

RA M. Heiming, Görresstraße 35, 69126 Heidelberg

An das
Landgericht München
Nymphenburger Str. 16
80335 München

Görresstraße 35
69126 Heidelberg

Telefon (0 62 21) 33 75 11
Telefax (0 62 21) 587 34 34
ra.heiming@gmx.de

Gerichtsfach 170

St.-Nr.:32175/24005

Heidelberger Volksbank
Konto-Nr.: 0049168110
BLZ: 672 900 00

IBAN
DE50 6729 0000 0049 1681 10
BIC
GENODE61HD1

14.01.2019
hgh/a-18051

18 Ns 113 Js 150437/18 (2)

In der Strafsache
gegen Theisen, Hermann

wird es in der anstehenden Berufungshauptverhandlung ganz vorwiegend um die Klärung und Entscheidung von Rechtsfragen gehen, so dass es zur Vorbereitung - außerhalb der üblichen Vorgehensweise – angezeigt erscheint, die Berufung vorab schriftlich zu begründen:

Die Berufung des Beschuldigten gegen das Urteil des Amtsgerichts München vom 11. September 2018 – 824 Cs 113 Js 150437/18 – ist begründet, da das angefochtene Urteil unrichtig ist; der Beschuldigte ist aus Rechtsgründen freizusprechen.

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, er habe durch die Verteilung von Flugblättern vor dem Gelände der Krauss-Maffei Wegmann GmbH & Co KG (im Folgenden: „KMW“) in München öffentlich zu Straftaten, nämlich zum Verrat von Betriebs- und

Geschäftsgeheimnissen aufgefordert (§ 111 Abs. 1 und 2 StGB i.V.m. § 17 Abs. 1 UWG). Das ist zu verneinen, weil

- 1) das betreffende Flugblatt als straffreie Meinungsäußerung auszulegen ist,
- 2) der Beschuldigte die Flugblätter nicht öffentlich verbreitete,
- 3) der oder die Beschäftigte der KMW bei Hinweisen zu illegalen Exportpraktiken aus altruistischen Gründen an den Beschuldigten oder die Öffentlichkeit nicht den subjektiven Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG erfüllt hätte,
- 4) der oder die Beschäftigte bei Hinweisen zu illegalen Betriebspraktiken an den Beschuldigten oder die Öffentlichkeit mit Blick auf die Richtlinie (EU) 2016/943 gerechtfertigt gehandelt hätte und
- 5) der Beschuldigte weder vorsätzlich zum Geheimnisverrat aufforderte noch Vorsatz bzgl. der subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen eines Hinweisgebers hatte.

Mit keinem dieser Aspekte hat sich das Amtsgericht hinreichend, mit manchen hat es sich überhaupt nicht auseinandergesetzt.

A. Vorbemerkung

Der Beschuldigte hat eingeräumt, vor dem Werksgelände der KMW an deren Beschäftigte Flugblätter verteilt zu haben, die jenem in Bl. 11 d.A. entsprachen. Die Flugblätter enthalten ein langes Zitat aus einer Selbstbeschreibung der KMW, in der diese ihre „besondere Verantwortung“ als Rüstungsexporteur heraushebt, gelobt, sich „strikt an alle (...) gesetzlichen Regeln“ zu halten, und die Vorbeugung gegen Korruption „zum Kern dieses Systems“ erklärt. Das Flugblatt führt dann vier Vorgänge auf, in denen KMW in der jüngeren Vergangenheit Kritik auf sich gezogen hat. Hernach appelliert es an die Beschäftigten der KMW, „die in Rede stehenden illegalen Missstände in der Rüstungsexportpraxis Ihres Arbeitgebers aufzudecken“.

Das Flugblatt liest sich als die Anklage eines überzeugten Pazifisten, der illegale Rüstungsexporte verhindern will. Es begründet die Diskrepanz zwischen der Selbstdarstellung eines führenden deutschen Rüstungsunternehmens und den Vorwürfen, die gegen ihn erhoben werden. Dadurch appelliert das Flugblatt an das Gewissen der einzelnen Beschäftigten der KMW, sich mit diesen Vorwürfen auseinanderzusetzen, darüber mit Kolleginnen und Kollegen zu diskutieren sowie

kritisch zu prüfen, wie sie mit dem Wissen um illegale Rüstungsexporte umgehen wollen.

