⁷ Diese Bindungen werden getragen von dem Gedanken eines demokratischen Öffentlichkeitsprinzips⁸ und sind letztendlich Ausdruck und Kennzeichen einer modernen Verwaltung.⁹ Sie rechtfertigen jedoch auch die Annahme, dass sich der wirtschaftlich handelnde Staat seinerseits nicht den Bindungen der Grundrechte entziehen kann¹⁰ und ihm zugleich ein eigener Schutz durch die Grundrechte verwehrt ist.¹¹

¹ BVerfG, NJW 2001, 1633 (1638); 2010, 505 (508); *Wegner*, Informationszugangsfreiheit zu staatlichen Quellen, S. 198–201.

² *Rossi*, NVwZ 2013, 1263 (1266).

³ *Dorner*, CR 2014, 617; *Püschel*, Informationen des Staates als Wirtschaftsgut, S. 206.

⁴ *Beyerbach*, Die geheime Unternehmensinformation, S. 67; *Gaul*, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 1–3; *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, S. 227; *Stürner*, JZ 1985, 453 (453–454).

⁵ Insbesondere im Bereich der Energiewirtschaft, aber auch bei der Wasserver- und Abwasserentsorgung, der Telekommunikationswirtschaft, dem Öffentlichen Personennahverkehr und der Abfallwirtschaft, vgl. *Gödeke/Jördening*, ZIP 2017, 2284 (2285); *Haucap/Coenen*, IR 2009, 338 (340); *Wolff*, in: *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, § 5 Rn. 3.

⁶ *Bettenburg/Weirauch*, DÖV 2012, 352 (355), *Henneke*, in: *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis kommunaler Unternehmen, A. Rn. 33; *Walendy*, Theorie kommunaler Wettbewerbsunternehmen, S. 193.

⁷ *Fabry*, in: *Fabry/Augsten*, Unternehmen der öffentlichen Hand, Teil 1, S. 69–70; *Spannowsky*, ZGR 1996, 400 (406–408).

⁸ BVerfG, NJW 1986, 907 (908).

⁹ *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation, S. 65–66.

¹⁰ Siehe hierfür nur: BVerfGE 128, 226 (244–250).

¹¹ Siehe hierfür nur: BVerfGE 147, 50 (144).

Zugleich gebieten das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip die Öffentlichkeit staatlichen Handelns, sodass „Nicht-Öffentlichkeit, Vertraulichkeit, Geheimhaltung (...) in der freiheitlichen Demokratie die Abweichung von der Regel“¹² darstellen. Die Geheimhaltung staatlichen Handelns ist damit stets rechtfertigungsbedürftig.¹³ Ziel dieser Untersuchung wird es u. a. sein, Maßstäbe für eine solche Rechtfertigung zu finden. Dabei ist jedoch „noch weitgehend ungeklärt (...), wie (insbesondere) der exekutive Geheimnisschutz am Maßstab des Verfassungsrechts nachvollziehbar begründet und sinnvoll ausgestaltet werden kann.“¹⁴ Die Suche nach der Rechtfertigung eines staatlichen Geheimnisschutzes gewinnt zudem vor allem dann an Komplexität, wenn sich der Staat privater Handlungsformen bedient, da sich „das Problem (...) damit an die Schnittstellen von öffentlichem Recht und Privatrecht“¹⁵ verlagert. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Staat mittels öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform wirtschaftlich betätigt. Die verfassungsrechtlichen Bindungen wirtschaftlicher Betätigung des Staates einerseits sowie die Einbettung des Geheimnisschutzes des Staates in verfassungsrechtliche Strukturen andererseits, rechtfertigen den Versuch, ein System des Geheimnisschutzes – namentlich des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform herauszuarbeiten. Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen liegt nicht nur im verfassungsrechtlichen Interesse¹⁶, sondern findet auch im neuen Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) vom 18.4.2019¹⁷ seinen Niederschlag.

Als Leitplanken für den Schutz der Geschäftsgeheimnisse öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform dienen nicht nur die Bindungen des Verfassungsrechts, die sich der wirtschaftlich handelnde Staat ausgesetzt sieht. Vielmehr wird aufzuzeigen sein, dass dem Verfassungsrecht ebenfalls Gesichtspunkte einer Schutzwürdigkeit öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform zu entnehmen sind. Aus dieser verfassungsrechtlichen Bedingtheit des Geschäftsgeheimnisschutzes öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform lassen sich nicht nur die Maßstäbe für einen einfachrechtlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ableiten. Vielmehr bilden diese verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen auch die Stützpfeiler eines Schutzes der Geschäftsgeheimnisse öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform im Geflecht der Kontrolle der Exekutive. Eine solche Öffentlichkeitskontrolle kann sowohl staatliche als auch gesellschaftliche Wurzeln haben, sodass sich eine Kontrolle der Verwaltung durch Parlamente, durch den Bürger und durch die Medien häufig gegenseitig verstärkt.¹⁸ Transparenz kann jedoch dort ihre Grenze finden, wo das Interesse am Geheimnisschutz überwiegt. Wann diese

¹² *Jestaedt*, AöR 126 (2001), 205 (220).

