

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 6/1: Nebenstrafrecht II

Strafvorschriften aus: MarkenG - UrhG - UWG - AO - SchwarzArbG - AÜG - BetrVG - AktG - AWG - BauFordSiG - BörsG - DepotG - GenG - GewO - GmbHG - HGB - InsO - KWG - WpHG - TKG - TMG

von

Dr. Klaus Mießbach, Prof. Dr. Roland Schmitz, Prof. Dr. Karsten Altenhain, Prof. Dr. Wolfgang Joecks, Prof. Dr. Klaus F. Bröker, Prof. Dr. Markus Jäger, Dr. Olaf Hohmann, Prof. Dr. Gerhard Janssen, Dr. K. Kiethe, Dr. Eva Kohler, Dr. Gabriele Maluga, Dr. Barbara Maske-Reiche, Dr. Andreas Mosbacher, Dr. Panos Pananis, Dipl.-Finanzwirt Ulrich Sorgenfrei, Jörg Wagner, Dr. Carsten Wegner, Raimund Weyand, Dr. Martin Wulf

1. Auflage

[Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 6/1: Nebenstrafrecht II – Mießbach / Schmitz / Altenhain / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Strafgesetzbuch](#)



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 48830 6

[Inhaltsverzeichnis: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 6/1: Nebenstrafrecht II – Mießbach / Schmitz / Altenhain / et al.](#)

Der Katalog der Punkte in § 5 Abs. 1 S. 2 ist in der Fassung des UWG 2008 abschließend, wohingegen man aus der Formulierung des § 5 Abs. 2 aF schließen konnte, dass es sich lediglich um Regelbeispiele handelte.¹³⁸ Fraglich ist nun, ob eine Übertragung des Katalogs aus § 5 Abs. 1 S. 2 zur Feststellung der Frage, ob eine geschäftliche Handlung irreführend ist auch auf die Feststellung der irreführenden Werbung im Bereich des Strafrechts möglich ist. Der Begriff der „geschäftlichen Handlung“ ist in § 2 Abs. 1 Nr. 1 legaldefiniert als jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Ausschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Der Begriff der geschäftlichen Handlung ist folglich weiter als der der Werbung in Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114 EG, ist diese doch nur eine von vielen denkbaren geschäftlichen Handlungen.¹³⁹ Somit kann man grundsätzlich davon ausgehen, dass Angaben, die eine geschäftliche Handlung zu einer irreführenden machen, dies auch im Bezug auf Werbung tun.¹⁴⁰ Dies kann sich jedoch allenfalls auf § 5 Abs. 1 beziehen, da dieser den strafrechtlichen Mindestanforderungen an einen Tatbestand, insbesondere dem Bestimmtheitsgebot genüge tut. Auf § 5 Abs. 3 und 4 ist diese Schlussfolgerung jedoch nicht auszudehnen. Prägnant wird dies bei der in § 5 Abs. 4 aufgenommenen **gesetzlichen Vermutung** für eine Irreführung mit der Herabsetzung eines Preises, wenn der Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist. Erst Recht gegen eine Anwendung des § 5 spricht die **Beweislastregelung** in § 5 Abs. 4 S. 2, die dem den Preis Herabsetzenden die Beweislast auferlegt.¹⁴¹ Dies verstößt gegen die im Strafrecht geltende Unschuldsvermutung und den Grundsatz der materiellen Wahrheit.

Auch kann weder aus der Gesetzgebungshistorie noch aus dem Zweck der Norm eine so weit reichende Extension des § 16 Abs. 1 hergeleitet werden und so ist die Überlegung berechtigt, ob der Begriff der irreführenden Werbung nicht strafrechtsspezifisch einengend verstanden werden muss.

β) Werbung. Eine **Legaldefinition des Werbebegriffs** ist in das UWG nicht aufgenommen worden. Dafür wird im Wesentlichen¹⁴² auf die Richtlinie über die irreführende und vergleichende Werbung verwiesen,¹⁴³ wonach in Art. 2 Nr. 1 dieser Richtlinie Werbung jede Äußerung bei der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, mit dem Ziel ist, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.¹⁴⁴

Tatbestandsvoraussetzung des Werbebegriffs in Abs. 1 ist ferner, dass die Angaben geschäftlicher Art sein müssen, die zu Wettbewerbszwecken im geschäftlichen Verkehr gemacht werden.¹⁴⁵ Es findet jedoch keine Gleichsetzung von Werbung und Wettbewerbsbehandlung nach dem UWG statt.¹⁴⁶ Betroffen ist vom Begriff nur die Werbung im Absatz von Waren¹⁴⁷ oder Dienstleistungen,¹⁴⁸ so genannte Absatzwerbung.¹⁴⁹ Demnach ist die Kontaktaufnahme mit dem Ziel des Erhaltens von Angeboten von Waren oder Dienstleistungen keine Werbung im Sinne dieses Gesetzes.¹⁵⁰ Dies entspricht auch der Definition der „Direktwerbung“ gemäß der EU-Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kom-

¹³⁸ Dies ergab sich aus der Formulierung „insbesondere in ihr enthaltene Angaben über“ in § 5 Abs. 2 aF.

¹³⁹ Steinbeck WRP 2006, 632 ff.; s. Richtlinie 2006/114 EG v. 12. 12. 2007, ABl. L 376 v. 27. 12. 2006.

¹⁴⁰ Genauer zum Katalog des § 5 Abs. 1 S. 2, s. Kommentierung § 5.

