

2. Teil: Schutz eines Individualrechtsguts

§ 5: Schutz des Vermögens (Teil 5)

IV. Strafbare Werbung (§ 16 UWG)

1. Allgemeines

§ 16 UWG wird neben anderen Strafnormen (z.B. § 298 StGB) zu den sog. Wettbewerbsdelikten gezählt. Diese Deliktsform ist dadurch gekennzeichnet, dass Verhaltensweisen unter Strafe gestellt sind, die Gefahren für einen fairen (lauteren) marktwirtschaftlichen Wettbewerb hervorrufen. Daneben gibt es aber auch Ordnungswidrigkeitentatbestände, die einen Schutz des Wettbewerbs bezwecken, etwa § 81 GWB (zur Abgrenzung Straftaten – OWis bereits KK 71 ff.). Allgemeines Ziel dieser Vorschriften ist es, den Wettbewerb als Innovationsmotor und Marktregulierungssystem von unlauterem Verhalten freizuhalten. Dennoch steht hinter den Strafnormen des UWG regelmäßig das Vermögen als Rechtsgut. So wird primär das Vermögen der Verbraucher oder der Geschäftsinhaber geschützt, weshalb eine Einordnung bei den vermögensschützenden Normen sinnvoll erscheint.

§ 16 UWG enthält zwei verschiedene Straftatbestände, nämlich die strafbare irreführende Werbung (§ 16 I UWG) sowie die strafbare progressive Kundenwerbung (§ 16 II UWG).

2. Geschütztes Rechtsgut

a) eine Ansicht: Orientierung an § 1 UWG

Denkbar ist zunächst, das Rechtsgut anhand der in § 1 UWG genannten Zwecksetzungen zu bestimmen. Danach bestehen mehrere Schutzobjekte:

- Schutz der Mitbewerber; Problem der Relevanz: tatsächliche Auswirkung unlauterer Werbung auf Konkurrenten ist kaum messbar.
- Schutz der Verbraucher
- Schutz sonstiger Marktteilnehmer
- Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb

b) h.M.: von § 1 UWG unabhängige Bestimmung des Rechtsguts

Überwiegend wird eine von § 1 UWG unabhängige Bestimmung des Rechtsguts präferiert. Dafür spricht, dass die Bestimmung des Schutzguts an den Wortlaut des jeweiligen Straftatbestandes anknüpfen sollte und nicht an allgemeine mit dem Gesetz verfolgte Zwecksetzungen (*Wittig* § 33 Rn. 5).

- Davon ausgehend wird der Schutzzweck des § 16 UWG wohl überwiegend im Schutz der Mitbewerber und der Dispositionsfreiheit der Verbraucher gesehen; der Schutz des Wettbewerbs sei bloßer Schutzreflex.

- Teilweise wird aber auch der alleinige Zweck des § 16 UWG im Schutz des Vermögens der Verbraucher vor vermögensschädigenden oder zweckverfehlten Vermögensverfügungen durch irreführende Werbung gesehen.

3. § 16 I UWG – strafbare irreführende Werbung

a) Überblick über den Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

- Angabe (Tatsachen, nicht reine Werturteile)
- unwahr, wenn objektiv falsch (auch unvollständig, wenn Anschein der Vollständigkeit)
- zur Irreführung geeignet
 - Adressatenkreis: Nach h.M. durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher, der der Werbung eine situationsadäquate Aufmerksamkeit entgegenbringt (Erbs/Kohlhaas/Diemer § 16 UWG Rn. 35 f.)
 - Gesamtwürdigung der Umstände erforderlich
 - nicht nötig: erfolgte Täuschung, Eignung genügt
 - nicht nötig: Schaden

- in öffentlicher Bekanntmachung bzw. in öffentlichen Mitteilungen für einen größeren Personenkreis, d.h. an jedermann/unbestimmte Zahl von Empfängern gerichtet.

bb) Subjektiver Tatbestand

- Eventualvorsatz und Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.
- Absicht meint nach h.M. *dolus directus* 1. Grades (aber str.).
- Aus dem Merkmal der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, ergibt sich nach der Rspr., dass das Gesetz einen wirtschaftlichen *Zusammenhang zwischen der (irreführenden) Werbeaussage und dem beworbenen Produkt* verlangt (BGHSt 52, 227, 236 = BGH NJW 2002, 3415, 3416). Dieser fehlt beispielsweise, wenn ein Zeitschriftenwerber nicht über die von ihm angebotenen Produkte, sondern durch Vortäuschen einer Behinderung über seine persönlichen Verhältnisse irreführt (Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Bornkamm*, UWG, § 16 Rn. 21).

b) Verhältnis zum Betrug

- Betrug wird in vielen Fällen zugleich erfüllt sein. Bei der Frage nach dem Konkurrenzverhältnis wirkt sich auch der Streit um das geschützte Rechtsgut aus: Sieht man als Schutzgut allein das Vermögen an, tritt § 16 I UWG konsequenterweise hinter § 263 StGB zurück. Anders ist dies, wenn man weitere

Schutzobjekte anerkennt (etwa Schutz des Wettbewerbs): In diesem Fall ist von Tateinheit auszugehen.

- § 16 I UWG erfordert jedoch gerade nicht den Eintritt eines Vermögensschadens und kann daher auch erfüllt sein, wenn die Voraussetzungen des § 263 StGB nicht vorliegen.
- Bei Täuschungen gegenüber *Einzelpersonen* kommt nur § 263 StGB in Betracht (zur Erinnerung: § 16 I UWG verlangt eine „öffentliche Bekanntmachung“ oder eine „Mitteilung, die für einen größeren Adressatenkreis bestimmt ist“).

c) § 16 I UWG – Beispielfall

aa) Sachverhalt

A betreibt in der Innenstadt von Freiburg ein (schlecht laufendes) Teppichgeschäft. Zur Werbung von Kunden stellt er einige Exemplare im Schaufenster aus, die er folgendermaßen bewirbt:

„Echter handgeknüpfter Perserteppich – wegen Umbauarbeiten jetzt stark reduziert“. An dem Teppich befindet sich eine Preisauszeichnung mit 900 € (diesen Betrag ist der Teppich auch tatsächlich wert). Deutlich erkennbar ist noch der angebliche ursprüngliche Preis von 5000 €, der mit einem roten Stift durchgestrichen wurde.

Den Preis von 5000 € hat A allerdings nie ernstlich verlangt.

Verleitet durch den unschlagbaren Preis, erwirbt K diesen Teppich. Strafbarkeit des A?

bb) Strafrechtliche Würdigung

§ 263 StGB – Betrug

A spiegelt dem K vor, dass für den Teppich ursprünglich tatsächlich ein Verkaufspreis von 5000 € vorgesehen war und täuscht ihn somit über eine Tatsache.

