

Wettbewerbsstrafrecht

Rechtsanwältin Ines Ullrich, Essen¹

Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in § 17 UWG

- Zugleich Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.01.2016 (Az.: 2 (6) Ss 318/15 – AK 99/15) -

I. Vorbemerkung

Obwohl ausweislich von Studien² und (zugegebenermaßen unbelegten) Schätzungen³ nahezu jedes vierte Unternehmen in Deutschland bereits durch Betriebsspionage (§ 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG) oder Geheimnishehlerei (§ 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG) betroffen gewesen ist, sind (obergerichtliche) Urteile zu dieser Thematik äußerst selten. Ein Grund hierfür ist offenbar die restriktive Anzeigebereitschaft der betroffenen Unternehmen. Im Jahr 2013 wurden laut polizeilicher Kriminalstatistik lediglich 425 Fälle im Hellfeld dokumentiert⁴. Diese Tatsache beruht letztlich auf der Befürchtung der Unternehmen, dass durch das Einschalten der Behörden Personalentscheidungen oder unzureichende Sicherheitsstandards an die Öffentlichkeit gelangen und hierdurch ein Reputationsschaden entsteht⁵.

Die geringe Anzahl angezeigter Taten und die daher geringen Fallzahlen verhindern die Etablierung einer ständigen Rechtsprechung, die neben den Gegebenheiten einer Volkswirtschaft des 21. Jahrhunderts auch den Grundprinzipien des Strafrechts gerecht wird. Letztlich greifen die Gerichte – so sie denn die seltene Möglichkeiten erhalten sich mit § 17

¹ Frau Rechtsanwältin Ines Ullrich ist Rechtsanwältin in der ausschließlich auf das Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisierten Kanzlei VBB Rechtsanwälte in Düsseldorf und Essen.

² http://corporate-trust.de/pdf/CT-Studie-2012_FINAL.pdf

³ Harte/Henning/Harte-Bavendamm, UWG, 2. Aufl. 2009, vor §§ 17-19 Rn. 3; Többers, NStZ 2000, 505, 506 gehen von einem Schaden von jährlich bis zu 25 Mrd. Euro aus.

⁴ Polizeiliche Kriminalstatistik vom 24.01.2014, Grundtabelle Wirtschaftskriminalität; abrufbar unter <https://www.bka.de/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2013/2013Standardtabellen/pks2013StandardtabellenFaelleUebersicht.html>

⁵ MüKo/Janssen/Maluga, Nebenstrafrecht, 2. Aufl. 2015, § 17 Rn. 3; http://corporate-trust.de/pdf/CT-Studie-2012_FINAL.pdf.

UWG zu befassen – zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale nicht selten auf die „Stiefelisenpresseentscheidung“⁶ des Reichsgericht aus dem Jahr 1935 zurück.

Vor diesem Hintergrund ist jede (ober-) gerichtliche Entscheidung zu § 17 UWG für den Rechtsanwender von besonderem Interesse. Zwar betreffen die in den letzten Jahren veröffentlichten Entscheidungen⁷ mehrheitlich Fragen der Anwendbarkeit des § 17 UWG auf Geldspielautomaten, Verkehrsmessgeräte und ähnliche. Sie sind damit für die – für Unternehmen eigentlich relevante – Beurteilung der Geheimnisverwertung durch (ehemalige) Mitarbeiter eines Unternehmens von untergeordneter Rolle. Allerdings lassen sich auch diesen Entscheidungen teilweise Ausführungen, die für die Auslegung des gesamten Tatbestandes und insbesondere des Begriffs des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses Bedeutung haben, entnehmen. Dies gilt auch für die Revisionsentscheidung des OLG Karlsruhe vom 29.01.2016 (Az.: 2 (6) Ss 318/15), der der nachfolgend skizzierte Sachverhalt zu Grunde lag.

