

UNIVERSITÄT ZU KÖLN
Rechtswissenschaftliche Fakultät



Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

**Strafbare Werbung bei
Online-Auktionen**

vorgelegt von

Reşit Karaaslan



Referent: Prof. Dr. Martin Paul Waßmer

Korreferent: Prof. Dr. Jürgen Seier

Tag der mündlichen Prüfung: 29.10.2015

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen.

Das Entstehen der hiesigen Arbeit ist vielen Personen zu verdanken. Mein Dank gilt zunächst meinem verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, der die Entstehung der Arbeit wohlwollend begleitet hat und jederzeit für fachlichen Rat zur Verfügung stand. Ihm danke ich dafür, dass er mir bei der Entstehung der Arbeit den nötigen Freiraum gewährte. Mein Dank gilt ebenfalls Herrn Prof. Dr. Jürgen Seier, der die Erstellung des Zweitgutachtens freundlicherweise übernommen hat. Dem türkischen Erziehungsministerium danke ich für die finanzielle Unterstützung der Arbeit durch ein Promotionsstipendium. Dank sagen möchte ich weiter Herrn Patrick John Keßler, der die mühevollen Aufgabe des Korrekturlesens auf sich genommen hat.

Besonderer Dank gilt meiner Ehefrau Pelin Güllüoglu-Karaaslan, ohne deren Unterstützung und Liebe die Fertigstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Ganz besonderen Dank schulde ich meinen Eltern, Abdulkadir und Nuray Karaaslan, die mich nicht nur während der Lebensphase der Erstellung dieser Dissertation stets uneingeschränkt unterstützt und verständnisvoll begleitet haben. Ihnen sei dieses Buch vom ganzen Herzen gewidmet.

Köln, im November 2015

Resit Karaaslan

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
TEIL 1: EINLEITUNG	1
A. Das Ziel der Arbeit	1
B. Arten von Online-Auktionen	2
I. Unterscheidung nach Geschäftsmodell	2
II. Unterscheidung nach Marktteilnehmern	2
III. Unterscheidung nach Preisfindungsmechanismen	2
IV. Unterscheidung nach zeitlicher Hinsicht	3
C. Erfolgreiche Integration von Online-Auktionen in das bestehende Zivilrecht	4
I. Vertragsrechtliche Einordnung	5
II. Gewerberechtliche Einordnung	7
III. Wettbewerbsrechtliche Einordnung	7
IV. Haftungsrechtliche Einordnung	8
V. Kollisionsrechtliche Einordnung	9
D. Strafrechtliche Aspekte: Untersuchungsgegenstand der Arbeit	9
I. Verspäteter Schutz durch § 263 StGB	10
II. Täterschafts- und Teilnahmeprobleme	17
III. Gefährdungsdelikte im Internet	18
E. Gang der Arbeit	19
TEIL 2: STRAFRECHTLICHER SCHUTZ VOR IRREFÜHRENDER WERBUNG	20
A. Betrugsrelevanter Vermögensschaden bei Online-Auktionen	21
I. Bedeutung und Grundzüge des Schadensmerkmals	21
II. Nichtlieferung bzw. Lieferung offensichtlich minderwertiger Ware – Treuhandservice und Schadenseintritt	23
III. Lieferung gleichwertiger Ware	24
1. BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12 – <i>Plagiatsfolgen</i>	25
2. Bewertung	25
a) Der personale Vermögens- und Schadensbegriff	26

b) Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff und das Prinzip der Gesamtsaldierung	27
aa) Vorspiegeln wertsteigerender Eigenschaften: Unechter Erfüllungsbetrug	27
bb) Der persönliche Schadenseinschlag	29
cc) Gefährdungsschaden wegen möglicher Einziehung der Plagiatsware	34
3. Zwischenfazit	37
IV. Shill-Bidding	38
1. Überschreiten des feststellbaren objektiven Warenwertes	39
2. Objektiver Wert nicht feststellbar	41
a) Parallele zum Submissionsbetrug	41
b) Berücksichtigung der Exspektanzen bei der Schadensermittlung	43
c) Konstruktion einer Vermögensgefährdung	44
3. Zwischenfazit	45
V. Feedback-Manipulation (Bewertungsmanipulation)	45
VI. Schadenskompensation durch Gegenrechte des Bieters	48
1. Widerrufsrecht bei Online-Auktionen	49
2. Abgrenzung der betrugsstrafrechtlich relevanten Fallgruppen von den ausschließlich wettbewerbs(straf)rechtlich relevanten Fallgruppen	50
3. Auswirkungen des Widerrufsrechts auf den Schadenseintritt	51
a) Die Bedeutung des Widerrufsrechts für das Schadensmerkmal bei erfüllten Verträgen	51
b) Die Bedeutung des Widerrufsrechts für das Schadensmerkmal bei noch nicht erfüllten Verträgen	53
aa) Rechtsprechung	53
bb) Literatur	54
cc) Bewertung	55
4. Zwischenfazit	58
B. Irreführende Werbung im Anwendungsfeld des § 16 Abs. 1 UWG	60
I. Regelungsgegenstand: Entwicklung von § 4 UWG a.F. zu § 16 Abs. 1 UWG	60
II. Bedeutung der systematischen Stellung der Norm	61
1. Verhältnis zu § 5 UWG	62
2. Verhältnis zu § 263 StGB	64
a) Das Rechtsgut	64
aa) Der Schutz des Vermögens versus die Schutzzwecktrias des § 1 UWG	64
bb) Dispositionsfreiheit der Verbraucher	67
b) Das Opferleitbild	70
aa) § 263 StGB	71
(1) Die Position der herrschenden Meinung	71
(2) Die Lehre von der Viktimodogmatik	71
(3) Kritik an der Viktimodogmatik aus der herrschenden Lehre	74
bb) Wettbewerbsrecht	75
(1) Opferleitbild i.S.d. § 5 UWG	75
(2) Opferleitbild i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG	78

