

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB Band 7: Nebenstrafrecht II

von

Prof. Dr. Wolfgang Joecks, Dr. Klaus Miebach, Prof. Dr. Wolfgang Joecks, Prof. Dr. Roland Schmitz, Prof. Dr. Karsten Altenhain, 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, Prof. Dr. Roland Schmitz, Prof. Dr. Tido Park, Ulrich Sorgenfrei, Jörg Wagner, Prof. Dr. Carsten Wegner, Raimund Weyand, Dr. Martin Wulf

2. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60297 9

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

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

In § 16 wurden die strafbare irreführende Werbung (§ 4 aF) im ersten Absatz und die verbotene progressive Kundenwerbung (§ 6c aF) im zweiten Absatz zusammengeführt.

II. Entstehungsgeschichte

Durch die Überschrift „**strafbare Werbung**“ des § 16 ist eine Zusammenfassung der an sich getrennt zu betrachtenden Einzelabsätze erfolgt.⁴ Dabei soll die besonders gefährliche Form der Werbung für den gesamten Tatbestand des § 16 gelten.⁵ Die Gefährlichkeit soll sich insbesondere daraus ergeben, dass eine Vielzahl von Abnehmern betroffen ist.⁶

Während der Wortlaut des § 6c aF lediglich geringfügige sprachliche und eine inhaltliche Änderung in Abs. 2 erfuhr, wurden in Abs. 1 weit reichende sprachliche und inhaltliche Änderungen des § 4 Abs. 1 aF und sogar die **ersatzlose Streichung des § 4 Abs. 2 aF** vorgenommen.

Die Neugestaltung des § 16 ist auf die **gemeinschaftsrechtliche Rechtsharmonisierung** im Lauterkeitsrecht und dem Verbraucherschutzrecht zurückzuführen.⁷ Demnach spielte für die Auslegung der Strafvorschriften nicht nur die in § 1 neu gestaltete Schrankentrias eine wesentliche Rolle,⁸ sondern auch die in den europäischen Richtlinien vorgegebenen Definitionen und Mindestfreiheitsrechte.⁹ Im Einzelnen findet die Richtlinie 84/450 EWG des Rates vom 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende und vergleichende Werbung,¹⁰ die Richtlinie 97/55 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450 EWG über durchführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung,¹¹ die Richtlinie 2000/31 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr),¹² die Richtlinie 85/374 EWG des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte,¹³ die Richtlinie 92/59 EWG des Rates vom 29.6.1992 über die allgemeine Produktsicherheit,¹⁴ die Richtlinie 85/577 EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen,¹⁵ die Richtlinie 93/13 EWG des Rates vom 5.4.1993 über die missbräuchliche Klausel in Verbraucherverträgen,¹⁶ die Richtlinie 90/314 EWG des Rates vom 13.6.1990 über Pauschalreisen,¹⁷ die Richtlinie 97/7 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz¹⁸ bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz,¹⁹ die Richtlinie 94/47 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien,²⁰ die Richtlinie 1999/93 EG des Europä-

⁴ Zur strafbaren Laienwerbung aufgrund von Polizeiverordnungen siehe BGH v. 25.6.1953 – 3 StR 80/53, BGHSt 5, 12 (13).

⁵ BT-Drucks. 15/1487, S. 15; kritisch zu den Gründen der Zusammenlegung der verschiedenen Straftatbestände in § 16 Fezer/Rengier Rn 1.

⁶ BT-Drucks. 15/1487, S. 15.

⁷ Vgl. Fezer, BMJ-Gutachten UWG, S. 9 ff.

⁸ Vgl. Noak wistra 2006, 245.

⁹ In der BT-Drucks. 15/1487, S. 12 wird die europäische Rechtsentwicklung ausdrücklich als wichtige Richtschnur bezeichnet.

¹⁰ ABl. L 250, S. 17.

¹¹ ABl. L 290, S. 18.

¹² ABl. L 178, S. 1.

¹³ ABl. L 210, S. 29.

¹⁴ ABl. L 228, S. 24.

¹⁵ ABl. L 372, S. 31.

¹⁶ ABl. L 95, S. 29.

¹⁷ ABl. L 158, S. 59.

¹⁸ Zur Europäisierung des Verbraucherleitbildes Kemper/Rosenow WRP 2001, 370 (373).

¹⁹ ABl. L 144, S. 19.

²⁰ ABl. L 280 v. 29.10.1994, 280/83.

ischen Parlaments und des Rates vom 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen²¹ und die Richtlinie 97/5 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.1.1997 über grenzüberschreitende Überweisungen Berücksichtigung.²²

7 Unter Einbeziehung der Entstehungsgeschichte erlangt für die Auslegung des § 16 Bedeutung, dass der Gesetzgeber in der alten Fassung nur die Fälle der Irreführung durch **unwahre Angaben** einer Strafbarkeit zuführt,²³ während der Referentenentwurf noch ausdrücklich den Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der „unwahren Angaben“ vorsah.²⁴