Bei K wird durch die Anpreisung auch ein diesbezüglicher Irrtum hervorgerufen.

Eine Vermögensverfügung liegt hier im Abschluss des Vertrages und der anschließenden Zahlung des Kaufpreises.

Ein Schaden liegt aber nicht vor, da eine Gegenüberstellung der Vermögensverhältnisse vor und nach der Verfügung keinen negativen Saldo ergibt (der Teppich ist sein Geld wert).

Ergebnis: A hat sich nicht gem. § 263 StGB strafbar gemacht.

§ 16 I UWG – Strafbare Werbung

Da der ursprüngliche Preis tatsächlich nie verlangt wurde, liegt eine objektiv unwahre Angabe vor.

Die Anpreisung war auch geeignet, einen verständigen Durchschnittsverbraucher (vgl. zu diesem Maßstab: *Tiedemann* Rn. 854 ff.) in die Irre zu führen, und somit „irreführend“ i.S.v. § 16 I UWG. Insbesondere muss ein aufmerksamer Verbraucher auch nicht davon ausgehen, dass der angebliche Ursprungspreis in Anbetracht

der sehr starken Preisreduzierung nie wirklich verlangt wurde. Nach der Lebenserfahrung kann es durchaus vorkommen, dass Einzelstücke aus Werbegründen zu extrem reduzierten Preisen angeboten werden.

Die Teppiche mit der Preisbezeichnung waren in dem Schaufenster eines Ladengeschäfts ausgestellt. Dies fällt jedenfalls unter die Variante „Mitteilung an einen größeren Personenkreis“ (dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Bornkamm*, UWG, § 16 Rn. 15 f.).

Bezüglich der Merkmale des obj. Tatbestandes handelte A zumindest mit Eventualvorsatz. Zudem wollte er zu Verkaufszwecken gerade den Anschein eines besonders günstigen Angebots erwecken. Er handelte also diesbezüglich mit dem erforderlichen *dolus directus* 1. Grades. Insbesondere liegt auch der wirtschaftliche *Zusammenhang zwischen der (irreführenden) Angabe und dem beworbenen Produkt* vor (vgl. dazu bereits oben KK 211 sowie Köhler/Bornkamm/Feddersen/*Bornkamm*, UWG, § 16 Rn. 21), denn A will gerade über den Preis des Produktes irreführen.

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

Ergebnis: Er hat sich somit gem. § 16 I UWG strafbar gemacht.

4. § 16 II UWG – progressive Kundenwerbung

a) Allgemeines

Bei progressiver Kundenwerbung ist das Kettenelement strafbarkeitsbegründender Faktor. Laien werden als Multiplikatoren in den Vertrieb eingespannt, bis der Markt irgendwann gesättigt ist und die Kunden am Ende der Kette auf ihren Waren sitzen bleiben, ohne Chance, die versprochenen besonderen Vorteile zu erhalten.

b) Überblick über den Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Täter nach § 16 II UWG ist derjenige, der die entsprechende Tathandlung unternimmt.

- Der Haupttäter setzt die Werbung in Gang und betreibt das System (Veranstalter).
- Personen hingegen, die Opfer der Werbung geworden sind, sind als notwendige Teilnehmer straflos.
- Problem der Reichweite des § 16 II UWG:
 - Werden sämtliche Angeworbenen, die als Nutznießer des Systems dieses selbst aktiv fördern und ihrerseits werben, damit zu Subunternehmern und (Mit-)Tätern?
 - Im Ergebnis muss die Strafbarkeit auf Nutznießer des Systems beschränkt werden, die über die notwendige Teilnahme hinaus tätig geworden sind.

(2) Tätigwerden im geschäftlichen Verkehr

- Dies ist jede selbstständige, wirtschaftliche Zwecke verfolgende Tätigkeit als Teilnahme am Geschäftsleben.
- Tätigkeit muss nicht erfolgreich sein (abstraktes Gefährdungsdelikt).
- Ausreichend ist der Versuch des Anwerbens (reines Unternehmensdelikt, KK 218).

(3) Anzuwerbende müssen Verbraucher i.S.v. § 13 BGB sein (§ 2 II UWG).

(4) durch das Versprechen besonderer Vorteile

- Vorteile sind sämtliche vermögenswerte Leistungen (Prämien, Provisionen, verbilligter Warenbezug oder ein Preisnachlass).
- Ausreichend ist, den Vorteil zu versprechen (die Zusage der künftigen Gewährung genügt); tatsächliche Zuwendungen sind nicht erforderlich.
- Die besonderen Vorteile stellen das Lockmittel dar, den Kunden in das Werbe- und Vertriebssystem einzuspannen.

(5) zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten veranlasst werden

- Psychische Beeinflussung des Abnehmers durch das Versprechen besonderer Vorteile dafür, dass er als Erstkunde Zweitkunden wirbt, die wiederum einen Bonus dafür erhalten, dass sie weitere Abnehmer anwerben.

(6) Kettenelement

- Weitere Voraussetzung ist, dass der Erstkunde des Veranstalters durch das Versprechen besonderer Vorteile im Fall der Werbung weiterer Kunden (Zweitkunden), die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer (Drittkunden) erlangen sollen, veranlasst wird.
- Nach der Art der Vertriebsform unterscheidet man – ohne dass dies Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung hätte – gewöhnlich **Pyramiden- und Schneeballsysteme**:
 - Beim **Pyramidensystem** schließen die vom Veranstalter geworbenen Erstkunden gleichlautende Verträge mit den Zweitkunden, die Zweitkunden mit den Drittkunden usw.
 - Beim **Schneeballsystem** schließt der Veranstalter selbst auch mit den Zweitkunden, Drittkunden usw. die Kaufverträge. Wendet man dies beispielhaft auf den nachfolgenden Sachverhalt (KK 218 f.) an, so käme dort also der Kaufvertrag über den Staubsauger z.B. zwischen einem Drittkunden und A zustande. Die Erstkunden, Zweitkunden (usw.) werden also nur als Vermittler für den Veranstalter tätig.

bb) Subjektiver Tatbestand

Dolus eventualis ist ausreichend.

cc) Unternehmensdelikt

Bei § 16 II UWG handelt es sich um ein Unternehmensdelikt („Wer es im geschäftlichen Verkehr unternimmt [...]“) im Sinne von § 11 I Nr. 6 StGB. Der Tatbestand des § 16 II UWG ist demnach bereits ab Versuchsbeginn verwirklicht.

c) Typische Konstellation

Beispielhaft ist die folgende Konstellation:

A verkauft mehreren Erstkunden Staubsauger (Wert: 40 €) zum Preis von 100 €. Er verspricht den Erstkunden, dass sie für **jeden geworbenen Zweitkunden eine Provision von 10 €** erhalten werden. Die gleiche Provision sollen dann auch die Zweitkunden für die **Werbung von Drittkunden** usw. erhalten.