II. Sachverhalt

Der Betroffene soll in 137 Fällen den Besitzern von Mobiltelefonen die Entsperrung ihrer „Sim-Lock“ (Kartensperre) ermöglicht haben, indem er ohne Einwilligung des jeweiligen Netzbetreibers den Entsperrcode an seine Kunden weitergeben hat. Durch die Verwendung von „Sim-Locks“ in Mobiltelefonen binden die Netzbetreiber dieses Telefon an ein bestimmtes Netz oder teilweise sogar an eine bestimmte Sim-Karte. Mobilfunkanbieter bieten (insbesondere Prepaid Telefone) häufig gratis oder zu erheblich vergünstigten Preisen an, wenn diese mit einer (gesperrten) Sim-Karte versehen sind, sodass der Kunde nur über dieses Netz telefonieren kann. Die Netzbetreiber erhoffen sich bei diesem Angebot, dass der Kunde sein Prepaid-Guthaben letztlich immer wieder auflädt und „vertelefoniert“, sodass sich der auf das Telefon gewährte Rabatt amortisiert. Diese Sperrung beziehungsweise Anbindung des Telefons an ein bestimmtes Netz kann durch die Eingabe eines Entsperrcodes dauerhaft deaktiviert werden. Das Handy kann im Anschluss mit jeder beliebigen Sim-Karte und damit in allen verfügbaren Netzen genutzt werden. Der Entsperrcode wird aus der einzigartigen gerätespezifischen International Mobile Equipment (IMEI) Nummer generiert. Die Netzbetreiber bieten ihren Kunden die Übersendung des Entsperrcodes gegen Zahlung einer Gebühr an.

Der Beschuldigte soll die Entsperrcodes über verschiedene Internetseiten selbst herausgefunden beziehungsweise über einen Kontaktmann im Ausland angekauft haben. Im Anschluss reichte er sie – gegen Bezahlung – an seine Kunden weiter.

III. Entscheidung

Das AG Heidelberg hat den Beschuldigten wegen gewerbsmäßigem Verrats von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (gemeint wohl: Geheimnishehlerei) gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 S. 1 Nr. 1 UWG in 137 Fällen verurteilt. Nachdem das Landgericht Heidelberg seine Berufung verworfen hatte, legte der Betroffene Revision zum OLG Heidelberg ein, welches das Urteil des LG Heidelberg, mit dem hier rezensierten Beschluss, vollständig bestätigt hat.

Neben hier nicht weiter interessierenden Ausführungen zu den sonstigen Tatbestandsmerkmalen hat das Landgericht ausführlich zur Auslegung des Begriffs Geschäfts- und Betriebsgeheimnis in § 17 UWG insbesondere zur sogenannten „Nichtoffenkundigkeit“ Stellung genommen.

IV. Der Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses

Befasst man sich mit den Geheimnisschutzvorschriften des § 17 UWG, so wird schnell deutlich, dass Kernbegriff und Mittelpunkt der Vorschrift der Terminus „Geschäfts- und Betriebsgeheimnis“ ist⁸. Erstaunlich ist vor diesem Hintergrund, dass weder das UWG selbst, noch eine andere (strafrechtliche) Vorschrift eine entsprechende Legaldefinition enthalten. Obwohl die Auslegung des Begriffs lange Zeit heftig umstritten war⁹, haben Rechtsprechung und Literatur letztlich einen einheitlichen Katalog von Voraussetzungen für die Entstehung

⁶ RG, RGZ 149, 329.

⁷ KG Berlin, Urteil vom 08.12.2014, Az.: (3) 161 Ss 216/13; OLG Naumburg, Urteil vom 27.08.2014, Az.: 6 U 3/14, beide abrufbar über juris.

⁸ MüKo/Janssen/Maluga, StGB, 2. Aufl. 2015, § 17 UWG Rn. 13.

⁹ Aldoney Ramírez in: FS Tiedemann 2008, 1141, 1144.

eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses entwickelt. Hiernach stellt jede im Zusammenhang mit einem Betrieb stehende Tatsache, die nicht offenkundig sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem Willen des Betriebsinhabers, der auf einem ausreichenden wirtschaftlichen Interesse beruht, geheim gehalten werden soll, ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis dar¹⁰. Auch wenn sowohl bezüglich dieser Definition Einigkeit herrscht¹¹, ist die Auslegung des Begriffs im Einzelnen noch immer unklar. Dies gilt auch für die (Nicht-) Offenkundigkeit als einer der (unbestimmten) Voraussetzungen.

Offenkundigkeit soll dann vorliegen, wenn die Tatsache leicht zugänglich oder allgemein bekannt ist¹². Eine leichte Zugänglichkeit soll dann gegeben sein, wenn für jeden Interessierten die Möglichkeit der Kenntnisnahme ohne größere Schwierigkeiten und Opfer unter Zuhilfenahme lauterer Mittel besteht¹³. Bereits diese „kettenartige“ Ersetzung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch einen anderen zeigt deutlich, dass diese Definition im Ergebnis mehr Fragen aufwirft als sie beantwortet.