¹⁴¹ Vgl. Tiedemann Rn. 67.

¹⁴² Emmerich WettbewR, S. 269 f.

¹⁴³ ABl. L (Fn 10).

¹⁴⁴ Im einzelnen Tilmann GRUR 1997, 790.

¹⁴⁵ BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

¹⁴⁶ OLG Düsseldorf v. 4. 10. 2005 – I-20 U 64/05, 20 U 64/05, MMR 2006, 171.

¹⁴⁷ OLG Köln v. 1. 9. 1964 – Ss 251/64, NJW 1965, 265.

¹⁴⁸ Hierzu zählt auch die Heilberufleistung OVG NW v. 22. 6. 2005 – 6t A 53/03.T, NJW 2006, 857 (859).

¹⁴⁹ OLG Düsseldorf (Fn 157) MMR 2006, 171 (172).

¹⁵⁰ AA RG v. 22. 1. 1937 – 4 D 974/36, RGSt 71, 16 (17).

munikation.¹⁵¹ Die begriffliche Zuordnung des Werbebegriffs in den Regelbeispielen des § 7 Abs. 2 Nr. 1–Nr. 4 stellt insofern in § 16 Abs. 1 die äußerste Wortlautgrenze für den Straftatbestand dar.

- 40 **γ) Wesentlichkeitsschwelle.** Inwieweit als „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“ eine Wesentlichkeitsschwelle durch die Angabe der falschen Tatsachen überschritten werden muss, ist umstritten.¹⁵² Dagegen wird ausgeführt, dass durch das neue Leitbild des Durchschnittsumworbene(n), welches der Neufassung des UWG zu Grunde liegt, hierfür kein Anlass mehr bestehe.¹⁵³ Der durchschnittlich informierte und verständige Umworbene soll, wenn er irre geführt wird, die Irreführung aller weniger informierten, aufmerksamen und verständigen Dritten jedenfalls mit umfassen. Es sollen lediglich Überlegungen der Verhältnismäßigkeit Platz greifen können.¹⁵⁴ Hiergegen wird vorgebracht, dass der falschen Tatsache für die Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers maßgebliche Bedeutung zukommen muss.¹⁵⁵ Die Inbezugnahme auf die Rechtsprechung zu § 4 aF wird von dieser Auffassung ausdrücklich kritisch gesehen.¹⁵⁶
- 41 Problematisch ist die Annahme eines **ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals** stets dann, wenn es sich um ein neues Gesetz handelt und in der Gesetzesgenese kein entsprechender Anknüpfungspunkt zu finden ist. Die grundsätzlich geringe Bedeutung des gesetzgeberischen Willens hat aber andererseits das BVerfG früh festgelegt.¹⁵⁷ Die bloße Bezugnahme auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz führt dieser Frage keine Lösung zu, da jede staatliche Handlung und erst recht das Strafrecht stets dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterstehen.¹⁵⁸ Betrachtet man die Argumentation aus dem Blickwinkel des Zivilrechts, so ist mit der Annahme, dass jede unwahre Angabe zur Irreführung geeignet¹⁵⁹ und die Gefahr der Irreführung stets ausreichend ist, der Tatbestand äußerst unscharf und weit in den Bereich des Gefährdungsdeliktens hineinreichend dargestellt.¹⁶⁰ Die Einschränkung, dass unwahre Angaben zu persönlichen Verhältnissen des Werbenden ohne Verbindung mit den Belangen des Betriebes und ähnlichem nicht erfasst werden,¹⁶¹ füllt die Wesentlichkeitsschwelle nicht aus, da dies schon keine Angaben im Sinne des Werbebegriffs des Tatbestandes sind.¹⁶² Der Unrechtsgehalt einer neutralen Handlung übersteigt also erst die Grenze vom lediglich zivilrechtlich Haftungsverpflichtenden zum strafrechtlich Relevanten, wenn dieser nach dem neuen Leitbild des Durchschnittsumworbene(n) die falsche Tatsache nicht nur wahrnimmt, sondern auch in die Wertung und Entscheidungsgrundlage für sein eigenes Verhalten einbezieht. Dies hat letztlich bereits der BGH in seiner Lavamat II-Entscheidung vorgegeben, in der er in dem Slogan „den und keinen anderen“ keine Angabe über geschäftliche Verhältnisse sah.¹⁶³ Dass dabei die falsche Angabe nicht determinativ, sondern nur Teil eines Motivbündels zu sein braucht, ist stringent.
- 42 Das ungeschriebene neue Tatbestandsmerkmal der **Wesentlichkeit der Angabe** der falschen Tatsachen ist demnach dann erfüllt, wenn die Angabe falscher Tatsachen zwar nicht alleine aber zumindest feststellbar mitbestimmend das konkrete Ergebnis des Umworbene(n) zugunsten des Täters beeinflusst hat.

¹⁵¹ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 7. 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und dem Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.

¹⁵² Für die Annahme der Wesentlichkeitsschwelle Fezer/Rengier Rn 79; aA Harte/Henning/Dreyer Rn 7.

¹⁵³ Harte/Henning/Dreyer Rn 7.

¹⁵⁴ Harte/Henning/Dreyer Rn 7.

¹⁵⁵ Emmerich WettbewR S. 298.

¹⁵⁶ Fezer/Rengier Rn 79.

¹⁵⁷ BVerfG v. 17. 5. 1960 – 2 BvL 11/59, 11/60, BVerfGE 11, 126 (130); BVerfG v. 19. 6. 1973 – 1 BvL39/69 und 14/72, BVerfGE 35, 263 (278) = DVBl. 1973, 622.