8 Dass an der **Notwendigkeit einer strafrechtlichen Regelung** durch die Schaffung des § 16 in dessen Gesamtheit Zweifel gehegt werden können, verdeutlicht die Darlegung der Genese des Tatbestandes in der Begründung des Bundestages.²⁵ Obgleich dort ausgeführt wird, dass die zivilrechtliche Verfolgung von Wettbewerbsverstößen sich in der Praxis als ausreichend effektiv bewährt habe, nahm der Gesetzgeber eine zusätzliche strafrechtliche Rechtsfolge auf. Durch einen Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Vermögensschaden²⁶ wird gleichwohl eine eigenständige Bedeutung angenommen, da neben § 263 StGB der § 16 Abs. 1 ohne den Eintritt eines Vermögensschadens zur Strafbarkeit gelangt.²⁷

9 Insofern fehlt es auch in diesem Gesetzgebungsverfahren an einer notwendigen, dem Gesetzgeber aufzuerlegenden **Evaluierung²⁸ der gesetzgeberischen Erforderlichkeit** von Strafvorschriften.²⁹ Ein Blick in die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) verdeutlicht bei Straftaten nach dem UWG (ohne § 17), PKS-Schlüssel 719200,³⁰ dass eine exakte Angabe über Anwendungsfälle des Abs. 1 selbst im Ermittlungsverfahren nicht festgestellt wird. Die Straftaten werden entsprechend der Anwendung des PKS-Schlüssels 719200 sowie der Begriffsbestimmung im Bundeslagebild WiKri³¹ zahlenmäßig überwiegend im Bereich der progressiven Kundenwerbung festgestellt. Während noch im Jahre 2004 im Bereich der progressiven Werbung ein Anstieg um 45 Fälle = 6,1% der Deliktzahlen ausgewiesen wurde, ließ sich damals bereits erkennen, dass ein zahlenmäßiger Rückgang von 1999 (11.657), über 2000 (2556) bzw. 2002 (2385) in das Jahr 2003 (741)³² gegeben war und wird für den Zeitraum 2008 bis 2012 bei Wettbewerbsdelikten ein Rückgang von 8% registriert. Seit dem Jahr 2008 sind die Fallzahlen konstant zurückgegangen und liegen deutlich unter dem Mittelwert der letzten fünf Jahre. Ebenso ist der registrierte Schaden von 2011 auf 2012 um 62% zurückgegangen. Die Aufgabe der Strafbarkeit der geschäftlichen Verleumdung³³ des § 15 aF zeigte, dass der Gesetzgeber durchaus die Strafwürdigkeitsdiskussion³⁴ im Wettbewerbsrecht wahrgenommen hatte.

10 Das UWG wurde zuletzt wesentlich durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 28. Dezember 2008, in Kraft getreten am 30. Dezember 2008, geändert.³⁵ Es dient der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftsprakti-

²¹ ABl. L 13, S. 2.

²² ABl. L 43, S. 25.

²³ BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

²⁴ Referentenentwurf in GRUR 2003, 298 (311), dort noch als § 15 Abs. 1.

²⁵ BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

²⁶ BGH v. 15.8.2002 – 3StR 11/02, WRP 2002, 1432.

²⁷ Zur Strafwürdigkeit siehe *Schmidt*, Die trügerische Reklame, Diss., 1965, S. 109.

²⁸ *Denninger StV* 2002, 96 (102).

²⁹ Zur Subsidiarität der Strafvorschriften und zur Selbstkontrolle der Wirtschaft *Grebing wistra* 1982, 83 (91).

³⁰ Geändert in Polizeiliche Kriminalstatistik 2013.

³¹ BKA, Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2013.

³² BMI, Polizeiliche Kriminalstatistik 2004, S. 69 f.

³³ Grundsätzlich zur Frage der Strafbarkeit und Strafwürdigkeit bei Kundenwerbung: *Raube*, Strafrechtliche Probleme der progressiven Kundenwerbung unter besonderer Berücksichtigung von Kettenbriefen, Diss., 1995, S. 15 ff.

³⁴ Siehe hierzu bereits *Albrecht WRP* 1974, 653 (655).

³⁵ BGBl. I S. 2949.

ken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern³⁶ und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG,³⁷ 98/27/EG³⁸ und 2002/65/EG³⁹ des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates.⁴⁰ Die Neufassung der EU-Richtlinie zu Audiovisuellen Medien ist seit dem 19.12.2007 in Kraft getreten und musste bis 2009 in nationales Recht umgesetzt werden, was durch den Staatsvertrag für Rundfunk- und Telemedien in der Fassung vom 10.3.2010 geschah.⁴¹ Während § 16 unverändert geblieben ist, wurde § 5 umfassend geändert. So wurde unter anderem der Begriff der Werbung in § 5 UWG durch „irreführende geschäftliche Handlungen“ ersetzt.

III. Absatz 1

Der Wortlaut des Abs. 1 weicht in wesentlichen Teilen von § 4 Abs. 1 aF ab. Mit den 11 neu aufgenommenen Formulierungen, die tatbestandsmäßig voraussetzen, dass der Täter „irreführend wirbt“, baut die Norm nicht mehr unmittelbar auf dem **Verbot der irreführenden Werbung** des § 5 Abs. 1 auf, da durch das 1. UWGÄndG mit § 5a hierzu eine Sonderregelung eingeführt wurde, die als Irreführung durch Unterlassen bezeichnet wird. Insofern geht es nicht mehr wie in § 4 aF nur darum, dass die Angaben zur Irreführung geeignet sein müssen. Mithin sind Angaben im Sinne des § 6 für die verbotene vergleichende Werbung nicht direkt geeignet tatbestandsmäßig im Sinne des § 16 Abs. 1 zu sein. Allerdings regelt § 5 Abs. 3, dass die Angaben im Rahmen der vergleichenden Werbung (§ 3 S. 2 aF) sowie der bildlichen Darstellung und sonstige Veranstaltungen (§ 5 aF), die darauf zielen und geeignet sind, solche Angaben zu ersetzen, auch Angaben im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 sind. Zivilrechtlich wird damit die verbotene vergleichende Werbung mit der irreführenden Werbung gleichgesetzt.