Niemand hat sich auf dieses Flugblatt hin bei dem Beschuldigten gemeldet oder Hinweise zu illegalen Missständen bei der KMW an die Öffentlichkeit getragen. Der Beschuldigte hatte nach seinen Erfahrungen bei zahlreichen vergleichbaren Aktionen auch nichts anderes erwartet. Im Gegenteil, um konkrete Hinweise von den Beschäftigten ging es ihm nie. Der Beschuldigte wollte Diskussionen unter den Beschäftigten der KMW auslösen, wollte sie auch aufmerksam machen auf die Möglichkeit, sich nach eigener Gewissensprüfung an die Öffentlichkeit zu wenden. Er wollte mit den Flugblättern in die KMW hineinwirken, indem er zu einem Klima beiträgt, in dem es zu Verstößen gegen Rüstungsexportbestimmungen nicht mehr kommt, weil die Verantwortlichen mit ihrer Aufdeckung, d.h. mit strafrechtlichen Konsequenzen und mit Reputationsschäden rechnen müssen.

Zu diesem Zweck hat der Beschuldigte eine provokante Sprache gewählt. Er ruft auf, verwendet den Imperativ, benennt Mitglieder der Führungsebene der KMW, bietet Kontaktmöglichkeiten und beschreibt die Risiken, denen sich Hinweisgeber ausgesetzt sehen. Er *will* provozieren, sowohl die Adressaten des Flugblatts als auch die Unternehmensführung. Das ist kontrovers, aber legal. Der Beschuldigte hat seine friedenspolitisch geprägte Meinung auf provokante Weise geäußert und nicht öffentlich zum Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen aufgefordert; er wollte dazu auch nicht auffordern. Weder enthält sein Aufruf eine Aufforderung zu konkreten Straftaten noch wäre das Verhalten, zu dem er aufruft, strafbar. Denn aus altruistischen Gründen handelnde Hinweisgeber erfüllen nicht die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 Abs. 1 UWG; und eine Auslegung dieser Vorschrift im Lichte der EU-Richtlinie zu Geschäftsgeheimnissen führt jedenfalls zur Rechtfertigung von Hinweisen auf illegale Rüstungsexporte.

B. Der Beschuldigte hat sich nicht strafbar gemacht

Nach § 111 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften zu einer rechtswidrigen Tat auffordert. Bei gebotener Berücksichtigung des Grundrechts der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ist dem Flugblatt eine *Aufforderung* in diesem Sinne nicht hinreichend eindeutig zu entnehmen (I.). Die Verteilung des Flugblatts durch den Beschuldigten an die KMW-Beschäftigten erfüllt zudem nicht die Tatmodalität „*öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften*“ (II.). Auch ist Gegenstand der vermeintlichen Aufforderung keine *rechtswidrige Tat* (III.). Selbst wenn der objektive Tatbestand des § 111 Abs. 1 StGB erfüllt wäre, fehlt dem Angeklagten jedenfalls der erforderliche *Vorsatz* (IV.).

I. Flugblatt keine Aufforderung zu einer Straftat

1. Maßstab

Eine Aufforderung i.S.d. § 111 Abs. 1 StGB ist jede Kundgebung, die den Willen des Täters zu erkennen gibt, von dem Aufgeforderten ein bestimmt bezeichnetes kriminelles Tun oder Unterlassen zu verlangen. Schon die Formulierung „Aufforderung“ impliziert mehr als eine bloße Information und auch mehr als lediglich eine politische Unmutsäußerung oder Provokation.

KG, Urteil vom 29. 6. 2001 – (3) 1 Ss 388/00 (115/00) (= NJW 2001, 2896) m.w.N.; OLG Stuttgart, Beschluß vom 26. 2. 2007 – 4 Ss 42/07 (NSTZ 2008, 36, 37); Eser in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 111 Rn. 3 m.w.N.

Nicht hinreichend ist die allgemeine Befürwortung bestimmter Taten.

BGH, Urteil vom 14.03.1984 – 3 StR 36/84 (= NJW 1984, 1631) m.w.N.

Zur Bestimmung ihres Inhalts ist die Äußerung aus Sicht des Empfängers auszulegen. Die Auslegung von Meinungsäußerungen muss Inhalt und Reichweite der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG berücksichtigen. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ist verletzt, wenn der Sinn einer Meinungsäußerung unzutreffend erfasst wird. Bei mehrdeutigen Aussagen darf die zur Verurteilung führende Bedeutung nur zu Grunde gelegt werden, wenn andere mögliche Deutungen mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen wurden:

„[D]ie Verurteilung wegen einer Äußerung [verstößt] schon dann gegen Art. 5 Abs. 1 GG, wenn diese den Sinn, den das Gericht ihr entnommen und der Verurteilung zugrunde gelegt hat, nicht besitzt oder wenn bei mehrdeutigen Äußerungen die zur Verurteilung führende Deutung zugrunde gelegt worden ist, ohne dass andere, ebenfalls mögliche Deutungen mit überzeugenden Gründen ausgeschlossen worden sind (vgl. BVerfGE 43, 130 <136 f.>; 61, 1 <7 ff.>; 82, 43 <52>).