¹⁵⁸ Ransiek Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 237.

¹⁵⁹ BGH (Fn 129) BB 1957, 595 (595) GRUR 1957, 491 (493); Scharrenbroich (Fn 85) S. 77.

¹⁶⁰ So auch zu § 4 UWG aF BGH v. 15. 8. 2002 – 3 StR 11/02, NJW 2002, 3415 (3416).

¹⁶¹ BGH v. 29. 3. 1990, 1 StR 22/90 – BGHSt 36, 389 (392) = NJW 1990, 2395 (2396).

¹⁶² BGH (Fn 171) BGHSt 36, 389 (393).

¹⁶³ BGH v. 5. 2. 1965 – 1 b ZR 30/63, GRUR 1965, 365 (367).

b) Ort der Angaben. Der Gesetzgeber hat den Unrechtsgehalt der irreführenden Werbung durch unwahre Angaben mit der **öffentlichen Reichweite der Handlungen** verknüpft, um erst dadurch die Strafwürdigkeit der Wettbewerbshandlung zu realisieren. Die öffentliche Bekanntmachung und die Angaben in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, sind als zwei voneinander unabhängige Varianten vorgesehen.

aa) Öffentliche Bekanntmachung. Der Wortlaut des Abs. 1 geht zunächst von Angaben **in öffentlichen Bekanntmachungen** aus. Öffentliche Bekanntmachungen erreichen das so genannte „breite Publikum“. Öffentlich ist die Bekanntmachung, da ein Medium benutzt wird, bei dem der Verwender des Mediums den Adressatenkreis nicht mehr selbst bestimmen kann.¹⁶⁴ Ein Charakteristikum ist demnach die Unbegrenztheit und Unbestimmbarkeit derer, die durch die Werbung erreicht werden sollen. Neben den herkömmlichen Medien wie Zeitschriften, Rundfunk, Fernsehen, Plakate und sonstige körperliche Bekanntmachung, stellen die so genannten neuen Medien¹⁶⁵ einen Anwendungsbereich der öffentlichen Bekanntmachung dar. Hierzu zählen nicht nur das Internet mit seinem World-Wide-Web, Wap-Handys oder email-Systeme, sondern auch passive und interaktive CD-Roms und sämtliche Produkte des Film- und elektronischen Spielwesens.¹⁶⁶

Aus der Auswahl der Medien ergibt sich bereits, dass die Form der öffentlichen Bekanntgabe unerheblich ist. Erforderlich ist lediglich, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch jedermann gegeben ist. Dabei stellt es keine Einschränkung der Öffentlichkeit dar, wenn die Kenntnisnahme nur durch technische Hilfsmittel gegeben ist.¹⁶⁷

bb) Mitteilungen für einen größeren Personenkreis. Bei der Veröffentlichungsform der Mitteilung, die für einen **größeren Kreis von Personen** bestimmt ist, handelt es sich um eine eigenständige Tatbestandalternative. Diese erfordert nicht, dass die Information sich an die Allgemeinheit richtet.¹⁶⁸ Der Unrechtsgehalt ist gleichwohl gegeben, da die Anforderung an den Begriff des größeren Personenkreises der Qualität der Anforderung an den Begriff der Öffentlichkeit gleichgestellt werden muss. Umstritten ist,¹⁶⁹ ob der größere Kreis von Personen nur dann nicht erreicht ist, wenn kein geschlossener Personenkreis angesprochen wird.

Dabei kann als Minimalkonsens davon ausgegangen werden, dass die **Individualwerbung**, also das Einzelkundengespräch nicht von Abs. 1 erfasst ist.¹⁷⁰ Dagegen ist bereits der Ansatz der von vornherein begrenzten engeren Personenkreise¹⁷¹ im Einzelfall umstritten. Er soll zum einen nur auf kleinere geschlossene Personengruppen¹⁷² beschränkt sein. Zum anderen wird davon ausgegangen, dass es sich um eine nach Zahl und Persönlichkeit im Voraus unbestimmte und unbegrenzte Mehrheit von Personen handelt.¹⁷³ Dies argumentativ einschränkend, wird von einem geschlossenen Kreis nicht gesprochen, wenn der Kreis sehr groß ist.¹⁷⁴ Der Rückgriff auf diese Ausführungen basiert auf einer Rechtsprechung aus dem Jahre 1932,¹⁷⁵ in welcher 4960 Vereinsmitglieder als zu groß angesehen

¹⁶⁴ Wenzel/Burkhardt (Fn 92) Kap. 5 Rn 277.

¹⁶⁵ Roßnagel/Schulz, Neuordnung des Medienrechts, Eine neue Medienordnung im Zeichen der Konvergenz, 2005, S. 37 ff.

¹⁶⁶ Thomas/Stammernann, In-Game-Advertising-Werbung in Computerspielen, 2007; Lober MMR 2006, 643, 644; Schaar GRUR 2005, 912, 914.

¹⁶⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 13.

¹⁶⁸ Erbs/Kohlhaas/Diemer Rn 82.

¹⁶⁹ Siehe Harte/Henning/Dreyer § 10 Rn 14; Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 14.

¹⁷⁰ Endriß wistra 1989, 90 (92).

¹⁷¹ RG v. 12. 4. 1907 – V 1140/06, RGSt 40, 123 (130).

¹⁷² Fezer/Rengier Rn 81.

