

Wettbewerbs - straf- recht – Strafbare Werbung und der Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen

Rechtsanwalt Benjamin Lanz, Greifswald¹

I. Strafbare Werbung - § 16 Abs. 1 UWG

In der heutigen, insbesondere vom Internet beherrschten Medienwelt buhlen unzählige Wettbewerber aus der ganzen Welt um die Aufmerksamkeit -potentieller- Kunden. Den medialen und technischen Möglichkeiten scheinen kaum noch Grenzen gesetzt. Ob es die beinahe ständige Verfügbarkeit auch der exotischsten Produkte, die minuten- oder zumindest stundengenaue Lieferung oder der Vergleich -fast- aller Anbieter ist, für beinahe alles gibt es entsprechende Angebote.

Dennoch bestehen auch weiterhin Grenzen bei der Werbung um die Gunst der Verbraucher. Einige sind verwaltungs- oder zivilrechtlicher Natur und andere sanktionieren Verhalten strafrechtlich. Eine dieser Normen ist der § 16 Abs. 1 UWG, der irreführende Werbung unter Strafe stellt. Wann Werbung in strafbarer Weise irreführend ist, soll im Folgenden kurz erläutert werden.

Der zivilrechtliche Schutz vor irreführender Werbung

Unabhängig von der Regelung des § 16 Abs. 1 UWG, regeln die §§ 3, 5 UWG die zivilrechtlichen Grenzen von Werbung im Hinblick auf deren irreführenden Charakter. Danach sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig (§ 3 Abs. 1 UWG). Der § 5 UWG konkretisiert dies dahingehend, dass irreführende Werbung unlauter sei. Irreführende Werbung liegt im Sinne der Norm bereits dann vor, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält. Hierzu gehören nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 UWG zum Beispiel:

- *"die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung wie Verfügbarkeit, Art, Ausführung, Vorteile, Risiken, Zusammensetzung, Zubehör, Verfahren oder Zeitpunkt der Herstellung, Lieferung oder Erbringung, Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge, Beschaffenheit, Kundendienst und Beschwerdeverfahren, geographische oder betriebliche Herkunft, von der Verwendung zu erwartende Ergebnisse oder die Ergebnisse oder wesentlichen Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen"* (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG)
- *"die Person, Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers wie Identität, Vermögen einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums, den Umfang von Verpflichtungen, Befähigung, Status, Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen, Auszeichnungen oder Ehrungen, Beweggründe für die geschäftliche Handlung oder die Art des Vertriebs"* (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG)

¹ Der Autor ist als Rechtsanwalt in Greifswald tätig und auf das Strafrecht spezialisiert. Es ist außerdem Autor und Betreiber von lanz-legal.de.

- "die Notwendigkeit einer Leistung, eines Ersatzteils, eines Austauschs oder einer Reparatur" (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 UWG)

Zivilrechtlich bestehen für Mitbewerber Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach den §§ 8,9 UWG.

Der Tatbestand des § 16 Abs. 1 UWG

Der Begriff der irreführenden Werbung im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG ist enger. Das bedeutet zunächst, dass nicht jede unlautere irreführende Werbung auch strafbar ist, was im Folgenden an ausgewählten Tatbestandsmerkmalen aufgezeigt wird. Zunächst sollte sich der Wortlaut der Norm vergegenwärtigt werden.

"Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

Erfasst werden ersichtlich nur Fälle der Irreführung durch unwahre Angaben. Hinzukommen muss weiterhin, dass die Werbung den Adressaten in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen zugänglich gemacht wird, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind².

Angaben in diesem Sinne sind indes solche des § 5 UWG. Nur inhaltlich nachprüfbar Aussagen tatsächlicher Art fallen unter den Begriff. Reine Werturteile tun dies nicht. Ob sich die Angaben zwingend auf die geschäftlichen Verhältnisse beziehen müssen, ist nicht abschließend geklärt. Nach der alten Rechtslage (§ 1 und § 4 UWG -alte Fassung-) fielen beispielsweise Angaben über die persönlichen Verhältnisse oder dessen Motive nicht unter den Begriff, da der Geschäftsbezug fehlt³.