Problem: Der Veranstalter (A) und die ersten Vertriebs Ebenen haben gute Verdienstmöglichkeiten:

- A verkauft die Staubsauger deutlich über Wert (Gewinnmarge jeweils 60 €).
- An den durch die Abnehmer neu geworbenen Kunden verdient A jeweils 50 € (von der genannten Gewinnmarge i.H.v. 60 € sind noch die von ihm zu zahlenden 10 € Provision abzuziehen).
- Die ersten Vertriebs Ebenen (zumindest Erstkunden, Zweitkunden) können – je nach Marketinggeschick – gut an den Provisionen für die geworbenen Neukunden verdienen.

aber: Relativ schnell ist der Markt für die entsprechenden Staubsauger gesättigt. Die unteren Vertriebs Ebenen haben einen überbewerteten Staubsauger und können den Anschaffungspreis nicht durch Provisionen amortisieren.

Um dies zu verdeutlichen:

Im Beispielsfall muss jeder geworbene Kunde sechs weitere Kunden anwerben, um seinen Schaden auszugleichen. Er erleidet nämlich durch den Kauf des Staubsaugers einen Verlust von 60 € (Kaufpreis minus Wert) und erhält pro Kundenwerbung eine Provision i.H.v. 10 €.

Unterstellt man beispielsweise, der geschäftstüchtige **A habe 1.000 Erstkunden** geworben,

- dann müsste jeder Erstkunde zum Schadensausgleich jeweils 6 Zweitkunden anwerben (erfordert insgesamt 6.000 Zweitkunden).
- Jeder der 6.000 Zweitkunden muss seinerseits 6 Drittkunden anwerben (dies erfordert 36.000 Drittkunden).
- Die 36.000 Drittkunden benötigen zum Schadensausgleich 216.000 Viertkunden, die Viertkunden 1.296.000 Fünftkunden, die Fünftkunden 7.776.000 Sechstkunden und die Sechstkunden benötigen 46.656.000 Siebtkunden, etc.

Erschwerend kommt hinzu, dass ggf. relativ schnell eine **Marktsättigung** eintritt. Während es also u.U. relativ leicht ist, die ersten 3.000 Kunden zu werben, finden sich ab dann möglicherweise kaum noch Kaufinteressenten.

V. Verletzung von Geschäftsgeheimnissen (§ 23 GeschGehG)

1. Historische Entwicklung

Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen war bislang in den §§ 17–19 UWG geregelt. Der Erlass der RL (EU) 2016/943 machte eine Neuregelung erforderlich. Im Zuge dessen entschied sich der Gesetzgeber, ein eigenes Gesetz zu dem Thema schaffen, um vor allem detailliertere zivilrechtliche Regelungen zu treffen. In der Folge trat Ende April 2019 das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) in Kraft.

2. Systematik

Der Aufbau des GeschGehG ist typisch für das Nebenstrafrecht: Zu Anfang werden einige Begriffe definiert (§ 2), gefolgt von Aufzählungen erlaubter (§ 3) und verbotener (§ 4) Handlungen. Hinsichtlich der verbotenen Handlungen sind in § 5 Ausnahmen vorgesehen, die Handlungen sind dann also doch wiederum erlaubt. Der Großteil des Gesetzes widmet sich zivilrechtlichen Ansprüchen (§§ 6–14) sowie diese flankierende verfahrensrechtlichen Regelungen (§§ 15–22). Die Strafvorschrift findet sich in § 23. Sie verweist zur genaueren Bestimmung der strafbewehrten Tathandlungen auf einzelne Verbotsnormen des § 4. Der Tatbestand ist daher sog. Blankettstrafrecht (Näheres dazu in § 9 der Vorlesung).

3. Rechtsgut

Rechtsgut ist (unverändert ggü. §§ 17 ff. UWG) das Vermögen der Unternehmen in einer extensiven Interpretation. Dabei erfolgt der Vermögensschutz weitergehender als bei den klassischen Vermögensschutzdelikten. Die Vermögensrelevanz des Geheimnisses muss sich noch nicht manifestiert haben. Schutzobjekt ist in allen Varianten des § 23 GeschGehG das Interesse des Betriebsinhabers an der Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse. Darüber hinaus soll im Interesse der Allgemeinheit der laudable Wettbewerb als Institution vor Verfälschungen bewahrt werden (zw.).

4. Tatobjekt: Geschäftsgeheimnis

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist in § 2 Nr. 1 GeschGehG definiert. Erfasst sind grds. alle kaufmännischen Informationen als auch technisches Know-how, also z.B. Kundenlisten, Kalkulationen, Verfahrensarten, Rezepturen. Folgende Kriterien sind zentral:

- weder allgemein bekannt noch ohne Weiteres zugänglich,
- daher wirtschaftlich wertvoll, P: sitten- oder gesetzwidrige Umstände (vgl. dazu den Beispielsfall unten auf KK 228 ff.),
- angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen wurden getroffen
- berechtigtes Geheimhaltungsinteresse, auch hier P: sitten- oder gesetzwidrige Umstände

Das Merkmal des wirtschaftlichen Wertes ist weit auszulegen, schon ein potenzieller Wert genügt (*Ohly* GRUR 2019, 441, 443). Er liegt vor, wenn die Erlangung oder Verwertung das wissenschaftliche oder technische Potenzial des Inhabers, seine geschäftlichen oder finanziellen Interessen, seine strategische Position oder seine Wettbewerbsfähigkeit negativ beeinflusst (BT-Drs. 19/4724, 24).

Weiterer Ausführungen bedarf vor allem die Frage, welche Geheimhaltungsmaßnahmen angemessen sind. Wie die Formulierung *angemessen* andeutet, sind die zu treffenden Maßnahmen von der Art des Geschäftsgeheimnisses und den Umständen des Einzelfalls abhängig. Insofern besteht also ein variabler Maßstab; optimale Maßnahmen sind aber jedenfalls nicht erforderlich (*Maaßen* GRUR 2019, 352, 353 f.). Zu berücksichtigen sind Kriterien wie der Wert des Geheimnisses, seine Bedeutung für das Unternehmen, die Größe des Unternehmens und die üblicherweise ergriffenen Maßnahmen zum Schutz des Geheimnisses. Möglich sind physische Vorkehrungen oder vertragliche Absicherungen. Demnach kommt z.B. in Betracht: Zugangsbeschränkungen zu einzelnen Räumen des Unternehmens; Sicherung der intern gespeicherten Daten durch Passwörter, Verschlüsselung o.Ä.; Verschwiegenheitserklärungen für Mitarbeiter (ausführlich zu möglichen Maßnahmen *Voigt/Herrmann/Grabenschroer* BB 2019, 142, 144 ff.).