Zusätzlich fordert der Tatbestand als Tathandlung besondere Formen von Angaben und 12 als Tatobjekt die Nutzung in Bezug auf einen **erweiterten Adressatenkreis**. Auf der subjektiven Seite muss zu einem vorsätzlichen Handeln die Absicht des Täters treten, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.

1. Normzweck. Bei der Bestimmung des Schutzzwecks des Abs. 1 stellt sich ebenso 13 wie bei allen anderen in Kapitel 4 des UWG zusammengefassten Strafnormen die Frage, in welcher Weise die **Schutzzwecktrias** den Normzweck für die Strafnormen unmittelbar vorgibt.⁴² Da in § 1 der Schutzzweck für das gesamte UWG festgelegt wurde, ist zunächst zu bedenken, ob dieser in die einzelnen Strafrechtsnormen einbezogen werden kann.⁴³ Dies gilt vor der Überlegung, ob nicht die Grenze einer noch zulässigen Auslegung – mithin auch der teleologischen Auslegungsmethode⁴⁴ – der noch mögliche Wortsinn der Strafnormen ist.⁴⁵ Demnach ist unabhängig von der Festlegung des Gesetzgebers für den Gesamtzweck des UWG von einer Einbeziehung der in § 1 genannten Zwecke nur dann auszugehen,⁴⁶ wenn eine Anknüpfung der Auslegung an den Wortlaut der konkreten Strafnorm

³⁶ Richtlinie 2005/29/EG vom 11.5.2005, ABl. L 149, S. 22, ber. ABl. L 253, S. 13.

³⁷ Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997, ABl. L 144, S. 19.

³⁸ Richtlinie 98/27/EG vom 19.5.1998, ABl. L 166, S. 51.

³⁹ Richtlinie 2002/65/EG vom 23.9.2002, ABl. L 271, S. 16.

⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 vom 27.10.2004, ABl. L 364.

⁴¹ Staatsvertrag für Rundfunk- und Telemedien vom 10.3.2010.

⁴² So Fezer/Rengier Rn 9 f.

⁴³ Vgl. grundlegend Lüderssen BB 1996 Beilage 11, S. 1 (19).

⁴⁴ Zum Vorrang der subjektiv historischen Auslegung vor der teleologischen Auslegung vgl. oben § 1 StGB Rn 93.

⁴⁵ BVerfG v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82, BVerfGE 71, 108 (115), NJW 1986, 1671 (1672); BVerfG v. 10.1.1995 – 1 BvR 718/89, 1 BvR 719/89, 1 BvR 722/89, 1 BvR 723/89, BVerfGE 92, 1 (12), NJW 1995, 1141.

⁴⁶ Zum Auseinanderklaffen der Auslegung des Fachgesetzes im Vergleich zum Strafgesetz siehe grundlegend Ransiek, Gesetz und Lebenswirklichkeit – das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot, Diss., 1989, S. 106 ff.

möglich ist.⁴⁷ Eine Ausdehnung der Strafbarkeit hierüber hinaus würde sogleich einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG darstellen.⁴⁸