Ob diese Einschränkung nach der neuen Rechtslage fortbesteht, wird verschiedentlich beurteilt. Der Bundesgerichtshof hat die Einschränkung des Tatbestands auch für die neue Rechtslage übernommen⁴. Demgegenüber hält beispielsweise *Bornkamm*⁵ die Einschränkung für überflüssig und nicht von der neuen Rechtslage gedeckt. Dem ist zumindest zuzugeben, dass da derartige Angaben nicht dazu geeignet sind, den Eindruck eines besonders günstigen Angebots zu erwecken, sondern eher Mitleid oder eine soziale Motivation des Kunden begründen sollen. In der Folge entfielen eine Strafbarkeit aus diesem Grund.

Im Hinblick auf den Begriff der Irreführung ist es nicht notwendig, dass der Kunde tatsächlich getäuscht wurde. Ausreichend ist vielmehr, dass sich die unwahren Angaben zur Irreführung eignen.

Unwahr ist die Angabe dann, wenn deren tatsächlicher Informationsgehalt mit der objektiven Wahrheit nicht übereinstimmt⁶.

² so auch: Köhler/Bornkamm/*Bornkamm*, 35. Aufl. 2017, UWG, § 16, Rn. 7.

³ BGH, Beschluss vom 29.03.1990 - 1 StR 22/90 (BayObLG), NJW 1990, 2395.

⁴ BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 – 1 StR 166/07 –, BGHSt 52, 227-257, hier zitiert nach juris, dort Rn. 51.

⁵ aaO, Rn. 8.

⁶ MüKoStGB/*Janssen/Maluga*, UWG, § 16, Rn. 26, beck-online mit weiteren Nachweisen; BGH, Urteil vom 15. 8. 2002 - 3 StR 11/02 (LG Oldenburg), NJW 2002, 3415.

Nachdem die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁷ zunächst eine subjektive Auslegung des Begriffs vorgenommen hatte, also auf das Verständnis der jeweils angesprochenen Verkehrskreise abstellte, hat sich nunmehr eine objektive Betrachtungsweise durchgesetzt⁸.

Strafbar irreführende Werbung durch Verschweigen eines wesentlichen Umstands ist möglich. Stimmen in der Literatur, die hier nach den zivilrechtlichen Grundsätzen der §§ 5, 5a UWG auch das Weglassen wesentlicher Umstände als aktives Tun ansehen und so eine Strafbarkeit nicht durch Unterlassen begründen wollen, verkennen, dass die strafrechtlichen Grundsätze und insbesondere der allgemeine Teil des Strafgesetzbuches anzuwenden sind. Demnach bestimmt sich auch die Begehung durch Unterlassen nach § 13 StGB⁹. Auf eine Garantenstellung kann es deshalb schon nur dann ankommen, wenn der Unrechtswert des Unterlassens mindestens dem eines aktiven Tuns entspricht¹⁰.

Auch lässt sich nach zutreffender Ansicht eine Aufklärungspflicht wie sie von der Rechtsprechung für den Betrug nach § 263 StGB entwickelt wurde, nicht auf die Regelung des § 16 UWG anwenden¹¹. Der Umstand, dass der Werbende regelmäßig alle relevanten Umstände in der Werbung mitzuteilen hat¹², führt ebenso nicht zu einer strafrechtlichen Haftung für unvollständige Angaben, da diese Vorgaben des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb eben nur eine zivilrechtliche Haftung begründen können und sollten¹³.