5. Einzelne Tatbestände

a) § 23 I Nr. 1 GeschGehG

aa) Tauglicher Täter

Tauglicher Täter ist jedermann, die Vorschrift ist kein Sonderdelikt.

bb) Tathandlung

Der Täter muss das Geschäftsgeheimnis durch eine nach § 4 I Nr. 1 GeschGehG verbotene Handlung erlangen. Nach § 4 I Nr. 1 GeschGehG darf ein Geheimnis nicht durch unbefugten Zugang, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren erlangt werden. Dabei ist es gleichgültig, ob das Geheimnis selbst erlangt wird oder nur Informationen bzw. Gegenstände, aus denen sich das Geheimnis ableiten lässt.

Erlangen meint den Erwerb der Verfügungsgewalt über das Geheimnis oder das Schaffen einer bleibenden Möglichkeit der Kenntnisnahme. Heimlichkeit ist keine Voraussetzung. Die Erlangung muss aber *unbefugt* erfolgen. Das ist z.B. nicht der Fall, wenn der Handelnde bei dem Unternehmen angestellt ist und daher rechtmäßig mit dem Geheimnis in Kontakt kommt (BT-Drs. 19/4724, 27). Die Befugnis beurteilt sich damit in der Regel nach vertraglichen Regelungen (*Ohly* GRUR 2019, 441, 446).

Mitdenken muss man in der strafrechtlichen Prüfung stets die §§ 3 und 5 GeschGehG. Ist danach eine Handlung erlaubt, fällt sie nicht unter ein Verbot des § 4 GeschGehG und scheidet demnach auch § 23 GeschGehG

aus. So ist nach § 3 I Nr. 2 GeschGehG etwa das sog. „Reverse Engineering“ erlaubt. Dabei werden frei erhältliche Produkte zurückgebaut, um deren Funktionsweise zu analysieren. Ein solcher Vorgang ist also keine unbefugte Aneignung nach § 4 I Nr. 1 GeschGehG.

cc) **Subjektiver Tatbestand**

Tatbestandsvorsatz und zusätzlich eines der folgenden Absichtsmerkmale:

- Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs,
- Eigennutz, d.h. wer zielgerichtet einen Vorteil erstrebt,
- zugunsten eines Dritten, d.h. in dessen Interesse, oder
- Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen.

b) **§ 23 I Nr. 2 GeschGehG**

aa) **Tauglicher Täter**

Tauglicher Täter ist (wie bei Nr. 1) jedermann, die Vorschrift ist kein Sonderdelikt.

bb) Tathandlung

Diese Tatvariante schließt an die Nr. 1 an und pönalisiert die Verwertung eines nach § 4 I Nr. 1 GeschGehG in illegaler Weise erlangten Geheimnisses (regelmäßig wurde dann bereits der Tatbestand des § 23 I Nr. 1 GeschGehG erfüllt). Der Täter muss das Geheimnis entgegen § 4 II Nr. 1 a) GeschGehG nutzen oder offenlegen. Nutzen ist jedes Verwenden des Geheimnisses zu einem bestimmten, nicht unbedingt wirtschaftlichen Zweck. Offenlegen meint die Eröffnung des Geheimnisses an Dritte oder an die Öffentlichkeit (BT-Drs. 19/4724, 27; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, Vor §§ 17–19 Rn. 28).

Hat der Täter das Geheimnis, das er verwertet, nicht durch eine eigene, sondern durch die strafbare Handlung eines anderen erlangt, scheidet der Tatbestand aus. Dann kommt aber § 23 II GeschGehG in Betracht (KK 227).

cc) Subjektiver Tatbestand

Tatbestandsvorsatz und zusätzlich eines der Absichtsmerkmale wie bei Nr. 1.

c) § 23 I Nr. 3 GeschGehG

aa) Tauglicher Täter

Im Gegensatz zu den ersten beiden Tatvarianten ist § 23 I Nr. 3 GeschGehG ein echtes Sonderdelikt. Taugliche Täter sind bei einem Unternehmen beschäftigte Personen, unabhängig von der Art ihrer Tätigkeit. Das Merkmal wird weit ausgelegt, um einen umfassenden Geheimnisschutz zu erreichen. Erfasst sind also auch Vorstandsmitglieder, Aufsichtsratsvorsitzende oder Geschäftsführer, nicht aber Gesellschafter und Aktionäre.

Keine bei einem Unternehmen beschäftigten Personen sind Personen, die weisungsgebunden und freiberuflich tätig werden, z.B. Steuerberater, Vertragshändler, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte.

bb) Anvertraut oder zugänglich geworden im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses

Anvertraut worden ist ein Geheimnis, wenn es dem Beschäftigten unter ausdrücklichem oder konkludentem Hinweis auf die Geheimhaltungspflicht zur Kenntnisnahme mitgeteilt wurde. Zugänglich geworden ist alles, was irgendwie bekannt wurde, auch unbefugt (z.B. durch Bestechung eines Kollegen, Suchen im Mülleimer). Das Beschäftigungsverhältnis muss funktional ursächlich für die Kenntniserlangung sein. Insoweit genügt eine Mitursächlichkeit. § 23 I Nr. 3 GeschGehG ist daher ausgeschlossen, soweit der Beschäftigte das Geheimnis schon vorher kannte oder es unabhängig von seinem Beschäftigungsverhältnis in Erfahrung brachte.

cc) Tathandlung

Der Täter muss das Geschäftsgeheimnis entgegen einer anderslautenden Verpflichtung (= Verstoß gegen § 4 II Nr. 3 GeschGehG) offenlegen. Offenlegen meint die Eröffnung des Geheimnisses an Dritte oder an die Öffentlichkeit (s.o.). Arbeitnehmer sind – auch ohne ausdrückliche Festlegung – vertraglich stets zur Vertraulichkeit verpflichtet (*Ohly* GRUR 2019, 441, 444), das Offenlegen wird daher regelmäßig einen Verstoß gegen eine anderslautende Verpflichtung bedeuten.

Ein Offenlegen durch Unterlassen ist nach h.M. nur bei Vermeidspflicht erfasst, z.B. bei höheren Angestellten.