¹⁷³ Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 14.

¹⁷⁴ Fezer/Rengier Rn 82; Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 14.

¹⁷⁵ BayOBLG LZ 1932, 185; vgl. auch RG v. 11. 3. 1927 – II 321/26, GRUR 1927, 486 ff. für 19.000 Mitteilungen.

wurden, als dass dies noch ein geschlossener Personenkreis sein könnte. Dogmatisch soll dies damit begründet werden, dass der Werbende mit einer Weiterverbreitung an einen größeren Personenkreis rechnen musste.

- 48 Diesem dogmatischen Ansatz kann nicht gefolgt werden, kann es doch für die Möglichkeit der Weiterverbreitung von Mitteilungen nicht auf die Anzahl der Vereinsmitglieder ankommen. Beispielhaft sei nur erwähnt, dass es in einem Verein mit 200 bekannten Personen durchaus auch Mitglieder geben kann, die ihrerseits aufgrund ihres Medienzugangs in der Lage sind, die Informationen einer unbeherrschbaren und nicht vorhersehbaren Anzahl von Personen zuzuleiten. Insofern ist die Verteilung von Informationen in einem kleinen Personenkreis geeignet, das der Werbende mit der Weitergabe an unbegrenzt viele Personen rechnen muss.¹⁷⁶ Dies allein erfüllt aber gerade nicht den Tatbestand.
- 49 Die Weitergabe an dritte Personen über den **exakt gefassten Adressatenkreis** eines unternehmens- oder vereinseigenen Rundschreibens muss sich der Versender nur zurechnen lassen, wenn die Einzeladressaten dazu bestimmt¹⁷⁷ sind, diese Informationen an die Öffentlichkeit zu tragen.¹⁷⁸ Der Tatbestand würde ansonsten aufgrund dieser Definition zu einer **Überwachungspflicht des Veranstalters** verändert. Entsprechende Informationen dürften nur noch versandt werden, wenn durch Vereins- oder Vertragsstrafen sichergestellt ist, dass es nicht zu einer unrechtmäßigen Weitergabe der Informationen kommt.
- 50 Dies ist gerade nicht der Unrechtsgehalt des Abs. 1. Der exakt bestimmbare Kreis von Vereinsmitgliedern und Unternehmensangehörigen kann deshalb nicht geeignet sein, eine Werbung in Mitteilung darzustellen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist. Aus diesem Grund sind auch **Internet-Chatrooms**,¹⁷⁹ in die sich die Mitglieder nur nach Registrierung per Passwort einloggen können, noch geschlossene Personenkreise.¹⁸⁰
- 51 Unabhängig davon, ist die zeitgleiche Bekanntgabe an einen größeren Personenkreis nicht erforderlich. So reicht die **sukzessive Verbreitung** durch Vertreter, Briefbögen¹⁸¹ und Haustürwerbung für diejenigen, der die Gesamtwerbung organisiert, tatbestandsmäßig aus. Er weiß nicht und kann nicht bestimmen, welcher Personenkreis von den Vertretern¹⁸² aufgesucht wird. Denn es liegt in seinem Interesse, dass diese eine ihm beliebige Anzahl von potentiellen Kunden und unbekannte Personengruppe aufsuchen.
- 52 Gleiches gilt für die sog. Individualwerbung durch **Call-Center**, die neben den wettbewerbsrechtlichen Problemen der „unbefragten“ Werbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 „Cold Calling“¹⁸³)¹⁸⁴ auch aus dem unternehmerischen Gedanken ihrer Beauftragung grundsätzlich eine für den Auftraggeber unbestimmbare Menge von Telefonkontakten aufnehmen.¹⁸⁵ Eine entsprechende Überlegung ist auch auf E-Mail- und SMS-Werbung durch entsprechende Dienstleister zu übertragen (§ 7 Abs. 1, 2 Nr. 3)¹⁸⁶, da hier lediglich ein anderes Medium gewählt wird.¹⁸⁷
- 53 Das Begriffsverständnis des größeren Personenkreises in § 264 a StGB und § 16 Abs. 1 ist umstritten. Während teils angenommen wird, dass das Merkmal aus dem UWG in das StGB entlehnt wurde,¹⁸⁸ wird teils die Auffassung vertreten, dass Überlegungen, die originär zu

¹⁷⁶ OLG Stuttgart v. 8. 12. 2003 – 4 Ss 469/03, NJW 2004, 622.

¹⁷⁷ Fezer/Rengier Rn 81.

¹⁷⁸ Siehe zu Vertreterkollision *Fabricius* GRUR 1965, 521 (523).

¹⁷⁹ *Wißner/Jäger*, in *Kilian/Heussen*, Computerrechtshandbuch, Nr. 300, S. 6.

¹⁸⁰ Zur Frage, ob der Chat-Room überhaupt ein Ort und damit Öffentlichkeit sein kann Schwarz/Peschel-Mehner/Normann/Pleszke, *Recht im Internet*, 2006, 11 G Rn 24.

¹⁸¹ RG v. 22. 1. 1937 – 4 D 974/36, RGSt 71, 16 (17).

¹⁸² OLG Oldenburg v. 25. 5. 1965 – 1 Ss 114/65, GRUR 1967, 106.

¹⁸³ *Engels/Stulz-Herrnstadt* WRP 2005, 1218 (1222).

¹⁸⁴ *Breinlinger*, *Multimedia – und Call-Center*, 2002, S. 129 (130 f.); *Glöckner* GRURInt 2000, 29.