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 28. März 2017 – 1 BvR 1384/16 –, juris Rn 17.

Maßgeblich für die Bedeutung einer Meinungsäußerung ist das Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums. Neben dem Wortlaut einer Äußerung sind dabei stets auch der sprachliche Kontext und Begleitumstände zu berücksichtigen:

„Danach ist Voraussetzung jeder rechtlichen Würdigung von Meinungsäußerungen, dass ihr Sinn zutreffend erfasst worden ist. Maßgeblich ist hierfür der Sinn, den die Äußerung nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen

Publikums hat. Dabei ist stets vom Wortlaut der Äußerung auszugehen. Dieser legt ihren Sinn aber nicht abschließend fest. Er wird vielmehr auch von dem sprachlichen Kontext, in dem die umstrittene Äußerung steht, und den Begleitumständen, unter denen sie fällt, bestimmt, soweit diese für die Rezipienten erkennbar waren.“

BVerfG, Beschluss vom 04. November 2009 – 1 BvR 2150/08 –, juris Rn. 104.

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt auch pointierte und provozierende Formulierungen:

„Denn Sinn jeder zur Meinungsbildung beitragenden öffentlichen Äußerung ist, Aufmerksamkeit zu erregen, weshalb angesichts der heutigen Reizüberflutung einprägsame, teilweise überpointierte Formulierungen hinzunehmen sind (vgl. BVerfGE 82, 236 [267]). Dies ergibt erst recht dann, wenn der Äußernde keine eigennützigen Ziele verfolgt, sondern sein Beitrag dem geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit besonders berührenden Frage dient (vgl. BGH, NJW 2000, 3421 [3422]).“

KG, Urteil vom 29. 6. 2001 - (3) 1 Ss 410/00 (35/01) – (= NSTZ-RR 2002, 10 [11]).

Zudem wird die isolierte Betrachtung eines umstrittenen Äußerungsteils den Anforderungen an eine zuverlässige Sinnermittlung der Äußerung im Ganzen regelmäßig nicht gerecht.

BVerfGE 54, 129 (137); 93, 266 (295); BVerfG, Beschl. v. 25. Oktober 2012 – 1 BvR 901/11 (= NJW 2013, 217, 218 m.w.N.); BGH, Urt. v. 16. Juni 1998 – VI ZR 105/97 (= NJW 1998, 3048, 3048); außerdem in ähnlichen Verfahren gegen den Beschuldigten OLG Koblenz, Urt. v. 28. September 2005 – 1 Ss 215/05; LG Koblenz, Urt. v. 12. Juli 2016 – 5 Ns 2010 Js 13035/15; VG Freiburg, Urt. v. 27. September 2017 – 1 K 3529/16 –, Rn. 26.

2. **Der Beschuldigte provoziert und fordert nicht zum Geheimnisverrat auf**

Das Flugblatt trägt den Titel „Öffentlicher Aufruf zum Whistleblowing“. Im Folgenden kritisiert der Beschuldigte aber sehr detailliert die in seinen Augen „illegale Exportpraxis“ der KMW. Er verweist dazu auf die offizielle Unternehmenspolitik von KMW und kontrastiert diese mit bestimmten Geschäftspraktiken des Unternehmens, nämlich dem Aufbau von Standorten in Krisen- und Kriegsgebieten, der Belieferung von kriegführenden Ländern, dem Bruch politischer Tabus beim Rüstungsexport und der Korruption bei der Geschäftsanbahnung (vgl. Ziff. 1.-4. des Flugblatts, Bl. 11 d.A.).

Diese Aufzählung, die Verwendung des Imperativs, die namentliche Nennung von Verantwortlichen, die Formulierung „Aufforderung zum Whistleblowing“ sowie die Angabe von Kontaktdaten und einer „Rechtshilfebelehrung“ provoziert einen verständigen Empfänger und musste auch konkret die Beschäftigten der KMW provozieren. Sie werden sie als Zeugnis der politischen Überzeugungen des

Beschuldigten verstanden, bestenfalls noch zum Anlass für Diskussionen und die Befragung des eigenen Gewissens genommen haben. Niemand versteht einen solchen Aufruf als konkrete Aufforderung zum Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Insbesondere auch deshalb nicht, weil das Flugblatt in einer „Rechtshilfebelehrung“ auf die arbeits- und strafrechtlichen Risiken des Whistleblowings hinweist und dadurch geradezu von einem solchen Schritt abschreckt. Hinzu kommt, dass weder mit dem Beschuldigten noch mit der „Öffentlichkeit“ taugliche Adressaten etwaiger Hinweise im Flugblatt genannt sind: Der Beschuldigte ist kein Journalist und deshalb zur Entgegennahme von Hinweisen zu illegalen Exporten nicht besser geeignet als jeder andere, was für Dritte unmittelbar erkennbar ist; und an „die Öffentlichkeit“ lassen sich Hinweise nicht adressieren.