Schlussendlich sei noch darauf hingewiesen, dass der Tatbestand neben dem Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale auch die Absicht erfordert, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, also eine überschießende Innentendenz aufweist. Die Frage ist zunächst worauf sich der Anschein beziehen muss. Der Wortlaut legt nahe, dass sich der Anschein auf die "Günstigkeit" des Angebots im Sinne des Preises beziehen muss¹⁴. Allerdings hat sich der Bundesgerichtshof in einer alten Entscheidung nicht auf das Erfordernis der Preisbemessung gestützt und auch den Anschein, eine Ware wäre in einer bestimmten Art und Weise produziert worden (dort: hergestellt von Blinden - "Blindenware") als tatbestandsmäßig angenommen¹⁵. Es spricht viel dafür, mit dem Wortlaut zu fordern, dass sich der Anschein auf einen -vermeintlichen- Preisvorteil beziehen muss. Andernfalls bestünde die Gefahr, das notwendige Tatbestandsmerkmal vollständig zu ignorieren und die Anwendbarkeit unzulässig auszuweiten. Auch die, von den Zivilgerichten entwickelte Rechtsprechung zur Zulässigkeit sogenannter "gefühlbetonten Werbung"¹⁶ begegnet strafrechtlich erheblichen Bedenken. Zwar ist es nachvollziehbar, wenn versucht wird, auch irreführende Hinweise auf "social

⁷ z.B. RG, Urteil vom 06. März 1908 – II 18/08 –, RGSt 41, 161-164, hier zitiert nach juris.

⁸ Janssen/Maluga, aaO, Rn. 28; Bornkamm, aaO, Rn. 11 mit weiteren Nachweisen.

⁹ so auch: Janssen/Maluga, aaO, Rn. 31; BGH, Urteil vom 26. Oktober 1977 – 2 StR 432/77–, BGHSt 27, 293-295, hier zitiert nach juris.

¹⁰ Erbs/Kohlhaas/Diemer, 215. EL Juni 2017, UWG, § 16, Rn. 27.

¹¹ so auch: Janssen/Maluga, aaO.

¹² siehe nur den Katalog des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 UWG.

¹³ ähnlich: Janssen/Maluga, aaO; wohl aA Diemer, aaO, Rn. 20.

¹⁴ so auch: Bornkamm, aaO, Rn. 17.

¹⁵ BGH, Urteil vom 7. 2. 1953 - 2 StR 341/52 (LG Bonn), NJW 1953, 592, beck-online.

¹⁶ siehe nur die "Artenschutz-Entscheidung" des Bundesgerichtshofes, Urteil vom 22. 9. 2005 - I ZR 55/02 (OLG Stuttgart), GRUR 2006, 75, beck-online.

sponsoring", also die Unterstützung von, in der Gesellschaft positiv besetzten Zwecken entsprechend zu sanktionieren, allerdings darf hierbei nicht ein Straftatbestand überdehnt werden. Das Wettbewerbs-zivil-recht bietet ausreichend Möglichkeiten ein derartiges Verhalten zu sanktionieren.

Fazit

Wie gezeigt sind der Tatbestand und damit die Anwendungsmöglichkeiten der Regelung des § 16 Abs. 1 UWG zwar enger als die des § 5 UWG aber, gerade im Lichte der Rechtsprechung von nicht zu unterschätzender Weite.

Problematisch in diesem Zusammenhang sind, wie so häufig im Wirtschaftsstrafrecht nicht unbedingt die strafrechtlichen Sanktionen, sondern vielmehr die rechtlich möglichen Vermögenseinbußen. Nur beispielsweise sei darauf hingewiesen, dass Gewinne aus der inkriminierten Werbung durchaus eingezogen bzw. bereits im Ermittlungsverfahren attestiert werden könnten.

II. Der Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen - § 17 UWG

Eine, im Strafrecht eher unbekannt Norm ist der § 17 UWG. Dennoch sollten insbesondere Arbeitgeber und leitende Angestellte ein besonderes Augenmerk auf die, nach dieser Regelung strafbaren Handlungen legen.

Im Folgenden soll kurz auf den Begriff des Betriebsgeheimnisses und den des Geschäftsgeheimnisses eingegangen werden. Darüber hinaus werden einige Gefahrenpotentiale umrissen.

Begrifflichkeiten

Nach einer älteren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts unterscheidet sich der Begriff des Betriebsgeheimnisses von dem des Geschäftsgeheimnisses in erster Linie dadurch, dass dieses eher den technischen Bereich, also z.B. Konstruktionen betrifft, während das Geschäftsgeheimnis eher kaufmännischer Betätigung zuzuordnen ist¹⁷.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichts¹⁸ ist Betriebs- und Geschäftsgeheimnis jede im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende nicht offenkundige, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugängliche Tatsache, an deren Geheimhaltung der Unternehmensinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse hat und die nach -zumindest- erkennbarem Willen auch geheim bleiben soll.