Die Tat ist vollendet mit der Mitteilung an einen Dritten. Dies setzt nicht positive Kenntnisnahme durch den Empfänger voraus, vielmehr genügt Zugang i.S.d. § 130 I BGB.

dd) Tatzeitraum

Das Offenlegen muss während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses geschehen. Maßgeblich ist die rechtliche, nicht die tatsächliche Dauer des Beschäftigungsverhältnisses.

Nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses kommt für ehemalige Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder weiterhin eine Strafbarkeit gem. § 404 AktG in Betracht, die dann jedoch regelmäßig geringer ausfällt.

ee) Subjektiver Tatbestand

Tatbestandsvorsatz und zusätzlich eines der Absichtsmerkmale wie bei Nr. 1.

d) § 23 II GeschGehG

§ 23 II GeschGehG ergänzt den Schutz vor rechtswidriger Verwertung eines illegal erlangten Geheimnisses. Im Unterschied zu Abs. 1 Nr. 2 hat der Täter das Geschäftsgeheimnis, das er nun verwertet, aber durch eine *fremde* nach § 23 I Nr. 2 oder 3 GeschGehG strafbare Handlung erlangt. Täterkreis und Tathandlungen entsprechen denen des § 23 I Nr. 2 GeschGehG (s. KK 224 f.).

6. Rechtswidrigkeit

Für alle Varianten den § 23 GeschGehG kommen grds. folgende Rechtfertigungsmöglichkeiten in Betracht:

- (mutmaßliche) Einwilligung des Betriebsinhabers, auch tatbestandlich relevant

- öffentlich-rechtliche Offenbarungspflicht, insbesondere Anzeigepflicht nach § 138 StGB, Aussagepflicht als Zeuge oder Sachverständiger im Strafprozess
- rechtfertigender Notstand nach § 34 StGB.

7. § 23 I Nr. 3 GeschGehG – Beispielsfall

a) Sachverhalt

A und B arbeiten in der gleichen Abteilung einer kleineren Aktiengesellschaft (S-AG), die auf die Konstruktion technischer Anlagen spezialisiert ist. A hat eine (unterstellt wirksame) Erklärung unterzeichnet, wonach er in Bezug auf alle das Unternehmen betreffenden Angelegenheiten zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.

Da der bisherige Abteilungsleiter demnächst in Rente geht, wetteifern A und B um die Besetzung dieser Stelle. A stößt auf dem passwortgeschützten Laufwerk der Abteilung, auf das er Zugriff hat, zufällig auf Unterlagen, aus denen sich ergibt, dass B einem Geschäftspartner zur Akquise eines Großauftrages die Zahlung eines Bestechungsgeldes angeboten hat (§ 299 II Nr. 1 StGB). Eine Entscheidung über die Auftragsvergabe steht allerdings noch aus. A meldet dies anonym an die Staatsanwaltschaft, da er sich auf diese Weise einen Vorteil im „Rennen“ um die künftige Position des Abteilungsleiters verspricht. Die Staatsanwaltschaft leitet daraufhin ein Ermittlungsverfahren gegen B ein.

Strafbarkeit des A gem. § 23 I Nr. 3 GeschGehG?

b) Lösung – Teil 1

Strafbarkeit des A gem. § 23 I Nr. 3 GeschGehG

Tatbestandsmäßigkeit:

(1) A schuldete zum Zeitpunkt der Anzeigeerstattung dem Unternehmen seine Arbeitskraft (vgl. dazu *Wittig* § 33 Rn. 33) und ist daher tauglicher Täter des § 23 I Nr. 3 GeschGehG (= im Unternehmen beschäftigt).

(2) Fraglich ist, ob es sich bei dem Umstand, dass B den Tatbestand des § 299 II Nr. 1 StGB verwirklicht hat (genaugenommen: bei den dieser Deliktsverwirklichung zugrundeliegenden *Tatsachen*), um ein **Geschäftsgeheimnis** i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG handelt:

Die Bestechung des Geschäftspartners war *weder allgemein bekannt noch ohne Weiteres zugänglich*. Die S-AG müsste *angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen* getroffen haben. Angesichts dessen, dass die S-AG nur ein kleineres Unternehmen ist, sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. A war vertraglich wirksam zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Unterlagen befanden sich zudem auf einem passwortgeschützten Laufwerk. Die getroffenen Geheimhaltungsmaßnahmen sind daher angemessen.

Problematisch ist indes, ob die Information von *wirtschaftlichem Wert* ist (§ 2 Nr. 1 a) GeschGehG). Dieses Merkmal ist weit auszulegen, ein potenzieller Wert genügt (KK 222). Sind aber auch rechtswidrige Informationen wertvoll? Zum Teil wird hier differenziert: Produktiv einsetzbares Know-how könne, auch wenn es rechtswidrig sei, einen wirtschaftlichen Wert haben (z.B. „Verschleierungssoftware“ für Dieselautos). Rechtsverstöße, die das Unternehmen bei ihrer Offenlegung zwar schädigen könnten (etwa durch Geldbußen oder Absatzrückgang infolge eines Imageverlustes), die aber nicht produktiv eingesetzt würden, seien dagegen

nicht wirtschaftlich wertvoll (*Kalbfus* GRUR 2016, 1009, 1011; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, Vor §§ 17–19 Rn. 16). Allerdings schützt § 23 GeschGehG das Vermögen in einer extensiven Interpretation (KK 221). Für die Annahme eines wirtschaftlichen Wertes soll es dementsprechend bereits ausreichen, dass die Offenlegung des Geheimnisses die geschäftlichen Interessen des Geheimnisinhabers negativ beeinflusst (BT-Drs. 19/4724, 24). Würde die Bestechung durch B publik, könnte dies die S-AG in ihrem Ansehen erheblich negativ beeinflussen und dadurch schädigen. Vor dem Hintergrund dieser weiten Auslegung, könnte also praktisch jeder rechtswidrigen Information ein Vermögenswert zugesprochen werden. Für eine solche Sichtweise spricht auch die Existenz des § 5 Nr. 2 GeschGehG. Dieser erlaubt die Offenlegung eines Geheimnisses zur Aufdeckung rechtswidriger Handlungen; er geht also davon aus, dass rechtswidrige Handlungen unter den Geheimnisbegriff fallen (*Ohly* GRUR 2019, 441, 443; *Ullrich* NZWiSt 2019, 65, 66).