Für den fehlenden Aufforderungscharakter sprechen auch die Begleitumstände (zu deren Relevanz vgl. o. BVerfG, 1 BvR 2150/08) der Verteilung der Flugblätter: Wer für jedermann sichtbar vor dem Werksgelände, auf dem er oder sie arbeitet, ein Flugblatt entgegennimmt, fühlt sich dadurch nicht zur Preisgabe von Betriebsinterna aufgefordert. Denn er oder sie muss damit rechnen, dass die Unternehmensleitung dies registriert oder anderweitig Kenntnis davon erlangt, sodass niemand erwägen wird, den Urheber der Flugblätter zu kontaktieren.

Entsprechend der vorstehenden Ausführungen hat auch schon das Verwaltungsgericht Freiburg ein ähnliches Flugblatt nicht als Aufforderung i.S.d. § 111 Abs. 1 StGB bewertet:

„Aus objektiver Sicht zielte der Kläger mit der Verteilung des Flugblatts auf der geplanten Veranstaltung darauf ab, einen Beitrag zu dem in der Öffentlichkeit kontrovers diskutierten Thema möglicher illegaler Waffenexporte eines der größten deutschen Kleinwaffenherstellers zu leisten und Aufmerksamkeit auf diese Problematik zu lenken. Seine Kritik an illegalen Waffenlieferungen wollte er vor allem durch seine provozierende Aufforderung an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, firmeninterne Informationen zu illegalen Exportpraktiken der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, kundtun. Auf der Vorderseite des Flugblatts ist eindeutig eine politische Stellungnahme gegen die illegale Verbreitung von deutschen Handfeuer- und Infanteriewaffen in der Welt enthalten. [...] Nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittslesers besteht somit zumindest die naheliegende Auslegungsmöglichkeit, dass das Flugblatt durch die Überschrift ‚Öffentlicher Aufruf zum Whistleblowing an alle Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der H & K GmbH‘ und die Konkretisierung dieses Aufrufs auf der Rückseite gerade durch die persönlich gestaltete Ansprache der Beschäftigten einen Weckruf in Bezug auf den Umgang mit Waffenexporten und damit keine konkrete Aufforderung im strafrechtlichen Sinne des § 111 Abs. 1 StGB darstellen sollte.“

VG Freiburg (Breisgau), Urteil vom 27. September 2017 – 1 K 3529/16 –, juris Rn. 56.

II. Keine „öffentliche“ Aufforderung und kein „Verbreiten von Schriften“

Ungeachtet der Tatsache, dass der Beschuldigte mit den Flugblättern zu keiner Straftat aufforderte, sondern seine Meinung äußerte, verteilte er diese nicht „öffentlich“ und verbreitete auch keine Schriften i.S.d. § 111 Abs. 1 StGB.

„Öffentlich“ ist eine Äußerung nur, wenn sie für einen nach Zahl und Individualität unbestimmten Kreis oder für einen nicht durch persönliche Beziehung innerlich verbundenen größeren bestimmten Kreis von Personen unmittelbar wahrnehmbar ist.

Zu § 86a StGB: BayObLG, Beschl. v. 12. März 2003 – 5 St RR 20/2003 (= NSTZ-RR 2003, 233).

Ausgeschlossen ist die Öffentlichkeit nicht nur dann, wenn der Täter eine persönliche Beziehung zu den Adressaten hat, sondern bereits dann, wenn die Adressaten untereinander durch persönliche Beziehungen verbunden sind.

Zu § 86a StGB: OLG Celle, Urt. v. 10. Mai 1994 – 1 Ss 71/94 (= NSTZ 1994, 440 f.).

Entsprechend muss für das „Verbreiten von Schriften“ der Adressatenkreis nach Zahl und Individualität so groß sein, dass er für den Täter nicht mehr kontrollierbar ist.