(a) Die Rechtslage bis Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon -----	79
(aa) Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung -	79
(bb) Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken-----	81
(b) Die Rechtslage nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon-----	83
cc) Folgen des unterschiedlichen Opferleitbildes -----	87
(1) Anlehnung an viktimodogmatische Ansätze i.S.d. § 263 StGB -----	87
(2) „Angaben“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG – „Tatsachen“ i.S.d. § 263 StGB-----	88
c) Der Tatbestand-----	90
aa) Der objektive Tatbestand -----	90
(1) Tathandlung:	
„Irreführung“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG – „Täuschung“ i.S.d. § 263 StGB -----	90
(a) Zeitpunkt der Irreführung -----	90
(b) Unterschiedliche Handlungsalternativen -----	91
(c) Das Eignungselement -----	92
(aa) Die tatbestandsbegrenzende Wirkung des Eignungselements -----	93
(bb) Die tatbestandsausweitende Wirkung des Eignungselements -----	94
(2) Adressaten irreführender Angaben -----	98
(3) Adressaten des Irreführungsverbots -----	98
bb) Der subjektive Tatbestand-----	102
3. Zwischenfazit/Ausblick -----	103
C. § 16 Abs. 1 UWG: De lege lata – de lege ferenda-----	104
I. Vorüberlegungen -----	105
1. Streichung der Norm versus Notwendigkeit des § 16 Abs. 1 UWG -----	105
a) Strafwürdigkeit -----	105
b) Strafbedürftigkeit -----	106
2. Neusystematisierung der Norm -----	108
a) Qualifizierung als Ordnungswidrigkeit-----	108
b) Umstellung in das StGB -----	108
3. Reformvorschläge innerhalb der Tatbestände -----	109
II. Irreführung -----	111
1. Die Verkehrsauffassung als Schlüsselkriterium des Irreführungsbegriffs -----	111
2. Konkretisierung der Verkehrsauffassung -----	112
a) Bestimmung der angesprochenen Verkehrskreise -----	112
b) Anforderungen an den angesprochenen Verkehrskreis -----	113
aa) Durchschnittliche Informiertheit -----	113
bb) Durchschnittliche Aufmerksamkeit-----	115
cc) Durchschnittliche Verständigkeit-----	118
3. Besonderheiten im Internet bzw. bei Online-Auktionen-----	119
a) Spezifisches Verbraucherleitbild im Internet bzw. bei Online-Auktionen-----	119
b) Spezifische Verkehrsauffassung im Internet bzw. bei Online-Auktionen -----	123
c) Besonderheiten bei der Informationsbeschaffung bzw.	
der Informationsverarbeitungskapazität -----	124
4. Fallgruppe der auktionsspezifischen Irreführung -----	128