¹³ *Jestaedt*, AöR 126 (2001), 205 (220); *Thüsing/Waldhoff*, *Geheimsache Staat*, S. 113.

¹⁴ *Wischmeyer*, *Die Verwaltung* (51) 2018, 393 (394).

¹⁵ *Thüsing/Waldhoff*, *Geheimsache Staat*, S. 2.

¹⁶ BVerfG, NVwZ 2011, 94 (103).

¹⁷ Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen v. 18.04.2019, BGBl. 466.

¹⁸ *Kahl*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, *GVwR*, Bd. III, § 47 Rn. 210.

Grenze erreicht ist, ist häufig davon abhängig, ob es sich um einen berechtigten Schutz handelt und ob diese Berechtigung gegenüber den Offenlegungsinteressen höher gewichtet werden muss. Die verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit eines Geschäftsgeheimnisschutzes erhält insbesondere dann ihre Relevanz, wenn im Rahmen dieser Gewichtung seinerseits verfassungsrechtliche Belange einer Geheimhaltung entgegenstehen.¹⁹ Das Maß der Gewichtung erhält hierbei für öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform ein eigenständiges Fundament.

Nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht konnte diesem Ausgleich zwischen Kontrolle und Geheimnisschutz neue Konturen verleihen.²⁰ Gegenstand einer Entscheidung vom 7. 11. 2017 war insofern ein parlamentarisches Auskunftsbegehren gegenüber der Bundesregierung im Hinblick auf Informationen über Gespräche der Deutschen Bahn AG – ein öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform in hundertprozentigem Staatseigentum²¹ – u. a. über Netzinvestitionen und dem Projekt „Stuttgart 21“. Die Bundesregierung hatte zu einigen Fragen die Beantwortung unter Hinweis auf die Verschwiegenheitspflichten nach §§ 116, 395 AktG verweigert. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Verweigerungsgründe in seiner Deutsche Bahn-Entscheidung nicht gelten lassen, sondern die Bundesregierung weitgehend zur Auskunft verpflichtet. Eine einfachgesetzliche Verschwiegenheitsregelung sei für sich genommen nicht geeignet, das verfassungsrechtliche Informationsrecht zu beschränken.²² Demgegenüber sei ggf. das „(fiskalische) Interesse des Staates am Schutz vertraulicher Informationen seiner (Beteiligungs-) Unternehmen (...) (als verfassungsrechtlicher) Staatswohlbelang“²³ ein geeigneter Verweigerungsgrund auf den sich die Bundesregierung stützen könne. In Bezugnahme auf diese Ausführungen attestierte zuletzt auch der Bundesgerichtshof im Rahmen des einfachen Regulierungsrechts „privatrechtlich organisierten Unternehmen, die sich ganz oder mehrheitlich in öffentlicher Hand befinden (...) ein auch verfassungsrechtlich anerkennenswertes öffentliches Interesse daran, dass deren Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse geschützt werden“²⁴, ohne freilich diesen Staatswohlbelang verfassungsrechtlich näher herzuleiten.

Die Aktualität²⁵ des Geheimnisschutzes im Geflecht der Informationsgesellschaft als auch die erforderliche Ausbuchstabierung der verfassungsrechtlichen

¹⁹ Vgl. zu diesem Befund bspw. für den Fall der parlamentarischen Kontrolle: *Helbach*, Der gestufte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 66.

²⁰ BVerfGE 147, 50.

²¹ *Bundesministerium der Finanzen*, Beteiligungsbericht des Bundes 2018, S. 114, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Bundesvermoegen/Privatisierungs_und_Beteiligungspolitik/Beteiligungspolitik/Beteiligungsberichte/beteiligungsbericht-des-bundes-2018.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (Stand: 20. 2. 2022).

²² BVerfGE 147, 50 (133–138).

²³ BVerfGE 147, 50 (156).

²⁴ BGH, EnWZ 2019, 172 (174).

²⁵ Vgl. aktuelle Rechtsprechung: BVerfGE 147, 50; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 19. 6. 2018 – C-15/16 (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht/Baumeister), NJW 2018, 2615; BVerfG, NVwZ 2017, 1175; BGH, NJW 2017, 3153.