¹⁸⁵ Siehe *Otto* GRUR 1979, 90 (93); *Havkost* WRP 1977, 696 (697) für Eintragung in Adressbuchverzeichnisse bei Einzelanschriften.

¹⁸⁶ Schwarz/Peschel-Mehner/*Baronikians* (Fn 180) Kap. 4. Rn 3.

¹⁸⁷ *Otto* WM 1988, 729 (735); *Otto* (Fn 91).

¹⁸⁸ *Schönke/Schröder/Cramer/Perron* § 264 a StGB Rn 33.

§ 264 a StGB entstanden sind, für das UWG Bedeutung erlangen können.¹⁸⁹ Der sog. Prospektbetrug in § 264 a StGB ist aufgrund seiner größeren Bedeutung zunächst tatsächlich geeignet, Einzelfallkonstellationen für das Merkmal eines größeren Kreises von Personen den gerichtlichen Entscheidungen zuzuführen.¹⁹⁰ Der Deliktscharakter beider Normen im **Vorbereitungsbereich des Betruges**¹⁹¹ legt zunächst die Annahme der Gleichbehandlung der Begriffe sehr nahe. Allerdings sollte nicht außer Acht gelassen werden, dass die Tatbestände deutliche Unterschiede im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz aufweisen, da § 264 a StGB neben dem Vermögensschutz auch das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts¹⁹² schützt und demnach nicht von einem identischen personellen Schutzbereich der Strafnorm auszugehen ist.

c) Täterschaft und Teilnahme. Die Täterschaft und Teilnahme zu Abs. 1 richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 25 ff. StGB. Demnach sind mittäterschaftliche Begehungsweisen innerhalb eines Unternehmens aber auch zwischen mehreren Unternehmen, die gemeinsam werben (**horizontale Mittäterschaft**), oder die sich im Rahmen einer Vertriebsstruktur für die Werbung durch Aufträge einsetzen (**vertikale Mittäterschaft**), möglich. Die mittelbare Täterschaft ist insbesondere beim Einsatz vorsatzlos handelnder Vertriebsmitarbeiter denkbar. Anstiftung und Beihilfe weiten die strafrechtliche Verantwortung auch in den Bereich marketingtechnischer Beratungsunternehmen aus.

Die Sondervorschrift des § 4 Abs. 2 aF, nach der die unrichtigen Angaben von einem Angestellten oder Beauftragten in einem geschäftlichen Betrieb auch den Inhaber oder den Leiter des Betriebes neben dem Angestellten oder Beauftragten strafbar machten, wenn die Handlung mit dessen Wissen geschah,¹⁹³ wurde aufgehoben.¹⁹⁴ Hieraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass sich der Betriebsinhaber oder Betriebsleiter nach neuem Recht nur strafbar macht, wenn er sich des handelnden Dritten als Werkzeug bedient oder als Gehilfe oder Anstifter an der Tat mitwirkt.¹⁹⁵ Die Zurechnungsnorm für dieses Vorgehen ist die für das Allgemeine Strafrecht einschließlich des Nebenstrafrechts geltende Regelung des § 14 StGB.

Durch die Aufhebung des § 4 Abs. 2 aF hat sich vielmehr im subjektiven Bereich eine **Ausdehnung des Tatbestandes** ergeben, weil die Handlungen der Angestellten und Beauftragten nur bei positivem Wissen dem Betriebsinhaber zugerechnet wurden.

Insbesondere für **Gremienentscheidungen** ist die strafrechtliche Handlungsverantwortlichkeit zu beachten, welche bei einer organschaftlichen Ressortaufteilung der Geschäftsführung für jedes einzelne Mitglied ursächlich werden kann.¹⁹⁶ Seit der Lederspray-Entscheidung des BGH gilt nicht nur im Rahmen der Produktionsverantwortlichkeit, sondern auch im Marketingbereich für Vorstandmitglieder, dass sie sich nicht auf die Behauptung zurückziehen können, dass das eigene Bemühen im Vorstand auf Ablehnung gestoßen wäre.¹⁹⁷ Vielmehr tragen auch Vorstandmitglieder, zu deren Aufgabengebiet die Werbung nicht gehört,¹⁹⁸ die strafrechtliche Verantwortung bei der Initiierung strafbarer Werbung.¹⁹⁹

4. Subjektiver Tatbestand. Der subjektive Tatbestand des § 16 Abs. 1 ist in die durch § 15 StGB vorgegebene Anforderung des Vorsatzes²⁰⁰ und eine **überschießende Innen-**

¹⁸⁹ Hernández (Fn 102) S. 175; Fezer/Rengier Rn 89 f.

¹⁹⁰ Vgl. Joecks/Richter/Schmider/Joecks, Praxis der steuerbegünstigten Kapitalanlagen, 1986, S. 142.

¹⁹¹ Park/Park § 264 a StGB Rn 5.

¹⁹² Park/Park § 264 a StGB Rn 3.

¹⁹³ Baumbach/Hefermehl (22. Aufl.) § 4 aF Rn 13 ff.

¹⁹⁴ Eine Stellungnahme hierzu findet sich weder im Referentenentwurf noch in der Stellungnahme des Bundesrates BR-Drucks. 301/03 noch im Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

¹⁹⁵ AA Harte/Henning/Dreyer Rn 20.

¹⁹⁶ BGH v. 6. 7. 1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560.

¹⁹⁷ BGH (Fn 206) BGHSt 37, 106 (130) = NJW 1990, 2560 (2566).