Gleichwohl bestehen hiergegen Bedenken, sofern man dem Tatbestand einen normativ-ökonomischen Vermögensbegriff zugrunde legt. Danach wird Vermögen als Herrschaftsform interpretiert, die normativ durch die rechtlichen Durchsetzungspotenziale der Zivilrechtsordnung gekennzeichnet ist (*MüKo/Hefendehl* § 263 Rn. 405 ff.; *Spindler/Stilz/Hefendehl* § 404 AktG Rn. 28). Die Offenbarung strafbarer Handlungen erfolgt aber grundsätzlich von Amts wegen. Ein Unternehmen kann dies (außer im Falle eines absoluten Antragsdelikts) nicht unterbinden, es hat hier also keine Durchsetzungspotenziale. Demnach könnte der Kenntnis um eine strafbare Handlung von vornherein kein Vermögenswert zukommen (*Spindler/Stilz/Hefendehl* § 404 AktG Rn. 29 ff.).

Bejaht man aber einen wirtschaftlichen Wert, ist weiter zu prüfen, ob auch ein *berechtigtes Geheimhaltungsinteresse* besteht (vertiefend zum berechtigten Geheimhaltungsinteresse *Beckemper/Müller* ZJS 2010, 105,

109 [auf § 17 UWG a.F. bezogen]). Man könnte anführen, das Merkmal „berechtigtes“ müsse im Sinne der Einheit der Rechtsordnung auslegt werden und erfasse daher keine illegalen Vorgänge (dazu *Hauck GRUR-Prax 2019, 223, 224*). Unternehmen könnte von vornherein kein Interesse an der Geheimhaltung strafrechtlich relevanter Vorgänge zuzugestehen sein. Umgekehrt verlange das Interesse an einem lauterem Wettbewerb die Ausklammerung rechtswidriger Tatsachen aus dem Anwendungsbereich der Norm.

Allerdings vermag dies nicht zu überzeugen. Der Geheimnisbegriff ist auch im Lichte des von § 23 GeschGehG geschützten Rechtsguts auszulegen. Insofern kann sich auch das Bekanntwerden rechtswidriger Vorgänge nachteilig auf das Vermögen der S-AG auswirken. Im Übrigen schützen auch andere Geheimnisschutzvorschriften nach ganz überwiegender Meinung sog. illegale Geheimnisse, etwa § 203 StGB (Rotsch/*Lindemann*, Criminal Compliance, § 15 Rn. 35). Ferner setzt § 5 Nr. 2 GeschGehG, wie eben bereits erwähnt, voraus, dass auch illegale Vorgänge Geheimnisse sein können, die Vorschrift liefe ansonsten zum Großteil leer. Sofern dem Merkmal „berechtigt“ eine Einschränkung auf legale Geheimnisse entnommen wird, ist außerdem die Vereinbarkeit dieses Merkmals mit der zugrundeliegenden europäischen Richtlinie zu bezweifeln. Die Richtlinie kennt das Kriterium des berechtigten Geheimhaltungsinteresses nämlich gar nicht (*Ohly GRUR 2019, 441, 444 f.*). Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht somit.

Die Handlung des B ist also ein Geheimnis i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG.

(3) Das Geheimnis ist A auch im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses *zugänglich geworden*; hierfür genügt bereits, dass der Beschäftigte das Betriebsgeheimnis *irgendwie* aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses erfahren hat (*Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, § 17 Rn. 17*).

(4) Weiterhin hat A, obwohl er zur Verschwiegenheit verpflichtet war, den Umstand der Deliktsverwirklichung durch B der Staatsanwaltschaft, also einem Dritten, bekannt gegeben (= *offengelegt*). Damit hat er den Verbotstatbestand des § 4 II Nr. 3 GeschGehG erfüllt. Dies geschah, wie § 23 I Nr. 3 GeschGehG fordert, *während der Geltungsdauer* des Beschäftigungsverhältnisses.

(5) Damit scheint der Tatbestand des § 23 I Nr. 3 GeschGehG erfüllt. Allerdings könnte die Tatbestandsausnahme des § 5 Nr. 2 GeschGehG eingreifen. Dazu nun zunächst eine allgemeine Einführung in die Problematik.

8. Die rechtliche Beurteilung des Whistleblowing

a) Einführung

Die Meldung unternehmensinterner Missstände an Außenstehende wird unter dem Stichwort *externes Whistleblowing* diskutiert (vgl. dazu bereits KK 43 ff.). Bislang gab es dazu keine explizite Regelung. Nur vereinzelt existierten Vorschriften, die bestimmte Anzeigen an Externe erlauben. Bspw. dürfen sich Beschäftigte gem. § 17 II ArbSchG an Behörden wenden, wenn der Arbeitgeber trotz darauf gerichteter Beschwerde keine ausreichende Sicherheit und keinen ausreichenden Gesundheitsschutz bei der Arbeit gewährleistet. Mit Einführung des § 5 Nr. 2 GeschGehG besteht nun erstmals eine allgemeine Regelung zur Aufdeckung rechtswidriger Handlungen. Bevor diese genauer ausgeführt wird, soll aber zunächst ein Überblick über die rechtliche Beurteilung des Whistleblowing gegeben werden. Dabei müssen verschiedene Ebenen unterschieden werden: Neben einer möglichen Strafbarkeit drohen einem Arbeitnehmer nämlich auch arbeitsrechtliche Konsequenzen.

b) Die strafrechtliche Ebene

Wie im Beispielsfall gesehen, kann die Weitergabe von Unternehmensgeheimnissen an externe Stellen den Tatbestand des § 23 I Nr. 3 GeschGehG erfüllen. Daneben kommen aber auch andere Tatbestände in Betracht, etwa die §§ 203, 204 StGB (*Lutterbach*, Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings, 2010, S. 83 f.). Ob Whistleblowing dennoch straflos sein kann, wurde bislang überwiegend als Frage der Rechtfertigung nach § 34 StGB diskutiert. Probleme bereitet in diesem Zusammenhang vor allem die dort bei der Notstandshandlung vorzunehmende Interessensabwägung. Ein Vergleich der Strafraumen ist oft nicht weiterführend, da etwa § 299 StGB und § 23 I Nr. 3 GeschGehG das gleiche Maß an Freiheitsstrafe androhen. Argumentiert werden konnte aber damit, das bloße repressive Interesse an einer Strafverfolgung vermöge den Geheimnisverrat nicht zu rechtfertigen, es sei denn, andauernde bzw. bevorstehende Wettbewerbsbeeinträchtigungen sollten verhindert werden (*Koch* ZIS 2008, 500, 503). Die Einzelheiten waren freilich sehr umstritten, die Frage der Rechtfertigung hing „am seidenen Faden schwer absehbarer Abwägungsergebnisse“ (*Ullrich* NZWiSt 2019, 65, 68).

c) Die arbeitsrechtliche Ebene

Die arbeitsrechtliche Seite des Whistleblowing soll hier nur in den Grundzügen wiedergegeben werden: Einen Arbeitnehmer trifft die aus seinem Arbeitsvertrag nach § 241 II BGB folgende Pflicht, auf die Interessen seines Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen (*Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2019, Rn. 224). Grundsätzlich ist er daher dazu verpflichtet, über Unternehmensgeheimnisse Stillschweigen zu bewahren. Verletzt er diese Pflicht, droht ihm eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 II 1 KSchG; in Ausnahmefällen – wenn die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt – kann sogar eine

fristlose Kündigung nach § 626 BGB in Betracht kommen (dazu *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2019, Rn. 368 ff., 401 ff.).