So zu § 130 StGB: BVerfG, Beschl. v. 9. November 2011 – 1 BvR 461/08 –, Rn. 24; BGH, Urt. v. 22. Dezember 2004 – 2 StR 365/04 (= NJW 2005, 689, 690) m.w.N.; BGH, Beschl. v. 10. Januar 2017 – 3 StR 144/16 (= NSTZ 2017, 405, 406).

Die Weitergabe einer Schrift nur an einzelne bestimmte Dritte ist ein Verbreiten nur dann, wenn feststeht, dass diese Dritten ihrerseits die Schrift weiteren Personen überlassen werden.

So zu § 130 StGB: BVerfG, Beschl. v. 9. November 2011 – 1 BvR 461/08 –, Rn. 24; zu §§ 86a, 130 StGB: BGH, Beschl. v. 16. Mai 2012 – 3 StR 33/12 (= NSTZ 2012, 564); zu § 184b StGB *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 5a m.w.N.; vgl. auch zu § 93 StGB a.F. (Verbreitung einer verfassungsfeindlichen Schrift): BGH, Urt. v. 25. April 1966 – 3 StR 1/66.

Hier waren alle Adressaten des Flugblatts durch ihre Betriebszugehörigkeit untereinander verbunden. Der Beschuldigte verteilte die Flugblätter nicht irgendwo im öffentlichen Raum, sondern unmittelbar vor dem Werksgelände der KMW, was die Erwartung begründete, die Flugblätter ausschließlich an deren Beschäftigte zu verteilen. Auch inhaltlich spricht das Flugblatt nur diesen begrenzten Personenkreis an („... an alle Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Krauss-Maffei Wegmann GmbH & Co. KG“). Es bezweckte, ausschließlich die Beschäftigten der KMW zum Nachdenken über die ethisch heiklen Implikationen ihrer Tätigkeit anzuhalten. Auch konnten sich

ausweislich des Wortlauts des § 17 Abs. 1 UWG überhaupt nur bei der KMW „beschäftigte Person[en]“ des Geheimnisverrats strafbar machen (vgl. unten III. dazu, dass eine Strafbarkeit der Beschäftigten ohnehin ausgeschlossen ist).

Zudem war zu erwarten, dass das Flugblatt wegen seines Inhalts und der vom Beschuldigten gewählten Umstände der Verteilung allenfalls innerhalb des so verbundenen, also eng begrenzten Personenkreises, d.h. unter den Beschäftigten weitergegeben würde.

Der Auffassung, dass der Beschuldigte die Flugblätter nicht i.S.d. § 111 Abs. 1 StGB verbreitete, steht auch die Überschrift „Öffentlicher Aufruf ...“ nicht entgegen. Denn für die rechtliche Beurteilung ist die Bezeichnung des Flugblatts unerheblich.

Dieses Ergebnis ist in Anbetracht des besonderen Strafgrundes des § 111 StGB zwingend. § 111 StGB geht über die Strafbarkeit des Anstifters in zwei entscheidenden Punkt hinaus: Es ist – anders als nach § 30 StGB für den Anstifter – auch die erfolglose Aufforderung zu Vergehen strafbar, vgl. § 111 Abs. 2 Satz 1 StGB; zudem stellt § 111 Abs. 1 StGB anders als § 26 StGB an den Anstifter keine Anforderungen an die Konkretisierung des Aufgeforderten. Grund für diese weite Strafbarkeit ist die sich aus der mangelnden Konkretisierung ergebende, besondere Gefährlichkeit der Begehungsweise in Gestalt der fehlenden Steuerbarkeit des Geschehens.

BayObLG, Urt. v. 23. September 1993 – 2 St RR 190/92
(= NJW 1994, 396); OLG Karlsruhe, Urt. v. 12. Februar 1993 – 3 Ss
99/92 (= NSTZ 1993, 389, 390).

Die Verteilung von Flugblättern an die Beschäftigten der KMW hatte der Beschuldigte aber gerade gesteuert: Er hat sich vor das Werksgelände gestellt, hat nur KMW-Beschäftigte angesprochen und ihnen die Flugblätter überreicht, hat sich inhaltlich nur an KMW-Beschäftigte gerichtet und hat das Flugblatt auf Sachverhalte beschränkt, von denen nur KMW-Beschäftigte nähere Kenntnis haben konnten.

III. **Hilfsweise: Handlung, zu der aufgefordert wurde, nicht strafbar**

Selbst wenn der Beschuldigte in seinem Flugblatt öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften dazu aufgefordert hätte, ihm bzw. der Öffentlichkeit Informationen über illegale Exporte mitzuteilen, so hätten dieser hypothetischen Aufforderung folgende Beschäftigte der KMW sich nicht nach § 17 Abs. 1 UWG strafbar gemacht, sodass der Beschuldigte auch aus diesem Grund freizusprechen ist. Denn diese Personen hätten den subjektiven Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG nicht erfüllt (dazu unter 1.) bzw. ihr Verhalten wäre jedenfalls gerechtfertigt gewesen (dazu unter 2.).