¹⁹⁸ Vgl. oben § 25 StGB Rn 217.

¹⁹⁹ Zur Überwachungspflicht der delegierten Geschäftsführeraufgabe BGH v. 28. 5. 2002, 5 StR 16/02 – BGHSt 47, 318 (325) = NJW 2002, 2480 (2482).

²⁰⁰ Otto GRUR 1982, 274 (280) schreibt dem Vorsatzerfordernis wesentliche Bedeutung zur Eingrenzung der irreführenden Werbung zu.

tendenz aufgeteilt, welche die Absicht des Täters verlangt, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorgerufen zu haben.

- 59 a) **Vorsatz.** Die wohl für die Praxis und den Umfang der beweisbaren Anwendbarkeit wesentlichste Änderung des Tatbestandes von § 4 aF zu § 16 nF hat der subjektive Tatbestand erfahren. Durch die **Streichung des Tatbestandsmerkmals „wissentlich“** wurde die Anforderung an den inneren Tatbestand auf den so genannten „dolus eventualis“ reduziert. Es ist demnach ausreichend, wenn der Täter in Kenntnis der Unwahrheit der Angaben und der Eignung zur Irreführung sowie dem Ort und der Art der Veröffentlichung es für möglich hält und billigend in Kauf nimmt,²⁰¹ dass er eine entsprechende Handlung vornimmt.
- 60 In der alten Fassung des § 4 mussten die Strafverfolger den Nachweis des direkten Vorsatzes führen. Das hieß, sie mussten dem Täter das Wissenselement nachweisen. Dies umfasste auch die positive Kenntnis der unwahren Angaben und der Eignung zur Irreführung beim Durchschnittskunden. Während die übrigen Tatbestandsmerkmale und Änderungen einer umfangreichen Diskussion zugeführt wurden, fehlte diese für die kognitive Anforderung. Aufgrund der schwierigen Grenzziehung zur bewussten Fahrlässigkeit ist mithin der forensisch umsetzbare Anwendungsbereich des § 16 erheblich erweitert worden. Die **praktischen Bedenken**²⁰² der Nachweisbarkeit der Tat im subjektiven Bereich sind somit nicht mehr begründet.
- 61 b) **Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.** Eine erhebliche Einschränkung des subjektiven Tatbestandes enthält die Anforderung des Nachweises, dass der Täter in der Absicht handelte, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen; bedingter Vorsatz reicht hierzu nicht aus.²⁰³ Demgemäß, muss ihm sein **zielgerichtetes Erstreben**²⁰⁴ **dieses Außenerfolges** nachgewiesen werden.²⁰⁵ Da es sich um einen Tatbestand mit einer überschießenden Innentendenz²⁰⁶ handelt, kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich bei den Adressaten die Wirkung eingetreten ist, dass ein besonders günstiges Angebot gesehen wird.²⁰⁷ Vielmehr muss dies nur der Zweck der Werbung gewesen sein.
- 62 aa) **Anschein.** Umstritten ist, worauf sich der Anschein beziehen muss. Zum Teil wird dieser nur in der „**Günstigkeit**“ des Angebots gesehen.²⁰⁸ Demgegenüber wird verlangt, dass der Wettbewerber unwahre Angaben macht und beabsichtigt, durch dieses Mittel die Vorteile seines Angebots besonders in Erscheinung treten zu lassen.²⁰⁹ In der Blindenwaren-Entscheidung hat der BGH sich bereits im Jahre 1953 von der Bindung an die Preisbemesung gelöst²¹⁰ und hat auch den Hinweis auf die Herkunft einer Ware als ausreichend gelten lassen. Die Begründung konzentriert sich darauf, dass eine Fixierung auf bürgerlich-rechtliche Gesichtspunkte verkennt, dass die Käuferkreise über die Vorzüge eines Waren- und Leistungsangebotes auch aus Gründen menschlicher Hilfsbereitschaft angelockt werden können.²¹¹ Der Anschein der Produktion durch Blinde machte das Angebot besonders günstig, da man ohne großen Aufpreis gegenüber normalen Gebrauchsgütern Not leidenden Mitmenschen helfen konnte.²¹²

²⁰¹ BGH v. 22. 4. 1955 – 5 StR 35/55, BGHSt 7, 363 = NJW 1955, 1688; Roxin AT/1 § 12 Rn 21 ff.

²⁰² BT-Drucks. 7/550, S. 391.

²⁰³ OLG Hamm v. 27. 11. 1958 – 2 Ss 1056/58, WRP 1959, 53.

²⁰⁴ Roxin AT/1 § 12 Rn 7.

²⁰⁵ OLG Hamm v. 28. 12. 1962 – 4 Ss 1202/62, WRP 1963, 176.

²⁰⁶ Schönke/Schröder/Eser Vor § 22 StGB Rn 6.

²⁰⁷ OLG Celle v. 10. 9. 1985 – 1 Ss 339/85, wistra 1986, 39.

²⁰⁸ Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 17.

²⁰⁹ Fezer/Rengier Rn 95.

²¹⁰ BGH v. 7. 2. 1953 – 2 StR 341/52, BGHSt 4, 44 (45).

²¹¹ Vgl. BGH (Fn 220) BGHSt 4, 44 (45); Endriß wistra 1989, 90 (92).

²¹² BGH (Fn 220) BGHSt 4, 44 (46).