Auf der anderen Seite hat der Arbeitnehmer aber auch das Recht, auf illegale Vorgänge aufmerksam zu machen. Das Stellen einer Strafanzeige ist eine von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Möglichkeit zur Rechtsverfolgung und wird für den Einzelnen durch Art. 2 I i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG geschützt (BAG NZA 2004, 427, 429). Verschiedentlich wird auch die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 I GG herangezogen (BAG NZA 2017, 703, 704).

Diese gegenläufigen Positionen – die Rücksichtnahmepflicht und das Recht auf Anzeigenerstattung – müssen im konkreten Einzelfall abgewogen werden. Im Ergebnis ist also die Verhältnismäßigkeit der Kündigung zu prüfen. Dabei haben sich in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung einige Grundsätze herausgebildet: Zum einen sind die Motive zu berücksichtigen, die den Arbeitnehmer zum Whistleblowing veranlasst haben. Will er etwa nur dem Arbeitgeber schaden, fällt das negativ ins Gewicht (BAG NZA 2004, 427, 430). Zum anderen muss der Arbeitnehmer, sofern ihm dies nicht unzumutbar ist, sich zunächst an interne Stellen wenden, bevor er ein Unternehmensgeheimnis an externe Stellen weitergeben darf (BAG NZA 2017, 703, 704). Diesen grundsätzlichen Vorrang eines unternehmensinternen Abhilfeversuchs statuiert auch der EGMR. Außerdem verlangt er das Bestehen eines öffentlichen Interesses an der Information, die weitergegeben wurde (EMGR NJW 2011, 3501, 3503).

d) Die Tatbestandsausnahme des § 5 GeschGehG

Mit § 5 GeschGehG ist das externe Whistleblowing nun erstmals explizit geregelt. Die Vorschrift sieht Ausnahmen zu den Verboten des § 4 GeschGehG vor, wenn der Täter zum Schutz eines berechtigten Interesses handelt. Darunter fällt jedes von der Rechtsordnung gebilligte Interesse (BT-Drs. 19/4724, 28). In den aufgezählten drei Nummern werden die berechtigten Interessen konkretisiert: Während Nr. 1 der Meinungsfreiheit und damit vor allem dem Schutz investigativer Journalisten und Nr. 3 dem Schutz von Arbeitnehmervertretungen dient, hatte der Gesetzgeber bei Nr. 2 die Erfassung des Whistleblowing vor Augen. Danach ist die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses nicht verboten, wenn sie zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens geschieht und geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist die entsprechende Handlung zivil- und strafrechtlich erlaubt. Die Tatbestandsausnahme hat damit sowohl Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche als auch auf die strafrechtliche Beurteilung.

aa) Ausgestaltung als Tatbestandsausnahme

Zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens war § 5 GeschGehG als Rechtfertigungsgrund konzipiert. Im weiteren Verlauf kamen dem Gesetzgeber aber Bedenken, schon die Erfüllung des Verbotstatbestandes des § 4 GeschGehG könne einen abschreckenden Effekt auf die Arbeit von Journalisten haben (BT-Drs. 19/8300, 14). Daher wurde der Rechtfertigungsgrund in eine Tatbestandsausnahme umgestaltet, was für die Beurteilung der Rechtslage freilich keine weitergehenden Vorteile mit sich bringt. Die Diskussion erinnert an die bei § 223 StGB geführte Debatte, ob lege artis geführte ärztliche Eingriffe bereits aus dem Tatbestand ausgenommen werden sollten (s. NK/Paeffgen/Zabel § 228 Rn. 56 ff.).

bb) Tatbestandliche Voraussetzungen

§ 5 Nr. 2 GeschGeh hat sehr offen gefasste Voraussetzungen. Noch verhältnismäßig einfach zu handhaben sind die Merkmale *rechtswidrige Handlung* und *berufliches Fehlverhalten*. Eine rechtswidrige Handlung ist jede Handlung, die gegen die Rechtsordnung verstößt. Ein berufliches Fehlverhalten meint einen Verstoß gegen berufsständische Normen (BT-Drs. 19/4724, 29). Problematisch ist dagegen die Auslegung des Merkmals des *sonstigen Fehlverhaltens*. Erfasst werden soll damit jedes unethische Verhalten, das nicht unbedingt rechtswidrig sein muss. Bspw. könnte die Produktion im Ausland durch (in diesem Land erlaubte) Kinderarbeit darunter fallen (BT-Drs. 19/4724). Allerdings eröffnet das Abstellen auf ethische Maßstäbe weite Spielräume, die praktisch keine sicheren Aussagen erlauben. Denn unklar ist bereits, nach wessen Ansicht diese ethischen Maßstäbe bestimmt werden sollen (Ullrich NZWiSt 2019, 65, 69). Ob es hier tatsächlich ein allgemeines, objektivierbares Rechtsverständnis als Beurteilungsgrundlage gibt, wie der Gesetzgeber meint (BT-Drs. 19/8300, 14), erscheint fraglich.

Auch der Begriff des *allgemeinen öffentlichen Interesses* ist sehr weit und kann kaum zuverlässig gedeutet werden. Damit dem öffentlichen Interesse gedient wird, ist wohl zumindest eine rechtswidrige Handlung bzw. ein Fehlverhalten von einigem Ausmaß und Gewicht erforderlich (BT-Drs. 19/8300, 14).

cc) Rechtsfolge

In § 5 GeschGehG ist kein abgestuftes System zur Aufdeckung des Geheimnisses vorgesehen. Nach dem Wortlaut darf der Hinweisgeber ohne Zwischenschritte sofort die Öffentlichkeit informieren. Dies geht über die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hinaus, die grundsätzlich zunächst einen internen Abhilfeversuch verlangt (KK 234). Auch der Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission zum Schutz von Personen, die Verstöße

gegen das Unionsrecht melden, sieht ein abgestuftes System vor (KK 44). Dass ein solches in der Richtlinie, auf die das GeschGehG zurückgeht (KK 220), nicht vorgesehen ist, ist also widersprüchlich.