- 14 Dem Wortlaut des Abs. 1 nach bezieht sich die **Schutzrichtung** zunächst auf die Personen, die von den Angaben des Täters angesprochen werden sollen.⁴⁹ Die Definition der Person ist zwar nicht ausschließlich auf Verbraucher ausgerichtet, umfasst diese aber mit. Demgemäß ist eine zentrale Ausrichtung auf den Verbraucherschutz gegeben, ohne den subjektiven Schutzbereich auf Verbraucher zu verengen. Nachrangig zum Verbraucherschutz dient die Vorschrift dem Schutz der Mitbewerber.⁵⁰
- 15 Die Aufnahme des Rechtsgutes des **Interesses der Allgemeinheit** an einem **unverfälschten Wettbewerb** hat zum Teil harte Kritik am Gesetzgeber ausgelöst.⁵¹ Ähnlich wie in anderen nebenstrafrechtlichen Normen⁵² wird das Strafrecht hier zur Bekämpfung von Handlungen gegen Allgemeininteressen benutzt.⁵³ Der Zusatz in § 1 S. 2 unter der semantischen Anknüpfung an § 1 S. 1 durch das Wort „zugleich“ verdeutlicht, dass die Funktion des § 1 S. 2 einschränkend ist, so dass ausschließlich das Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb und sonst keine Allgemeininteressen den Schutz durch das UWG erfahren sollen.⁵⁴ Ein Durchgriff der Schrankentriasregelung des § 1 auf die Strafnormen des UWG ist nicht unmittelbar ersichtlich.⁵⁵
- 16 Insofern bleibt der **zivilrechtliche Schutz**, der gemäß § 5 iVm. §§ 8 ff. auch den Zweck des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb umfasst, erhalten.⁵⁶ Die Rechtsfolgen des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruches (§ 8) sowie die Möglichkeiten, die sich im Rahmen des Schadensersatzanspruches (§ 9) und der Gewinnabschöpfung (§ 10) ergeben, bleiben unberührt.⁵⁷ Sie spiegeln sich lediglich nicht in der Begründung für die Strafverfolgung wider; diese muss der Gesetzgeber bei Strafnormen stets ausdrücklich treffen.⁵⁸ Berücksichtigung findet dies insbesondere bei der Fragestellung, ob es sich bei § 16 Abs. 1 um ein **Schutzgesetz**⁵⁹ im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt.⁶⁰
- 17 **2. Rechtsnatur.** Abs. 1 stellt keine **Blankettstrafrechtsnorm** dar. Durch die begriffliche Übereinstimmung mit § 5 aF hinsichtlich des Merkmals der irreführenden Werbung war ein starker systematischer Bezug zur kleinen Generalklausel⁶¹ des Wettbewerbsrechts gegeben.⁶² Bereits für diesen Zeitraum der zwischenzeitlichen Änderung der Strafnorm bis zum 30.12.2008 war es fraglich, ob es zu einer eigenständigen strafrechtlichen Auslegung des Begriffs der irreführenden Werbung kommen musste. Da der Gesetzgeber nicht unmittelbar auf diese Norm verwiesen hat, war der strafrechtliche Tatrichter nicht an die zivilrechtliche Wertung der Fachgerichte zur Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung der irreführenden Werbung auch vor der Gesetzesänderung gebunden. Vielmehr sollte er die im Zuge der UWG-Reform diskutierten Bedenken⁶³ gegen die Bestimmtheit des § 5 aus

⁴⁷ Grundlegend oben § 1 StGB Rn 67 ff.

⁴⁸ BVerfG v. 17.1.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109 (2. Leitsatz), NJW 1978, 933; BVerfG v. 6.12.1972 – 1 BvR 230/70, 1 BvR 95/71, BVerfGE 34, 165, NJW 1973, 133; BVerfG v. 11.5.1976 – 2 BvR 1027/75, BVerfGE 42, 176, NJW 1976, 1629.

⁴⁹ Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 2.

⁵⁰ BGH v. 26.10.1977 – 2 StR 432/77, BGHSt 27, 293 (294), NJW 1978, 173.

⁵¹ Fezer/Fezer § 1 Rn 37 bezeichnet § 1 S. 2 als gesetzestechnisch überflüssig.

⁵² Siehe Park/Janssen § 332 HGB Rn 7.

⁵³ Kritisch zur Einbeziehung des Verbraucherschutzes in § 4 aF Otto GRUR 1982, 274 (279).

⁵⁴ BT-Drucks. 15/1487, S. 16; Köhler NJW 2004, 2121 f.; Schönemann WRP 2004, 925 (933 f.).

⁵⁵ Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 2; aA Fezer/Rengier Rn 9 f.

⁵⁶ Dies ist für die Strafbarkeit auch grundlegend vgl. Lüderssen BB 1996, 2525 (2529).

⁵⁷ Rechtsvergleichend zum Verhältnis Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht bereits Schrickler GRURInt 1973, 694; Schrickler GRURInt 1975, 33 f.

⁵⁸ BVerfG v. 17.1.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109 (120).

⁵⁹ Emmerich WettbewR § 14 Rn 91; Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 29.

⁶⁰ Strittig, siehe BeckOK BGB/Spindler § 823 Rn 199 mwN; so jetzt LG Erfurt v. 4.8.2008 – 1 T 352/08.

⁶¹ HK-Wettbew/Platz § 3 Rn 1.

⁶² Siehe grundlegend zur Generalklausel Schönemann JZ 2005, 271 (278).

⁶³ Fezer/Rengier Rn 38 ff.

strafrechtlicher Sicht aufnehmen⁶⁴ und im Sinne einer verfassungsrechtlichen Reduktion⁶⁵ zur Erhaltung der Verfassungsmäßigkeit der Norm die Strafvorschrift zugunsten des Beschuldigten auslegen,⁶⁶ was auch nach der Rechtsänderung des 1. UWGÄndG für die Verfahren mit einer Tatbegehung bis zum 30.12.2008 gelten muss. Die damit absehbare praktische Konsequenz der fehlenden Kongruenz der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Auslegung des Begriffs der irreführenden Werbung muss wegen der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Strafrechtsnorm hingenommen werden, da ansonsten Beweislastregeln (§ 5 Abs. 4 und § 5 Abs. 5) und Verhältnismäßigkeitsgedanken zugunsten der Geschädigten strafrechtlichen Prinzipien mit Verfassungsrang zuwider laufen würden. Mit der neuerlichen Reform des Rechts zur irreführenden Werbung durch das 1. UWGÄndG hat der Gesetzgeber für künftige Fälle durch die neue Terminierung der „irreführenden geschäftlichen Handlung“ in § 5a die notwendige eigenständige strafrechtliche Auslegung festgeschrieben.