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang die neuere Entwicklung zur Rechtsprechung²¹³ bei „**gefühlbetonter Werbung**“.²¹⁴ 63

bb) Besonders günstiges Angebot. Der Vorteil, der der Anpreisung den Anschein des besonders günstigen Angebots gibt, kann,²¹⁵ muss aber nicht existieren. Es reicht, dass die ideellen Bedürfnisse des Abnehmers befriedigt werden.²¹⁶ Dabei kommt es nicht nur darauf an, dass es erheblich oder ein wenig besser als marktübliche Angebote ist.²¹⁷ Der Wortlaut verlangt durch den Zusatz „besonders“ eine **deutliche Steigerung der Wirkung**, die der Täter durch seine Werbung in Bezug auf sein Angebot erreichen will.²¹⁸ Ein Absehen von dieser erhöhten Tatbestandsforderung würde bedeuten, den Wortlaut des Tatbestandes zu Lasten des Täters nicht auszuschöpfen. 64

Dadurch, dass das Erfordernis des besonders günstigen Angebotes innerhalb des Absichtmerkmales **äußerst unbestimmt** ist, erscheint es insofern schwierig, einheitliche Fallgruppen zu bilden, aus denen sich für die Praxis eine Richtlinie zur Handhabung dieses Merkmales ergeben kann. „Besonders“ günstig muss demnach **einzelfallbezogen** im Verhältnis zu einem nur günstigeren Angebot verstanden werden.²¹⁹ Ein Täter, der nur die Leistung nicht erbringen will, begründet nicht den Anschein eines besonders günstigen Angebots.²²⁰ Damit sind für den Nachweis der Absicht in der Praxis hohe Hürden aufgestellt, die dem Richter der Tatsacheninstanz zudem einen erheblichen Feststellungsumfang auferlegen.²²¹ Zwar hat der BGH den Vergleich zwischen dem Angebot des Täters und dem seiner Konkurrenten für die Feststellung des beabsichtigten Anscheins keine wesentliche Bedeutung beigemessen.²²² Allerdings verlangt er gleichzeitig, dass eine Abgrenzung zu branchenüblichen und normalen Dienstleistungen notwendig ist.²²³ Insofern spricht der BGH von einem Rahmen, der überschritten sein muss, so dass letztlich das übliche zum besonders günstigen durch Feststellung des Gerichts abgegrenzt werden müssen. 65

cc) Hervorrufen. Weiterhin muss die Absicht bestehen, dass der Täter gerade die **Korrelation zwischen falscher Angabe und Angebot** durch die Werbung hervorrufen will.²²⁴ Wenn demnach der Anschein eines besonders günstigen Angebotes ausschließlich durch eine wahre Tatsache herbeigeführt wird oder werden soll, zB den Preis, dann fehlt es an der notwendigen Verbindung zwischen der unwahren Angabe und dem Anschein des besonders günstigen Angebotes. Die in diesem Zusammenhang durch den BGH gesuchte Lösung des „Gesamtpaketes“ eines Angebotes, wie dieser es in der Kaffeefahrt-Entscheidung²²⁵ getroffen hat, ist kritisch zu betrachten.²²⁶ 66

Letztlich geht diese Entscheidung über den Wortlaut des § 16 hinweg, der gerade nicht den Zusammenhang zwischen dem **Gesamtangebot** und der besonderen **Günstigkeit** unter Strafe stellt, sondern nur den Anteil der unwahren Angaben. So hat der 1. Senat des BGH es auf Vorlage des BayObLG²²⁷ abgelehnt, falsche Angaben über Provisionen oder Gewinnbeteiligungen eines Zeitschriftenwerbers zu berücksichtigen, da es dem Kunden 67

²¹³ BVerfG v. 6. 2. 2002 – 1 BvR 2151/96, 1 BvR 952/90, GRUR 2002, 455; BGH v. 22. 9. 2005 – I ZR 55/02, GRUR 2006, 75 (76) – Artenschutz.

²¹⁴ Hartwig NJW 2006, 1326 mwN.

²¹⁵ OLG Celle (Fn 217) wistra 1986, 39 (40).

²¹⁶ BayObLG v. 23. 3. 1987 – RReg 5 St 27/87, BayObLGSt 1987, 31 = wistra 1987, 227.

²¹⁷ Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 18.

²¹⁸ AA Erbs/Kohlhaas/Diemer Rn 87.

²¹⁹ BGH (Fn 50), BGHSt 27, 293 (294).

²²⁰ BGH (Fn 50), BGHSt 27, 293.

²²¹ Vgl. die Schwierigkeiten des BayObLG in BGHSt 36, 389 (391 f.); problematisch ebenso BayObLG v. 18. 9. 1973 – RReg 4 St 112/73, GRUR 1974, 400.

²²² BGH v. 26. 10. 1977 – 2 StR 432/77, BGHSt 27, 293 (294).

²²³ BGH (Fn 50), BGHSt 27, 293 (295).

²²⁴ KG v. 1. 3. 1973 – (2) Ss 286/72, GA 1973, 346; OLG Hamm v. 28. 12. 1962 – 4 Ss 1202/62, WRP 1963, 176.

²²⁵ BGH v. 15. 8. 2002 – 3 StR 11/02, WRP 2002, 1432 (1434).

²²⁶ Vgl. Endriß wistra 1990, 335 (338).