Vor dem Hintergrund der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung wird zum Teil vorgeschlagen, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie bislang bei Beurteilung der Kündigung erfolgte, in § 5 GeschGehG zu integrieren (*Ohly GRUR 2019, 441, 448 f.*). Das hätte zur Folge, dass der Arbeitnehmer den Verstoß regelmäßig erst an eine interne Stelle melden müsste. Der Gesetzgeber hält eine Abwägung im Einzelfall i.R.d. Merkmals der berechtigten Interessen für möglich (BT-Drs. 19/4724, 28). Außerdem hat er in § 1 III Nr. 4 GeschGehG bestimmt, dass Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vom GeschGehG unberührt bleiben. Auf arbeitsrechtlicher Ebene muss der Arbeitnehmer daher wohl im Ergebnis weiterhin zunächst einen internen Abhilferversuch vornehmen (*Dann/Markgraf NJW 2019, 1774, 1777*). Im Strafrecht erscheint die Integrierung einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung dagegen mit Blick auf Art. 103 II GG bedenklich: Denn § 5 Nr. 2 GeschGehG konkretisiert die berechtigten Interessen und statuiert ausdrücklich nur die Voraussetzung „geeignet“.

dd) Bewertung

Die Regelung zum Whistleblowing erweitert ihrem Wortlaut nach den Schutz von Hinweisgebern deutlich. Ihnen ist es erlaubt, sich bei rechtswidrigem, aber auch sonstigem, nicht notwendig rechtswidrigem Verhalten an die Öffentlichkeit zu wenden.

Hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Konsequenzen muss wohl weiterhin eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung integriert werden, sodass der Arbeitnehmer sich regelmäßig zunächst an eine interne Stelle wenden muss. Sind aber die Voraussetzungen des § 5 Nr. 2 GeschGehG erfüllt, liegt keine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers vor und entfällt damit der Anknüpfungspunkt für eine Kündigung.

Hinsichtlich der strafrechtlichen Konsequenzen ist zu konstatieren, dass sich die Diskussion um die Strafbarkeit des Whistleblowing auf die Tatbestandsebene verlagert hat. Bedeutsam ist dabei der Verzicht auf eine Interessensabwägung, wie sie bislang bei § 34 StGB vorgenommen werden musste. Ein vorrangiger interner Abhilfeversuch ist nicht zu fordern.

Ob § 5 Nr. 2 GeschGehG aber insofern mehr Rechtssicherheit bieten kann, ist nicht gesagt. Wie gesehen enthält die Regelung nämlich viele offen gefasste Merkmale, insbesondere das des sonstigen Fehlverhaltens. Ein Arbeitnehmer, der auf ein solches Fehlverhalten aufmerksam machen möchte, kann die Rechtmäßigkeit seines Handelns kaum sicher beurteilen. Das könnte ihn letztlich von der Geheimnisoffenbarung abschrecken (Ullrich NZWiSt 2019, 65, 69). Das Ziel, einen besseren Schutz von Whistleblowern zu erreichen, wird damit gefährdet.

9. Lösung des Beispielfalls (KK 228) – Teil 2

Im obigen Beispielfall hat A (sofern man den Vermögenswert des Geheimnisses bejaht) die Tatbestandsmerkmale des § 23 I Nr. 3 GeschGehG verwirklicht. Es könnte aber die Tatbestandsausnahme des § 5 Nr. 2 GeschGehG eingreifen. Das hätte zur Folge, dass das Offenlegen doch nicht unter das Verbot des § 4 GeschGehG und damit auch nicht unter den Tatbestand des § 23 I Nr. 3 GeschGehG fallen würde.

Durch die anonyme Anzeige hat A die Staatsanwaltschaft auf eine von B verwirklichte Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 II Nr. 1 StGB) aufmerksam gemacht. Die Offenlegung erfolgte also *zur Aufdeckung einer*

rechtswidrigen Handlung. Die von § 299 StGB geschützten Rechtsgüter (Vertrauen in die Lauterkeit des Wettbewerbs; Schutz der Vermögensinteressen der Mitbewerber) berühren das *allgemeine öffentliche Interesse* als Konkretisierung der *berechtigten Interessen* i.S.d. § 5 GeschGehG. Die Offenlegung müsste zu deren Schutz *geeignet* gewesen sein. Zweifelhaft könnte dies deshalb sein, da B bereits den Tatbestand des § 299 II Nr. 1 („anbietet“) verwirklicht hat (es liegt also Vollendung vor). Allerdings drohte nach wie vor ein Schaden für die von § 299 StGB geschützten Rechtsgüter, jedenfalls im Sinne einer Schadensintensivierung. Denn die Entscheidung über die Auftragsvergabe stand noch aus. Es kann (wohl) davon ausgegangen werden, dass durch das Einleiten des Ermittlungsverfahrens die Entscheidung über die Auftragsvergabe nicht mehr durch das Angebot zur Schmiergeldzahlung beeinflusst wird. Die Mitteilung an die Staatsanwaltschaft war damit geeignet, das öffentliche Interesse zu schützen. Eine darüber hinausgehende allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nicht erforderlich (KK 237).

Folglich greift die Ausnahme des § 5 Nr. 2 GeschGehG und handelte A nicht tatbestandsmäßig. Er hat sich nicht nach § 23 I Nr. 3 GeschGehG strafbar gemacht.

Schlagwörter zur Wiederholung:

- I. Verhältnis von § 263 StGB und § 16 I UWG
- II. Problematik von Schneeball- und Pyramidensystemen
- III. Die Komponenten des Geheimnisbegriffs
- IV. Die rechtliche Beurteilung des Whistleblowing nach dem GeschGehG

Literatur- und Rechtsprechungshinweise:

Zu § 16 UWG:

Momsen/Grützner/Hegmanns Wirtschaftsstrafrecht (2013) Kapitel 7 Rn. 62-114

Tiedemann Rn. 849-874

Zum Geschäftsgeheimnisschutz und Whistleblowing:

Hauck GRUR-Prax 2019, 223

Koch ZIS 2008, 500, 503 [noch zu § 17 UWG a.F., zum Schutz illegaler Geheimnisse und einer Rechtfertigung nach § 34 StGB aber weiterhin relevant]

Ohly GRUR 2019, 441

Trebeck/Schulte-Wissermann NZA 2018, 1175 [zur arbeitsrechtlichen Beurteilung]

Ullrich NZWiSt 2019, 65 [noch zum früheren Gesetzesentwurf: Darin war § 5 GeschGehG als Rechtfertigungsgrund ausgestaltet und in Nr. 2 wurde vornehmlich auf die Absicht des Täters als subjektives Kriterium abgestellt. In der Definition des Geschäftsgeheimnisses fehlte zudem das Merkmal des berechtigten Geheimhaltungsinteresses.]