Zusammengefasst müssen also vier Voraussetzungen¹⁹ vorliegen:

- **Unternehmensbezug**
- **fehlende Offenkundigkeit**

¹⁷ BAG, Urteil vom 15. Dezember 1987 – 3 AZR 474/86 –, BAGE 57, 159-173, zitiert nach juris; auch Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage, § 17, Rn. 4a.

¹⁸ so z.B. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 – 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03 –, BVerfGE 115, S. 205-259; BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 – I ZR 28/06 –, zitiert nach juris.

¹⁹ nach Köhler, aaO, Rn. 4.

- **Geheimhaltungsinteresse**
- **Geheimhaltungswille**

Für einen Unternehmensbezug muss einen Zusammenhang mit einem bestimmten Unternehmen gegeben sein.

Streitig ist regelmäßig die Voraussetzung der fehlenden Offenkundigkeit. Offenkundig ist eine Tatsache, wenn sie allgemein bekannt oder zumindest leicht zugänglich ist²⁰. Davon ist z.B. auszugehen, wenn die betreffende Tatsache in allgemein zugänglichen Medien veröffentlicht wurde (z.B. Rundfunk, Internet). Ebenso sind offengelegte Patentanmeldungen und Gebrauchsmuster offenkundig²¹. Wie groß die Zahl der eingeweihten Personen sein muss, ist im Einzelfall zu ermitteln²².

Beispiele für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind somit:

- **Angebotsunterlagen**²³
- **Kundenlisten**²⁴
- **Preisberechnungen**²⁵
- **Computerprogramme**²⁶
- **Herstellungsverfahren**²⁷
- **Marktdaten**²⁸

EXKURS: Der Ankauf von Steuer-CDs als Beihilfe zum Geheimnisverrat

Nach vorgenannten Beispielen liegt es nicht fern, auch die auf den sogenannten "Steuer-CDs" vorhandenen Kontodaten als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen. Hierzu soll kurz Stellung genommen werden.

Ostendorf verneint dies mit der Begründung, es fehle an der Rechtswidrigkeit der Verwertung der Daten durch die Finanzbehörden (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2010_4_439.pdf). Des Weiteren sei nach seiner Meinung eine rechtswidrige Haupttat -welche für eine Beihilfe nach § 27 StGB notwendig ist- nicht gegeben, da das Verschaffen der Daten ja zum Zeitpunkt des Verkaufs bereits abgeschlossen war und Beihilfe nach Vollendung nicht möglich sei.

Nach hiesiger Ansicht übersieht *Ostendorf*, dass in dem Ankauf der Daten ein erheblicher Tatanreiz für den "Beschaffer" liegt. Es ist davon auszugehen, dass der "Beschaffer" die Daten nicht gesammelt und weitergegeben hätte, wenn er sich nicht

²⁰ nur beispielsweise Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urteil vom 28. August 1990 – RReg 4 St 250/89 –, zitiert nach juris.

²¹ zum Ganzen: *Köhler*, aaO, Rn. 7.

²² Bayrisches Oberstes Landesgericht, aaO.

²³ BGH, Urteil vom 10. Mai 1995 – 1 StR 764/94 –, BGHSt 41, S. 140 – 144.

²⁴ BGH in: *wistra* 1992, S. 225.

²⁵ Reichsgericht in: *Entscheidungen des Reichsgerichts*, Band 35, S. 136.

²⁶ Bayrisches Oberstes Landesgericht, aaO.

²⁷ OLG Hamm, Urteil vom 01. September 1992 – 4 U 107/92 –, zitiert nach juris.

²⁸ OLG Köln, Urteil vom 05. Februar 2010 – I-6 U 136/09, 6 U 136/09 –, zitiert nach juris, Datei mit Adressen von Serienschreibern.

sicher wäre diese gewinnbringend weiterveräußern zu können. Darin liegt jedoch das Fördern einer rechtswidrigen Haupttat welches als Beihilfe strafbar ist²⁹.