1. Keine strafbewehrte Motivation der Hinweisgeber

Im Raum steht eine Aufforderung zu einer Straftat nach § 17 Abs. 1 UWG. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihr im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemand (1) zu Zwecken des Wettbewerbs, (2) aus Eigennutz, (3) zugunsten eines Dritten oder (4) in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, mitteilt.

Es würde den vom Flugblatt des Beschuldigten animierten KMW-Beschäftigten an der in § 17 Abs. 1 UWG vorausgesetzten Motivation fehlen. Das Flugblatt ist darauf angelegt, bei den Beschäftigten moralische Bedenken hervorzurufen. Weder fordert der Beschuldigte (1) zum Geheimnisverrat zu Gunsten von Konkurrenten der KMW auf noch stellt er (2) einen Vorteil wie etwa Geld in Aussicht. Vielmehr ist jedem Empfänger des Flugblatts klar, dass der Beschuldigte selbst aus altruistischen Gründen handelt und an dieselben Werte der Beschäftigten appelliert. Wer aber ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis ausschließlich deshalb publik macht, um seinem Gewissen zu folgen und die Öffentlichkeit über rechtlich und ethisch fragwürdige Praktiken des eigenen Arbeitgebers zu informieren, handelt auch nicht (3) zu Gunsten eines Dritten. Entsprechend bezeichnet es *Reinbacher* als

„[n]och recht einfach (...), wenn es dem Whistleblower rein altruistisch nur darum geht, eine Straftat oder einen Missstand aufzudecken. Denn dann liegt schon der subjektive Tatbestand des § 17 UWG nicht vor (...).“

Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (116) m.w.N.

Lediglich im Zusammenhang mit Hinweisen an die Presse wird diskutiert, ob diese „zugunsten eines Dritten“ erfolgen könne. Einen Gang an die Presse hat aber das Flugblatt überhaupt nicht angeregt. Auch falls Informationen an den Beschuldigten selbst gegeben worden wären statt allgemein an die Öffentlichkeit, hätte er hieran kein eigenes (journalistisches) Interesse, weil er aus der Verbreitung der Informationen keinen Vorteil gezogen hätte, sodass auch insoweit keine Informationen „zugunsten eines Dritten“ weitergegeben worden wären.

Schließlich ist unerheblich, ob (4) die Hinweisgeber einen Schaden für KMW in Kauf genommen hätten, denn es wäre ihnen nach der Zielrichtung des Flugblatts darauf nicht im Sinne einer zielgerichteten „Absicht“ angekommen, sodass auch diese Variante des § 17 Abs. 1 UWG nicht gegeben ist.

So auch die Einschätzung des Verwaltungsgerichts Freiburg im erwähnten Parallellfall:

„Darüber hinaus dürfte fraglich sein, inwieweit durch das Flugblatt Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter angesprochen werden sollten, welche tatsächlich den subjektiven Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG erfüllen und Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in Schädigungsabsicht weitergeben würden. Denn den Gesamtumständen der Aktionen zufolge ging es dem Kläger in erster Linie darum, Licht ins Dunkel der womöglich teilweise illegalen Waffenexportpraktiken des Unternehmens zu bringen. Selbst wenn der Kläger tatsächlich die Angesprochenen zur Preisgabe interner Daten motivieren wollte, so hatte er wohl Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Auge, deren Gewissen sie zu dieser Offenlegung zwingt und nicht solche, die zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in Schädigungsabsicht handeln würden.“

VG Freiburg (Breisgau), Urteil vom 27. September 2017 – 1 K 3529/16 –, juris Rn. 52.

Teilweise wird zwar zu dem Nachweis dafür, dass das Merkmal „zugunsten eines Dritten“ in § 17 Abs. 1 UWG auch die Weitergabe von Informationen aus ideologischen Gründen erfasse, auf die Gesetzesbegründung verwiesen. Das überzeugt jedoch nicht, weil sie die hiesige Ansicht nur bestätigt. Denn die Gesetzesbegründung begründet die Einfügung des Merkmals „zugunsten eines Dritten“ damit, Täter erfassen zu wollen, die „aus ideologischen Motiven im Interesse eines anderen Staates handeln“.

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 10/5058, S. 40.