So erzeugt bereits der Terminus „für jeden Interessierten“ erste Verständnisschwierigkeiten, denn sowohl der Zeitaufwand als auch die tatsächliche oder empfundene Schwierigkeit der Aufdeckung eines Betriebsgeheimnisses korrelieren offensichtlich mit der Qualifikation des um Aufdeckung bemühten¹⁴. Was man sich aber im Rahmen des Geheimnisbegriffes des § 17 UWG unter einem solchen Interessierten, insbesondere hinsichtlich seiner fachlichen Qualifikation oder beruflichen Expertise, als Maßstab der Beurteilung der zu erwartenden Schwierigkeiten vorzustellen hat, lassen Rechtsprechung und Literatur weitestgehend unbeantwortet¹⁵.

V. Die Auslegung des Begriffs „Nichtoffenkundigkeit“ durch das OLG Karlsruhe

Das OLG Karlsruhe nimmt zu dieser Frage in seinem Beschluss nunmehr erstaunlich ausführlich Stellung¹⁶. So führt es aus, dass es auf die – durch die Verteidigung im Rahmen eines Beweisantrages vorgebrachte – Behauptung, es habe zur Tatzeit die Möglichkeit bestanden, die Entsperrcodes über diverse Internetseiten zu erhalten, sei nicht entscheidungserheblich. Selbst wenn eine entsprechende Möglichkeit bestanden habe, so sei die Entsperrung via Internet für die Handybesitzer „mit einem erheblichen und unlauteren Aufwand“ verbunden gewesen. Eine Differenzierung zwischen technisch vorgebildeten Handynutzern (etwa Ingenieuren) und der „Durchschnittsbevölkerung“ nimmt das OLG nicht vor. Vielmehr stellt es darauf ab, dass die vom Vertreiber entwickelte Sperre „mit Hilfe von Technik, die von externen Programmieren entwickelt wurde“, im Internet gesucht und begriffen werden musste. Hierfür habe einiges an (krimineller) Energie eingesetzt werden müssen.

Letztlich legt das OLG Karlsruhe somit den Maßstab des „verständigen Durchschnittsbürgers“¹⁷ an, um die (etwaigen) Schwierigkeiten der Aufdeckung eines Geheimnisses zu prüfen.

VI. Konsequenzen dieses Verständnisses

Den wenig verteidigungsfreundlichen Ausführungen des OLG Karlsruhe kann – dies sei vorangestellt – nicht entgegengehalten werden, dass sie nicht in Einklang mit der sonstigen Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs „jeder Interessierte“ in § 17 UWG stehen würde. Denn eine solche einheitliche oder gar ständige Rechtsprechung hat sich bislang (leider)

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006, Az.: 1 BvR 2087/03 Rn. 87, abrufbar unter https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/03/rs20060314_1bvr208703.html; BGHSt 41, 140, 142; Erbs/Kohlhaas/Diemer, Strafrechtliche Nebengesetze, 206. EL 2016, § 17 UWG Rn. 8; MüKo/Janssen/Maluga, StGB, 2. Aufl. 2015 Rn. 14 Rützel, GRUR 1995, 557, 557.

¹¹ HK/Kotthoff/Gabel, UWG, 2. Aufl. 2005, § 17 Rn. 2; Kunz, DB 1993, 2482, 2483.

¹² BGHSt. 41, 140, 142; OLG Hamburg, GRUR-RR, 137, 139 –PM-Regler-; MüKo/Janssen/Maluga, StGB, 2. Aufl. 2015, § 17 UWG Rn. 22f.; Többers, NSTZ 2000, 505, 506;

¹³ BGH, GRUR 2009, 603, 604; BGH, GRUR 2006, 1044, 1046; OLG Hamburg, GRUR- RR 2001, 137, 139; OLG München, GRUR 1991, 694, 695.

¹⁴ Reimann, GRUR 1998, 298, 299.

¹⁵ Reimann, GRUR 1998, 298, 299.

¹⁶ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.01.2016, Az.: 2 (6) Ss 318/15 Rn. 33ff.