Abs. 1 stellt ein Vorgehen unter Strafe, das typischerweise⁶⁷ den Interessen von Verbrauchern, Mitbewerbern oder den Interessen der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zuwider läuft, ohne dass es zu einer konkreten Gefährdung der Einzelinteressen gekommen sein muss.⁶⁸ Eine Differenzierung zwischen Mitbewerbern und Verbrauchern, wie sie § 5a Abs. 1 und § 5a Abs. 2 vorsehen, nimmt Abs. 1 weiterhin nicht vor. Eine Schädigung wirtschaftlicher Art für Dritte wird im Gegensatz zum Betrugstatbestand des § 263 StGB nicht verlangt. Abs. 1 stellt deshalb ein **abstraktes Gefährdungsdelikt** dar.⁶⁹ 18

3. Objektiver Tatbestand. Die Tathandlung ist die irreführende Werbung durch **unwahre Angaben**. Diese Tathandlung muss zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes in einem **bestimmten Medium** erfolgen, nämlich in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind. 19

a) Angaben. Die Überschreibung des § 16 als strafbare Werbung und das Tatbestandsmerkmal der „Angaben“ sorgen dafür, dass es sich um eine Regelung handelt, die auf den **kommunikativen Vorgang** des wirtschaftlich Tätigen einwirkt.⁷⁰ Der damit verbundene Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung des Art. 5 Abs. 1 GG⁷¹ und die freie Ausübung des Berufs gemäß Art. 12 Abs. 1 GG⁷² müssen die erhöhten Anforderungen dieser speziellen Grundrechte an den Begriff, die Form und den Inhalt auch dieses Tatbestandsmerkmals in dessen Auslegung erkennen lassen. 20

aa) Begriff. Angaben sind Äußerungen, die zumindest zum Teil dem **Beweis zugängliche Tatsachenbehauptungen** enthalten.⁷³ Allgemein wird vertreten, dass eine Abgrenzung der Angaben von reinen Meinungsäußerungen⁷⁴ und Aussagen über Nichttatsachen⁷⁵ vorgenommen werden müsse, da letztere nicht unter § 5 fallen und mithin keine strafrechtliche Relevanz im Rahmen des § 16 erhalten können. 21

⁶⁴ Fezer/Rengier Rn 38 ff.

⁶⁵ BVerfG v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01, BVerfGE 110, 226 (248 ff.), NJW 2004, 1305; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 1988, Rn 79 ff.; v. Münch/Kunig/v. Münch Vor Art. 1–19 GG Rn 66; Merten/Papier/Ossenbühl, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2004, § 15 Rn 29 f.

⁶⁶ BVerfG v. 30.10.1963 – 2 BvL 7/61, 2 BvL 2/63, 2 BvL 9/63, BVerfGE 17, 155 (163 ff.); oben § 1 StGB Rn 85; gegen die Bestimmtheit des § 16 Abs. 1 hat OLG Stuttgart v. 31.3.1981 – 3 Ss 168/80, NJW 1982, 195 keine Bedenken.

⁶⁷ Roxin AT/1 § 10 Rn 123.

⁶⁸ Siehe zur weitergehenden Einschränkung de lege ferenda Lampe, FS Lange, 1976, S. 455 (471).

⁶⁹ Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 4; Fezer/Rengier Rn 32.

⁷⁰ Vgl. BVerfG v. 14.7.1987 – 1 BvR 362/79, BVerfGE 76, 196 (207), NJW 1988, 194 zum Verbot standeswidriger Werbung; BVerfG v. 7.11.1991 – 1 BvR 1469/86, BVerfGE 85, 97, NJW 1992, 550.

⁷¹ BVerfG v. 23.10.1985 – 1 BvR 1053/82, BVerfGE 71, 108 (114).

⁷² BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (400 ff.), NJW 1958, 1035 ff.

⁷³ BGH v. 30.1.1963 – I b ZR 183/61, GRUR 1963, 482 (483); BGH v. 5.2.1965 – I b ZP 30/63, BGHZ 43, 140 (143); Harte/Henning/Dreyer § 5 Abs. 1 Rn 42.

⁷⁴ BGH v. 15.8.2002 – 3 StR 11/02, NJW 2002, 3415 ff.; HK-Wettbew/Ekey § 5 Rn 121; Harte/Henning/Dreyer § 5 Abs. 1 Rn 43.

⁷⁵ Fezer/Rengier Rn 51.