Auch der Gesetzgeber hatte folglich gerade nicht den Fall im Blick, dass jemand nicht zu Gunsten eines anderen (Staates), sondern im öffentlichen Interesse (Aufdeckung strafbaren Verhaltens) Betriebsinterna bekannt gibt. So wäre es aber hier: Das Flugblatt spricht Personen an, denen es nicht um eine bestimmte Ideologie geht, sondern die ihr Gewissen in einer ethisch schwierigen Sache befragen und zu dem Schluss gelangen, dass der Gang an die Öffentlichkeit die gebotene Antwort ist.

2. Handlung, zu der aufgefordert wurde, gerechtfertigt

Art. 5 lit. b der Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung sieht eine Ausnahme für die Verfolgung von Whistleblowern vor, der hier zu Gunsten des Beschuldigten bei der Auslegung des § 17 Abs. 1 UWG zu berücksichtigen ist.

2.1 Richtlinienkonforme Auslegung des § 17 Abs. 1 UWG

Die Richtlinie (EU) 2016/943 wirkt sich zu Gunsten des Beschuldigten auf die Auslegung des Merkmals „unbefugt“ in § 17 Abs. 1 UWG aus.

Nach Art. 5 lit. b der Richtlinie (EU) 2016/943 ist die veröffentlichende Person von einer Verfolgung ausgenommen, wenn sie „zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit“ und mit der Absicht handelt, „das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Es besteht kein Vorrang innerbetrieblicher Abhilfe und es kommen als Adressat neben der zuständigen Strafverfolgungsbehörde auch andere wie z.B. Medien in Betracht.

Kalbfus, in: BeckOK UWG, Stand: 29.6.2017, § 17 Rn. 95; *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (231).

Nach überzeugender Auffassung erfasst Art. 5 lit. b der Richtlinie (EU) 2016/943 sogar Fälle, in denen der Hinweisgeber nur grundsätzlich mit der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, daneben aber auch ein eigenes Interesse daran hat, etwa eine Entlohnung erhält. Denn sonst würden Hinweisgeber zumindest in Fällen, in denen Informationen an die Presse gegeben werde oder in denen der Staat eine Belohnung zahlt, demotiviert, was die Richtlinie nach ihrem Erwägungsgrund 20 gerade nicht will.

Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (118).

Grundsätzlich sind Richtlinien in den Mitgliedstaaten zwar nicht unmittelbar anwendbar. Allerdings sind nationale Vorschriften richtlinienkonform auszulegen, sobald die Frist zu ihrer Umsetzung fruchtlos abgelaufen ist.

Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 Rn. 80 m.w.N.

Die Richtlinie (EU) 2016/943 war laut ihrem Art. 19 Abs. 1 bis zum 9. Juni 2018 umzusetzen, ohne dass der deutsche Gesetzgeber ein entsprechendes Gesetz erlassen hat.

Aus der dadurch gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 17 Abs. 1 UWG ergibt sich, dass „unbefugt“ i.S.d. Vorschrift nicht handeln kann (und dass sein Handeln deshalb gerechtfertigt ist), wer die Kriterien von Art. 5 der Richtlinie (EU) 2016/943 für eine Ausnahme von Verfolgung erfüllt.

Dass eine Auslegung des Merkmals „unbefugt“ i.S.d. § 17 Abs. 1 UWG zu Gunsten des Beschuldigten in der deutschen Gesetzessystematik als Rechtfertigungsgrund wirkt, ergibt sich nicht nur aus der Bedeutung dieses Merkmals innerhalb des § 17 Abs. 1 UWG,

das BayObLG etwa setzte die „unbefugte“ mit der „ohne Rechtfertigung erfolgte[n]“ Verwertung von Geschäftsgeheimnissen

verhindern, dass (weitere) Waffen an Parteien gehen, die gegen Partner der Bundesrepublik Deutschland kämpfen. Demgegenüber ist das Interesse eines Rüstungskonzerns wie der KMW an der Geheimhaltung *illegaler* Exporte – soweit man ein Interesse am Schutz von Informationen über illegale Aktivitäten überhaupt anerkennen will – schon für sich genommen sehr gering. Zudem hat eine Beschädigung des Rufs der KMW wegen der Kundenstruktur von Rüstungsunternehmen ohnehin wenig Auswirkungen auf ihre Geschäftstätigkeit.

Die Strafbarkeit des Bekanntmachens solcher Informationen ist auch wegen dieser Abwägung zu Gunsten der Hinweisgeber unbedingt abzulehnen.