¹⁷ Möglicherweise in Anlehnung den Begriff der Offenkundigkeit in § 244 Abs. 3 StPO, vgl. hierzu Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 244 Rn. 50f.; für eine entsprechende Auslegung auch im Rahmen des § 17 UWG; Achenbach/Ransiek/Ebert-Weidenfeller, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 142 Rn. 65; Erbs/Kohlhaas/Diemer, Strafrechtliche Nebengesetze, 206. EL. 2016 § 17 Rn. 10; Pfeiffer in: FS Nirk 1992, 861, 866; dagegen: Scholz/Tiedemann, GmbHG, § 85 Rn. 11.

nicht etablieren können. Ganz im Gegenteil könnten die (wenigen) existierenden Entscheidungen zu dieser Thematik nicht unterschiedlicher ausfallen. So führt das OLG Frankfurt in einer Entscheidung aus dem Jahr 1988 zur Frage der Qualifikation des um Aufdeckung Bemühten aus: „Dieses Ergebnis wird von dem Sachverständigen Dr. S bestätigt, nach dessen Ausführungen ein einschlägig vorgebildeter Chemiker weder aufgrund speziellen Fachliteraturstudiums noch durch eigene Versuche in der Lage gewesen wäre, die spezielle Zusammensetzung des zu analysierenden Produkts zu ermitteln¹⁸“. Das OLG Frankfurt stellt somit – den Ausführungen des OLG Karlsruhe diametral entgegengesetzt – nicht nur auf das Know-how eines „durchschnittlichen“ Fachmanns ab. Es verlangt vielmehr neben (fach-) spezifischen Vorkenntnissen sogar gezielte Recherche und eigene Versuche.

Ganz anders argumentiert das Reichsgericht in seiner noch immer viel zitierten Stiefeisenpressenentscheidung aus dem Jahr 1935¹⁹, die als Grundlage der heutigen Rechtsprechung zum Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses angesehen werden kann. Das Reichsgericht nutzt die Kenntnis eines Fachmanns nur als Indiz um aufzuzeigen, dass das was selbst für Fachkreise noch mittelschwer, für den Laien umso schwerer, wenn nicht gar unmöglich ist und so in keinem Fall offenkundig sein könne²⁰. Beide in der Rechtsprechung vertretenen Positionen haben auch in der Literatur Anhänger gefunden²¹.

Mangels gesetzgeberischer Vorgaben und mangels auslegungsfähigem Wortlaut des § 17 UWG – der Begriff „jeder Interessierte“ wird hier noch nicht einmal erwähnt – kann sich keine der beiden Positionen auf die klassischen (straf-) juristischen Auslegungsmethoden stützen.

Entsprechend erscheint auch die durch das OLG Karlsruhe vorgenommene Übertragung der zu § 244 Abs. 3 S. 2 StPO entwickelten Grundsätze zumindest als möglich. Für eine solche Übertragung spricht der Umstand, dass § 244 Abs. 3 StPO den Terminus „Offenkundigkeit“ enthält und die Auslegung dieses Begriffes durch Rechtsprechung und Literatur präzisiert worden ist²². Ein entscheidendes, gegen das Verständnis des OLG Karlsruhe sprechendes, Argument findet sich jedoch, wenn man sich die (Rechts-) Folgen einer weiten an § 244 Abs. 3 S. 2 StPO orientierten Auslegung vergegenwärtigt. Eine Übertragung der zu § 244 Abs. 3 S. 2 StPO entwickelten Grundsätze würde bedeuten, dass im Rahmen des § 17 UWG der Maßstab eines des verständigen Durchschnittsbürgers Anwendung finden würde. Entsprechend wäre eine Offenkundigkeit des Geheimnisses erst zu bejahen, wenn verständige und lebenserfahrene Menschen von der behaupteten Tatsache in der Regel Kenntnis haben oder sich über diese ohne besondere Sachkunde oder Fachkenntnisse mit Hilfe allgemein zugänglicher Erkenntnismittel jederzeit zuverlässig unterrichten können²³.

Die Offenkundigkeit eines Betriebsgeheimnisses könnte somit erst zu einem Zeitpunkt angenommen werden, in dem ein Großteil der Bevölkerung Kenntnis von diesem hat oder zumindest in der Lage ist, sich sichere Kenntnis zu verschaffen. Mag dies im Fall von betriebswirtschaftlichen Geschäftsgeheimnissen wie beispielsweise Kundendatenlisten zumindest noch teilweise zu vertretbaren Ergebnissen führen, würde dies für eher technisch geprägte Betriebsgeheimnisse bedeuten, dass sie über einen unabsehbaren Zeitraum und selbst im Falle der Verwendung in weiten Teilen des jeweiligen Fachgebietes weiterhin unter dem Schutz des § 17 UWG stünden²⁴. Denn ein Großteil der Bevölkerung wird selbst bei Veröffentlichung von Skizzen oder Forschungsergebnissen kein sicheres Wissen von komplexen Fertigungsmethoden oder chemischen Prozessen haben oder sich diese kurzfristig aneignen können.