- 22 Hieraus wird geschlussfolgert, dass marktschreierische⁷⁶ Anpreisungen, Übertreibungen⁷⁷ ohne konkreten Tatsachekern, nichtssagende Kaufappelle⁷⁸ und erkennbar subjektive Anpreisungen⁷⁹ keine Angaben sind. Dem Gesetzgeber ist es nicht gelungen, obgleich es zunächst durch die Inbezugnahme auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen **Durchschnittsverbraucher**⁸⁰ ankommen soll,⁸¹ die Frage positiv zu lösen, dass Äußerungen Angaben sind. Vielmehr hat er durch die Wahl des Angabenbegriffs ein anderes, neues Problem geschaffen. Dies ist das Problem der Abgrenzung von Äußerungen und Meinungsäußerungen, welches bereits an anderen Orten⁸² im Sinne des Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 Abs. 2 GG) eher unbefriedigend gelöst wurde.⁸³ Durch § 5a Abs. 2 hat der Gesetzgeber nunmehr auch noch den Begriff der Information eingeführt, welche die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern beeinflusst. Der Angabenbegriff muss deshalb, da der Gesetzgeber sich – trotz Kenntnis des Problems⁸⁴ – auch bei der neuerlichen Möglichkeit einer legislatorischen Definition nicht zur einheitlichen Begriffsbestimmung entschlossen hat, einschränkend verstanden werden.
- 23 **bb) Form der Angaben.** In welcher Form die Angaben im Sinne des Abs. 1 kommuniziert werden, soll gleichgültig sein.⁸⁵ Damit wird im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Kommunikationsweg in Wort, Bild⁸⁶ oder Laut vorgenommen werden kann.⁸⁷ Hierdurch ist der Tatbestand für **Neuentwicklungen im Bereich der kommunikativen Interaktion** offen.⁸⁸ Insbesondere der Bereich des **Werbens im Internet** durch Domains,⁸⁹ speziell in der Anwaltschaft,⁹⁰ oder in einer Film- und Fernsehproduktion durch „product placement“⁹¹ zeigt auf, dass eine Begrenzung des Angabenbegriffs⁹² dem Normzweck nicht gerecht wird.⁹³
- 24 Die **getarnte Werbung**⁹⁴ als solche, die in den Medien ausgestrahlte Äußerung eines redaktionellen Autors, erweckt den Eindruck eines unbeteiligten fachkundigen Dritten und erhält eine größere Wirkung und Autorität als die werbenden Angaben des Unternehmers.⁹⁵ Sie ist gleichwohl eine verdeckte Form der Angaben und verstößt eklatant gegen das redaktionelle Trennungsgebot.⁹⁶ Dies gilt auch für den Rundfunk⁹⁷ und hat seine Rechtsgrundlage

⁷⁶ Zur engen Auslegung OLG Düsseldorf v. 19.2.1971 – 2 U 70/70, WRP 1971, 277.

⁷⁷ KG v. 31.3.1981 – 5 U 209/81, WRP 1982, 220.

⁷⁸ BGH v. 5.2.1965 – I b ZP 30/63, BGHZ 43, 140 (143 f.).

⁷⁹ Fezer/Rengier Rn 51.

⁸⁰ Dieser wird in ABl. L 149, S. 25 näher als Verbraucher definiert, „der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren“.

⁸¹ Harte/Henning/Dreyer Rn 16.

⁸² Übersicht zu § 263 StGB bei SK/Hoyer § 263 StGB Rn 17.

⁸³ Vgl. nur die Problematik des Tatsachekerns bei Werturteilen in LK/Tiedemann § 263 StGB Rn 14.

⁸⁴ Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 8.

⁸⁵ OLG Neustadt v. 27.4.1955 – Ss 29/55, GA 1955, 283 (284); Köhler/Bornkamm/Bornkamm § 5 Rn 2.52; Fezer/Rengier Rn 59.

⁸⁶ Scharrenbroich, Irreführende und strafbare Werbeanzeigen, Diss., 1958, S. 33.

⁸⁷ Gloy/Loschelder/Erdmann/Helm § 59 Rn 55.

⁸⁸ Siehe zur Werbung in Versen OLG Hamburg v. 8.7.1953 – 5 U 5/53, GRUR 1953, 533.

⁸⁹ OLG München v. 18.4.2002 – 29 U 1573/02, NJW 2002, 2113; Harte/Henning/Dreyer § 5 Abs. 1 Rn 54; Nägele WRP 2002, 138 (139).

⁹⁰ OLG Celle v. 29.3.2001 – 13 U 309/00, NJW 2001, 2100; LG München I v. 16.11.2000 – 7 O 5570/00, NJW 2001, 2100 (2102); OLG München v. 18.4.2002 – 29 U 1573/02, NJW 2002, 2113; Müller WRP 2002, 160.

⁹¹ v. Hartlieb/Schwarz Kap. 251 Rn 29 bevorzugt den Begriff Schleichwerbung.

⁹² Zu unrecht einschränkend Lindlof/Fromm MMR 2011, 359 (362).

⁹³ Zum Telefonmarketing Otto, FS Pfeiffer, 1988, S. 69 (84).

⁹⁴ Wenzel/von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 2003, Kap. 5 Rn 351.

⁹⁵ BGH v. 7.6.1967 – I b ZR 34/65, GRUR 1968, 382; BGH v. 10.7.1981 – I ZR 96/79, GRUR 1981, 835.

⁹⁶ BGH v. 5.6.1997 – I ZR 69/95, NJW-RR 1998, 835 (837); BGH v. 23.10.1997 – I ZR 123/95, NJW-RR 1998, 833; BGH v. 18.2.1993 – I ZR 14/91, NJW-RR 1993, 868; BGH v. 10.7.1981 – I ZR 69/79, NJW 1981, 2573; BGH v. 30.4.1997 – I ZR 196/94, NJW 1997, 2679.

⁹⁷ Wenzel/von Strobl-Albeg, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 2003, Kap 5 Rn 353.

in den Landespressegesetzen, dem Mediendienste-Staatsvertrag,⁹⁸ dem Teledienstegesetz und dem Rundfunkstaatsvertrag.