²²⁷ BayObLG v. 29. 11. 1989 – RReg. 4 St 87/89, NSStZ 1990, 132.

gleichgültig sei und damit für die Kaufentscheidung ohne Bedeutung, welche interne Regelungen im Zeitschriftenvertrieb getroffen worden seien.²²⁸ Diesbezüglich unwahre Angaben hält der BGH allein regelmäßig nicht für geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.²²⁹

- 68 **5. Rechtswidrigkeit und Schuld.** Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit und der Schuld gelten die **allgemeinen Grundsätze** des Strafrechts. Insbesondere für die Frage von Verbots- und Erlaubnisirrtümern (§ 17 StGB) gilt, dass der tatsächliche Anwendungsbereich eher gering ist.²³⁰ Bei einer umfangreich geplanten Werbemaßnahme ist ein Rechtsirrtum, der ohne Einholung eines entsprechenden Rechtsrates zustande kam, wohl regelmäßig vermeidbar.²³¹
- 69 Keine rechtfertigenden oder entschuldigenden Merkmale können insbesondere aus Tatsachen geschlussfolgert werden, die auf einen harten und **unfairen Wettbewerb** im Tätigkeitsfeld des Täters schließen lassen.²³² Die Abwehr wettbewerbswidriger Verhaltensmaßnahmen von Konkurrenten kann nur durch die Inanspruchnahme außergerichtlicher und **gerichtlicher Hilfe** erfolgen. Selbst wenn in der Praxis die Verfolgung rechtswidrig handelnder Konkurrenten keine Aussicht auf Erfolg verspricht (wettbewerbswidrige Internet-Werbung ohne Kennzeichnung mit einem Serverstandort in Staaten, die eine Zusammenarbeit mit der Bundesrepublik Deutschland verweigern oder erschweren²³³) ist jegliche Form des Notstandes für den Täter abzulehnen.
- 70 **6. Verjährung und Strafverfolgung.** Das **Strafmaß** des § 16 sieht eine Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren vor,²³⁴ so dass gemäß § 78 Abs. 2 Nr. 4 StGB die Verjährung der Straftat fünf Jahre beträgt.²³⁵ Der Verjährungsbeginn ist für jede Tat mit dem Verbreitungsakt zu berechnen.²³⁶ Wird die Tat auch als Presseinhaltsdelikt begangen, so gilt die **presserechtliche Verjährungsregelung**.²³⁷ Diese richtet sich nach der jeweiligen Strafdrohung der Presseinhaltsdelikte in den einzelnen Pressegesetzen.
- 71 Bei der Strafzumessung ist neben der Freiheitsstrafe insbesondere an Geldstrafe gemäß § 41 StGB zu denken. Eine Vielzahl von Fällen findet ihre **Erlедigung** im Rahmen einer Aufl. nach **§ 153 a StPO**, wodurch insbesondere bei einer angemessenen Höhe der Aufl. das öffentliche Interesse an der weiteren Strafverfolgung entfallen kann.²³⁸ Im Falle der Verurteilung besteht die Möglichkeit der Verfallsanordnung nach § 73 StGB für den erlangten Vermögensvorteil des Täters. Die **Annexfunktion des Wettbewerbsstrafrechts** zum UWG wird aber hier besonders deutlich, da über die neu eingefügte Gewinnabschöpfung nach § 10 regelmäßig dieser Betrag nicht an die Staatskasse, sondern an Dritte gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 StGB fallen kann. Die vorläufigen Sicherstellungsmöglichkeiten des Strafverfahrens (§ 111 b ff. StPO) können insofern auch den zivilrechtlichen Gläubigern zugute kommen.
- 72 Der **Privatklageweg** (§ 374 Abs. 1 Nr. 7 StPO) steht dem Verletzten offen. Verletzter ist zumindest derjenige Gewerbetreibende, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den Geschäftsverkehr bringt.²³⁹
- 73 **7. Konkurrenzen.** Aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen und des **eigenständigen Anwendungsbereichs** des § 16 Abs. 1 gegenüber dem § 16 Abs. 2 ist nicht

²²⁸ BGH (Fn 171), BGHSt 36, 389 (395); zustimmend *Achenbach* NStZ 1991, 409 (414 f.); ebenso Bay-ObLG v. 18. 9. 1973 – RReg 4 St 112/73, GRUR 1974, 400.

²²⁹ BGH (Fn 171), BGHSt 36, 389 (396).

²³⁰ Vgl. OLG Celle v. 10. 9. 1985 – 1 Ss 339/85, wistra 1986, 39.

²³¹ OLG Braunschweig v. 25. 2. 1998 – Ss 9/98, NStZ-RR 1998, 251.

²³² BayObLG v. 13. 2. 1952 – Rev RReg Nr. III 733/51, NJW 1952, 715.

²³³ Vgl. *Mankowski* GRURInt 1999, 995 (1002).

²³⁴ Siehe zur Kritik am ursprünglichen Strafrahmen *Otto* WM 1988, 729 (735).

²³⁵ Die erhöhte Strafandrohung sollte den Unterschied zu § 26 WarenzeichenG ausgleichen, BT-Drucks. 11/4792, S. 26.

²³⁶ BGH v. 12. 10. 1976 – 1 StR 77/76, BGHSt 27, 18 = NJW 1977, 305.

²³⁷ *Herlan* GA 1964, 129 (138).

²³⁸ Vgl. *von Falkenstein*, Schäden der Verbraucher durch unlauteren Wettbewerb, 1979, S. 112.

²³⁹ Löwe/Rosenberg/*Hilger* § 374 StPO Rn 12; KK-StPO/*Senge* § 374 Rn 6.