2.3 Kein anderes Ergebnis wegen zeitlichen Ablaufs

Unbeachtlich ist hingegen, dass der Beschuldigte die Flugblätter vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist, nämlich am 16. Mai 2018 verteilte. Denn nach dem in § 2 Abs. 3 StGB (und im Übrigen auch in Art. 49 Abs. 1 Satz 3 GRCh) verankerten Meistbegünstigungsprinzips ist bei Verschiedenheit der Gesetze von der Tatzeit bis zur Entscheidung das mildeste Gesetz anzuwenden. Das muss analog für den Fall gelten, dass ein Strafgesetz nach der Tat, aber vor der Entscheidung (nunmehr) richtlinienkonform zu Gunsten des Betroffenen auszulegen ist. Denn der Betroffene darf nicht dadurch schlechter stehen, dass der nationale Gesetzgeber seinen europarechtlichen Umsetzungspflichten nicht rechtzeitig nachgekommen ist.

Hier ist die Umsetzungsfrist der Richtlinie (EU) 2016/943 nach der Tat, aber vor der Entscheidung abgelaufen, sodass analog § 2 Abs. 3 StGB die Vorschrift des § 17 Abs. 1 UWG zu Gunsten des Beschuldigten auszulegen ist.

iv. Kein (doppelter) Vorsatz

Schließlich hatte der Beschuldigte weder den Vorsatz, Beschäftigte der KMW zu Hinweisen über illegale Exporte aufzufordern, noch hatte er Vorsatz hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 17 Abs. 1 UWG.

Der Beschuldigte hat nicht erwartet, dass Beschäftigte der KMW auf seinen Aufruf hin tatsächlich Unternehmensinterna veröffentlichen würden. Der Beschuldigte stützt sich dabei auf seine langjährige Erfahrung als Friedensaktivist. Er hat schon oft ähnliche Flugblätter verteilt. Diese haben aber nie zur Erlangung von Informationen geführt. Deshalb hat der Beschuldigte es auch bei der Verteilung des Flugblattes zu KMW nicht für möglich gehalten, Informationen von deren Beschäftigten zu erhalten. Im Gegenteil hat er durch die Darstellung der Risiken für die Adressaten des Flugblatts in seiner „Rechtshilfeerklärung“ sogar noch die Wahrscheinlichkeit von Hinweisen an ihn oder die Öffentlichkeit weiter reduziert, was ihm auch bewusst war.

Die Verteilung der Flugblätter hatte vielmehr das Ziel, die einzelnen Beschäftigten zu einer (selbst-)kritischen Haltung zu der Geschäftspraxis ihres Arbeitgebers und ihrer eigenen beruflichen Tätigkeit in diesem Zusammenhang anzuhalten und Diskussionen um illegale Exporte in das Unternehmen KMW zu tragen. Indem er sein Flugblatt mit „Aufruf zum Whistleblowing“ überschrieb, wollte er zum Ausdruck bringen, dass er selbst dieses Verhalten für das moralisch und gesellschaftspolitisch richtige hielt. Er wollte durch seine Provokation auch zu einem Unternehmensklima beitragen, das illegale Exportpraktiken künftig unterbindet.

Jedenfalls aber hatte der Beschuldigte keinen Vorsatz hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen einer Straftat nach § 17 Abs. 1 UWG. Wie oben bereits ausgeführt (vgl. B.III.1), war das Flugblatt so zu verstehen, dass es – wenn überhaupt – nur zu Hinweisen aus Gründen aufrief, von denen keiner die Voraussetzungen an die Motivation eines Täters nach § 17 Abs. 1 UWG erfüllt. Unabhängig vom Aussagegehalt des Flugblatts entsprach das aber auch der Vorstellung des Beschuldigten: Er ging selbstverständlich davon aus, dass Beschäftigte der KMW, die entgegen seiner Erwartung an die Öffentlichkeit gehen würden, dies aus denselben, altruistischen Gründen tun würden, die ihn zum Verteilen der Flugblätter bewegten. Auch ging er davon aus, dass sie mit Blick auf Art. 5 lit. b der Richtlinie (EU) 2016/943 gerechtfertigt gehandelt hätten.

Einen Vorsatz verneinte entsprechend auch das Landgericht Koblenz bei einem ähnlichen Flugblatt:

„4. Schließlich fehlt es zumindest an den subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit, da es insoweit nach der insoweit nicht widerleglichen Einlassung des Angeklagten nicht dessen Ziel war, dass tatsächlich Informationen von den Bediensteten preisgegeben würden, was er auch gar nicht erwartet hat und was auch nicht passiert ist.“

LG Koblenz, Urteil v. 12. Juli 2016, 5 NS 2010 Js 13035/15, S. 32.