Die Auseinandersetzungen des europäischen Normgebers mit dem product placement hat ihren Niederschlag im Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität gefunden.⁹⁹ Hierin wird zusätzlich zur Werbung und zum Teleshopping der umfassendere Begriff der **audiovisuellen kommerziellen Kommunikation** eingeführt.¹⁰⁰ Er umfasst bewegte Bilder mit und ohne Ton die audiovisuelle Mediendienste begleiten und die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes natürlicher oder juristischer Personen, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen, dienen.¹⁰¹ Spätestens seit dem Hieronymi-Report¹⁰² für das Europäische Parlament ist auch die Notwendigkeit einer umfassenden einheitlichen europäischen Regelung für das product placement schwerlich bestreitbar.¹⁰³ Sie erfolgte durch den 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrag.¹⁰⁴

cc) Unwahre Angaben. Unwahr ist die Angabe dann, wenn deren **tatsächlicher Informationsgehalt** mit der objektiven Wahrheit nicht übereinstimmt.¹⁰⁵ Die Tatsache, dass sich der Reformgesetzgeber ausdrücklich dafür entschieden hat,¹⁰⁶ nur denjenigen zu bestrafen, der im Rahmen des Abs. 1 mit unwahren Angaben wirbt, hat vor dem Hintergrund des bekannten Diskussionsstandes über die objektive¹⁰⁷ oder subjektive¹⁰⁸ Interpretation des Begriffs der Unwahrheit besondere Bedeutung.

Die insbesondere durch die Reichsgerichtsrechtsprechung¹⁰⁹ geprägte **subjektive Auffassung** vom Begriff der Unwahrheit stellte auf das Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise ab.¹¹⁰ Es kam demzufolge auf die Durchschnittsauffassung der Adressaten an.¹¹¹

⁹⁸ Vgl. für die Internetwerbung *Bettinger/Leistner*, Werbung und Vertrieb im Internet, 2003, Teil 1 A Rn 45 ff.

⁹⁹ Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (COM(2005)0646 – C6-0443/2005 – 2005/0260(COD)) v. 1.8.2006, 2005/0260(COD).

¹⁰⁰ Vgl. *Kleist/Scheuer* MMR 2006, 206 (208 f.); *dies.* MMR 2006, 127 (131).

¹⁰¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität vom 13.12.2005, KOM(2005) 646 endgültig.

¹⁰² Zur Kritik der Bundestagsfraktion siehe Europa-Report EuZW 2006, 101.

¹⁰³ Draft Report v. 1.8.2006, 2005/0260(COD), Amendment 28, Recital 46.

¹⁰⁴ GVBl. Berlin 2009, S. 39.

¹⁰⁵ KG v. 1.3.1973 – (2) Ss 286/72 (105/72), GRUR 1973, 601; OLG Stuttgart v. 31.3.1981 – 3 Ss 168/80, GRUR 1981, 750; Piper/Ohly/Sosnitzer Rn 9; *Grebing* wistra 1982, 83 (86); Erbs/Kohlhaas/Diemer Rn 16 ff.; *Schmidt*, Die trügerische Reklame, Diss., 1965, S. 89 ff.; *Hernández*, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung – § 4 UWG, Diss., 1999, S. 181 ff.; *Gribkovsky*, Strafbare Werbung (§ 4 UWG), Diss., 1989, S. 46 ff.; *Schwarz*, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, Diss., 2001, S. 65 ff.; *Claus* Jura 2009, 439 (441); *Meyer/Möhrenschrager* WiVerw 1982, 21 (24); auch BGH v. 15.8.2002 – 3 StR 11/02, NJW 2002, 3415 ff. folgt offensichtlich der objektiven Interpretation.

¹⁰⁶ Entgegen dem Referentenentwurf in GRUR 2003, 311, der auf die Unwahrheit der Angaben ausdrücklich verzichtete.

¹⁰⁷ Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 10 f.; v. *Godin* NJW 1965, 1008 (1009); *Lindloff*, MMR 2011, 359 (362).

¹⁰⁸ OLG Braunschweig v. 23.3.1956 – Ss 27/56, GRUR 1956, 502 (503); OLG Köln v. 22.3.1957 – Ss 434/56, NJW 1957, 1042; LG Fulda v. 5.12.1983 – 27 Js 7608/81 a und b, wistra 1984, 188 (190); Köhler/Bornkamm/Bornkamm § 5 Rn 2.69; GroßkommUWG/Otto § 4 Rn 24 ff.; *Lampe*, FS Lange, 1976, S. 455 (460 ff.).

¹⁰⁹ RG v. 17.12.1907, V 841/07, RGSt 40, 438 (440); RG v. 6.3.1908, Abs. 2 18/08, RGSt 41, 161 (162); RG v. 28.4.1913 – V 1452/12, RGSt 47, 161 (163).

¹¹⁰ RG v. 17.12.1907 – V 841/07, RGSt 40, 438 (440); BayObLG v. 20.7.1967 – RReg. 4a St 63/67, NJW 1967, 2418.

¹¹¹ Zu § 4 aF *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht bis zur 22. Aufl. § 4 Rn 8, nunmehr für die neue Rechtslage Köhler/Bornkamm/Bornkamm Rn 10 f.