Verrat und Verschaffung

Der § 17 UWG unterscheidet bei der Begehung derartiger Straftaten zwischen Geheimnisverrat (Abs. 1) und Geheimnisverschaffung (Abs. 2).

Täter kann in jedem Fall jede "*bei einem Unternehmen beschäftigte Person*" sein. Dieser Begriff ist weit auszulegen, so dass es auf Weisungsabhängigkeit nicht ankommt. Demnach können auch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, GmbH-Geschäftsführer und z.B. Insolvenzverwalter beschäftigte Personen im Sinne der Norm sein³⁰.

Teilhaber (z.B. Gesellschafter) und selbstständige Gewerbetreibende wie z.B. auch der Handelsvertreter können hingegen nicht Täter in diesem Sinne sein³¹.

Da dieser Beitrag nur einen groben Überblick über die Norm geben soll, unterbleibt eine detaillierte Auseinandersetzung mit allen Begehungsvarianten. Wichtig ist jedoch das Merkmal "*während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses*", da deshalb nur Täter sein kann, wer zum Zeitpunkt des Verrats in einem entsprechenden Beschäftigungsverhältnis steht. Ausschlaggebend ist die rechtliche, nicht die tatsächliche Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, so dass auch freigestellte Mitarbeiter tauglicher Täter sind³². Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot verlängert den Zeitraum in dem die Möglichkeit einer Strafbarkeit besteht nicht, sondern kann u.U. eine zivilrechtliche Haftung (z.B. Schadensersatz) auslösen.

Eine strafbare Verwertung -die im Übrigen auch nach Ende des Beschäftigungsverhältnisses erfolgen kann- wird in zwei Stufen unterteilt. Zunächst muss der Täter sich ein Geheimnis unbefugt gesichert oder sonst beschafft haben (Das allein rechtfertigt bereits die Strafbarkeit nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG). Anschließend muss der Täter das Geheimnis auch verwerten. Unter Verwertung ist die wirtschaftliche Nutzung zu verstehen³³. Das bloße Kennen des Geheimnisses reicht nicht aus.

Die strafrechtlichen Folgen

Wird eine Tat im Sinne des § 17 UWG festgestellt, kann diese Tat mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Wird ein besonders schwerer Fall festgestellt, liegt die Strafe bei bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 4 UWG liegt ein besonders schweren Fall, u.a. dann vor, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt. Diese Formulierung findet sich auch in anderen Regelungen, so dass sich auch die Definition mit der für diese Tatbestände entwickelten deckt. Danach handelt gewerbsmäßig, wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen will³⁴. Ein besonders schwerer Fall kann außerdem vorliegen, wenn das

²⁹ so wohl auch: LG Bochum 2 Qs 10/08 - 22. April 2008 (AG Bochum) [= HRRS 2009 Nr. 1111].

³⁰ so: Köhler, aaO, Rn. 14.

³¹ BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 – I ZR 28/06 –, zitiert nach juris.

³² *Witting* in: Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2. Auflage, § 24, Rn. 51.

³³ *Witting*, aaO, Rn. 64 mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH.

³⁴ *Fischer*, StGB, 61. Auflage, Vor § 52, Rn. 61.

Geheimnis im Ausland verwertet werden soll oder der Täter es selbst im Ausland verwertet. Zum Ausland gehören auch andere EU-Staaten³⁵.

Die zivilrechtlichen Folgen

Abschließend sei bemerkt, dass neben der zweifelsohne nicht übermäßigen strafrechtlichen Relevanz, die Norm Grundlage für teils erhebliche Schadensersatzansprüche ist. Zunächst ist festzustellen, dass § 17 UWG ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist³⁶. Daneben bestehen ggf. auch Ansprüche aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Dies allerdings nur, wenn auch die Voraussetzungen des § 3 UWG vorliegen. Da dies zum Kern des Wettbewerbsrecht zählt, kann eine konkrete Darstellung hier nicht erfolgen und muss einem Mandat vorbehalten bleiben.

³⁵ Köhler, aaO, § 66.

³⁶ so auch Köhler, aaO, Rn. 53 mit Verweis auf den Willen des Gesetzgebers im Regierungsentwurf.