Selbst wenn also für ein Verfahren der Patentschutz bereits abgelaufen wäre – sodass das Verfahren grundsätzlich der Allgemeinheit zur Verfügung steht²⁵ – könnten sich die Nutzer dieses Verfahrens gemäß § 17 UWG strafbar machen. Man würde also neben den zeitlich begrenzten Sonderschutzrechten einen zeitlich unbegrenzten Schutz von Betriebs- und Ge-

¹⁸ OLG Frankfurt, Urteil vom 21. 04. 1988, Az.: 6 U 113/82 Rn. 41, zitiert nach juris.

¹⁹ RGZ, 149, 329, 334 –Stiefeisenpresse.

²⁰ Reimann, GRUR 1998, 298, 300.

²¹ Erbs/Kohlhaas/Diemer, Strafrechtliche Nebengesetze, 206 EL 2016, § 17 Nr. 10; Achenbach/Ransiek/Ebert-Weidenfeller, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2012, S. 142 Rn. 65; Harte /Henning/Harte-Bavendamm, UWG, 2. Aufl. 2009, §17 Rn.3; Fezer/Rengier, UWG, 2. Aufl. 2010, § 17 Rn. 16.

²² Fischer, StGB, 59. Aufl. 2016, § 244 Rn. 50f. m.w.N.

²³ BVerfG, BVerfGE 10, 177, 183; KK/Krehl, StPO, 7. Aufl. 2013, § 244 Rn. 132; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 244 Rn. 51,.

²⁴ Achenbach/Ransiek/Ebert-Weidenfeller, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 142.

²⁵ Keukenschrijver, PatG, 7. Aufl. 2013, § 3 Rn.22.

schäftsgeheimnissen über § 17 UWG etablieren. Letztlich würde man die Vorgaben des Patentrechts sowie der Musterrechte also durch eine Art „wettbewerbsrechtliches Sonder-schutzrecht“ aushebeln²⁶. Derartige Rechte zu schaffen kann aber nicht Aufgabe des Strafrechts und damit auch nicht die Funktion des § 17 UWG sein.

Aus strafrechtlicher Sicht steht aber noch eine weitere Überlegung dieser Weite des Geheimnisbegriffes und der hiermit verbundenen Extension des Anwendungsbereiches des § 17 UWG entgegen. Wie sich bereits an dem in § 17 StGB normierten Verbotsirrtum zeigt, setzt die Strafbarkeit eines Verhaltens immer auch das Bewusstsein Unrecht zu tun voraus²⁷. Einem Fachmann auf seinem Gebiet, ob Ingenieur, Chemiker, Informatiker oder Pharmazeut, wird aber nicht ernsthaft davon ausgehen müssen, dass er sich strafbar macht, wenn er ein auf seinem Gebiet gängiges und bekanntes Verfahren nutzt.

Die Nutzung, Weitergabe oder Weiterentwicklung eines in Fachkreisen gängigen, dem Durchschnittsbürger aber unbekannten oder unverständlichen Verfahrens, kann aber kaum als individuell vorwerfbar angesehen werden.

Vor diesem Hintergrund bleibt festzuhalten, dass es der Rechtsprechung – auch mehr als 70 Jahre nach der eingangs erwähnten Stiefeleisen Presse Entscheidung des Reichsgerichts – nicht gelungen ist, eine funktionale und einheitliche Auslegung des Begriffs Geschäfts- und Betriebsgeheimnis zu gewährleisten. Wie auch die rezensierte Entscheidung des OLG Karlsruhe zeigt, führt die immer extensiver Auslegung des Geheimnisbegriffes neben Implikationen mit anderen Rechtsgebieten insbesondere zu Verstößen gegen Grundprinzipien des deutschen Strafrechts. Es bleibt zu hoffen, dass künftig eines der Obergerichte die Möglichkeit erhält – und diese auch nutzt – sich ausführlich mit den Voraussetzungen eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses zu befassen. Dies würde den Ausgang eines geheimnisschutzrelevanten Verfahrens sowohl für das betroffene Unternehmen als auch für die Verteidigung vorhersehbarer machen. Die hierdurch geschaffene Rechtssicherheit würde mehr zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen betragen, als eine immer extensivere Auslegung des Tatbestandes.

²⁶ ähnlich auch OLG Hamburg, GRUR-RR 2001, 137, 139.

²⁷ Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 17 Rn. 3.