Eine Fortwirkung dieser Lehre findet sich weiterhin im zivilrechtlichen Teil des Wettbewerbsrechts durch die Annahme, dass auch mit wahren Tatsachenäußerungen wettbewerbsrelevante Täuschungen¹¹² vorgenommen werden können.¹¹³

- 28 Durch die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für das **Merkmal der Unwahrheit** muss sich eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des Tatbestandes aus diesem Zusatz gegenüber § 5 ergeben, bei dem es gerade nicht auf Wahrheit oder Unwahrheit der Angaben ankommt,¹¹⁴ da ansonsten der Wortlaut der Norm nicht ausgeschöpft wird.¹¹⁵ Durch den Vergleich mit anderen Strafnormen des StGB (§§ 264, 265b StGB), fällt auch dem systematischen Argument eine Rolle für die Einschränkung des Anwendungsbereiches zu. Jedoch ist entscheidend, dass die Norm des Abs. 1 die Kriterien des Art. 103 Abs. 2 GG wohl im Wesentlichen nur deshalb erfüllt, weil der Begriff der Unwahrheit eine Korrektivfunktion gegenüber dem ansonsten generalklauselartigen Tatbestand erfüllt.¹¹⁶ Eine Auslegung, die den Begriff der Unwahrheit selbst konturenlos werden lässt, nimmt dem Tatbestand den notwendigen Rest an Bestimmtheit. Die subjektive Auffassung kann mithin bei der strafrechtlichen Betrachtung der Norm schon deshalb keinen Bestand haben, da sie in ihrer Auslegung die Verfassungswidrigkeit der Norm herbeiführen würde.
- 29 Bei der **Bewertung im Einzelfall** macht die unwahre Angabe bezüglich der konkreten Handlung des Werbenden eine Abwägung zwischen den Verkaufsförderungsinteressen und der Wahrheitspflicht notwendig. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es dem Wesen des Kaufmannes entspricht, sich einer Werbung zu bedienen, die durch positive Darstellung seines Produktes versucht die Gunst der Kunden zu gewinnen. Da es um die freie Entscheidung des Abnehmers der Leistung geht, ist jede unwahre Angabe im Wettbewerb eine unlautere Irreführung.¹¹⁷ Während das Zivilrecht darüber hinaus auch bei der Angabe zB persönlicher Verhältnisse einen Handlungsbedarf sieht,¹¹⁸ muss diese haftungsrechtliche Überlegung bei der strafrechtlichen Bewertung der Werbung außer Betracht bleiben. Nur mit Zurückhaltung darf demnach aus der Perspektive des angesprochenen vernünftigen Durchschnittsverbrauchers¹¹⁹ in die konkrete Angabe über den Wortlaut und die wahrnehmbare Werbebotschaft hinaus ein Informationsgehalt interpretiert werden, der sodann die Angabe als in der Gesamtschau unwahr dastehen lässt.¹²⁰
- 30 Hiervon abzugrenzen ist die Frage, ob **schlüssiges Verhalten** für das Tatbestandsmerkmal der unwahren Angabe von Bedeutung ist.¹²¹ Bei einer werbenden Maßnahme ist die Maßnahme als Ganzes für die Bewertung der Wirkung auf den Durchschnittsverbraucher einer Betrachtung zu unterziehen.¹²² Dabei kann zB eine einzelne Bildannonce durchaus in einen inhaltlichen Zusammenhang mit einer zeitgleich oder vorab geführten Werbemaßnahme gesehen werden, die sich inhaltlich auf diese Bildannonce bezieht und ihr dadurch einen anderen Sinngehalt vermittelt.¹²³ Bei vollständiger Auslegung des Angabenbegriffs ist die Werbung somit ganzheitlich in ihrer Wirkung zu betrachten. Vom Prinzip der Suggestivwirkung oder Informationswirkung einer Werbemaßnahme ist es schon begrifflich notwendig, das schlüssige Werben in keinem Fall vom Werben im ausdrücklichen Wortlaut zu trennen. Jegliche Handlung, die aus der tatrichterlichen Betrachtung zu der Feststellung

¹¹² Zu den Fallgruppen insbesondere der wahren persönlichen Bezugnahme siehe *Nordemann* Wettbewerbsrecht Rn 1531 ff.

¹¹³ BGH v. 27.2.2003, ZR 25/01, GRUR 2003, 448 (449); vgl. auch BGH v. 28.2.2002 – ZR 195/99, GRUR 2002, 703 (706).

¹¹⁴ Köhler/Bornkamm/*Bornkamm* Rn 11.

¹¹⁵ Vgl. bereits KG I. StS v. 19.6.1968 – I Ws 232/68, JR 1968, 433.

¹¹⁶ Fezer/*Rengier* Rn 40 f.

¹¹⁷ *Scharrenbroich* S. 77; *Himmelsbach*, Beck'sches Mandatshandbuch Wettbewerbsrecht, 2009, Rn 141.

¹¹⁸ *Himmelsbach* Rn 184.

¹¹⁹ *Ahrens* WRP 1999, 389 (394) der bereits bei alter Rechtslage auf die Notwendigkeit zur Differenzierung hinwies.

¹²⁰ Siehe zur Wahrnehmung von Rabatten und Irreführung beispielhaft *Köhler* GRUR 2001, 1067 (1078).

¹²¹ Fezer/*Rengier* Rn 66.

¹²² Vgl. zum Gewinnversprechen *Braun* StraFo 2005, 102 (105).

¹²³ *Wanckel*, Foto und Bildrecht, 2009, Rn 109 ff.