a) Irreführung durch Verwendung des Begriffs „Auktion“	128
b) Shill-Bidding	129
c) Werbung mit Testergebnissen	130
d) Feedback-Manipulationen (Bewertungsmanipulation)	131
e) Irreführung durch den angegebenen Marktwert	132
f) Irreführung durch das Mindestgebot	133
5. Irreführung durch Informationspflichtverletzung	134
a) Verbraucherschutz durch Informationen	134
b) Informationspflichten bei Online-Auktionen	135
aa) Vorvertragliche Informationspflichten	135
bb) Nachvertragliche Informationspflichten	139
cc) Informationspflichten im E-Commerce	140
c) Strafrechtliche Relevanz der Informationspflichtverletzung	141
aa) Platzierung der Informationen	142
bb) Das Verhältnis von § 4 Nr. 11 UWG zum Irreführungsverbot	149
(1) Geschäftlicher Zweck	151
(2) Impressumspflicht	153
(3) Garantiebedingungen	154
(4) Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln	156
(a) Lieferbedingungen	157
(b) Leistungsvorbehalt	158
(c) Gewährleistungsausschluss	159
cc) Die strafrechtlichen Aspekte des „Vorenthaltens“ von Informationen	160
d) Zwischenfazit	165
e) Irreführung über Produkteigenschaften – Garantenstellung des Anbieters	166
f) Irreführung über den Gesamtpreis sowie Liefer- und Versandkosten	175
g) Irreführung über das Bestehen des Widerrufsrechts	
sowie über die Einzelheiten der Ausübung des Widerrufsrechts	178
aa) Ausnutzen der Rechtsunkenntnis:	
Ein Fall des § 4 Nr. 2 UWG oder § 5 UWG?	178
bb) Stellt das Täuschen über die Rechtslage eine „Angabe“	
i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG dar?	181
cc) Konkretisierung	184
dd) „Geschäftliche Handlung“ versus „Werbung“	188
III. Unwahrheit	196
1. Subjektive Theorie	196
2. Objektive Theorie	196
3. Stellungnahme	198
a) Bewertung und Ablehnung der subjektiven Theorie	198
b) Bewertung und Ablehnung der objektiven Theorie	200
c) Zwischenfazit/Ausblick	209
d) Ersatzlose Streichung des Merkmals „Irreführung“	210
e) Ersatzlose Streichung des Merkmals „Unwahrheit“	211
aa) Die Bestimmung der Verkehrsauffassung: normativ oder empirisch	213

bb) Irreführungsquote-----	220
cc) Grenzen des Verbraucherschutzes durch § 16 Abs. 1 UWG-----	225
(1) Der Einsatz der Viktimodogmatik im Wettbewerbsstrafrecht -----	226
(2) Zwischenfazit -----	231
(3) Konkretisierung -----	232
(a) BGHSt 47, 1 – <i>Insertionsoffertenbetrug</i> -----	232
(b) BGHSt 52, 227 – <i>Gewinnmitteilung im Versandhandel</i> -----	234
(c) Die „schwarze Liste“-----	236
(d) Versteigerung von leeren Verpackungen auf dem Marktplatz -----	237
(4) Exkurs: Das Verbraucherleitbild und die Europäisierung des § 263 StGB ----	244
(a) Die bisherigen Ansätze -----	245
(b) Bewertung -----	248
(c) Implementierung in den Betrugstatbestand-----	254
IV. Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen-----	257
V. Zwischenfazit/Gesetzesvorschlag-----	259
 TEIL 3: TÄTERSCHAFT UND TEILNAHME -----	 261
A. Das Verantwortlichkeitsregime des Telemediengesetzes -----	262
I. Normgenese -----	262
II. Verantwortlichkeitseinschränkende Zielsetzung-----	262
III. Dogmatische Einordnung der Verantwortlichkeitsbegrenzungen-----	263
IV. Anwendbarkeit der Vorschriften des TMG auf Online-Auktionen -----	265
V. Systematik der §§ 7-10 TMG:	
Anbieter als „Content-Provider“ – Auktionshaus als „Host-Provider“ -----	266
VI. Das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht-----	266
 B. Strafrechtliche Verantwortung von Anbietern -----	 272
I. Strafbarkeit von Leitungspersonal aufgrund Erteilung	
rechtswidriger Weisungen-----	273
1. Der Standpunkt des BGH und der Literatur -----	273
2. Bewertung-----	274
II. Strafbarkeit von Leitungspersonal aufgrund unterlassener Gefahrenabwehr -----	280
1. Unterlassene Beseitigungs- bzw. Rückrufpflicht -----	281
2. Geschäftsherrenhaftung -----	282
a) Organisationsherrschaft -----	283
b) Betrieb als Gefahrenquelle -----	285
c) Die grundsätzlich ablehnende Ansicht-----	285
d) Stellungnahme-----	286
 C. Strafrechtliche Verantwortung von Auktionshäusern -----	 291
I. Der Privilegiaцияsausschluss gemäß § 10 TMG -----	291
1. Speicherung fremder Informationen für einen Nutzer -----	291
2. Kenntnis -----	296

a) Begriff der Kenntnis -----	297
b) Umfang der Kenntnis -----	297
c) Kenntniserlangung -----	304
aa) Quelle und Qualität der Kenntnis -----	304
bb) Dolose Verweigerung der Kenntnisnahme -----	305
cc) Zurechnung fremder Kenntnis -----	306
dd) Kenntniserlangung durch das Computersystem -----	308
3. Zugangsverhinderung nach § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG -----	309
4. Ausschluss der Privilegierung nach § 10 Satz 2 TMG -----	310
II. Verantwortung nach materiellem Strafrecht -----	310
1. Das Bereitstellen der Plattform als Gehilfenhandlung -----	311
2. Unterlassungsstrafbarkeit im Fall der Nicht-Löschung des bereits identifizierten Inhalts -----	315
a) Garantenstellung des Auktionshauses -----	316
aa) Garantenpflichten aus Gesetz -----	316
bb) Garantenpflichten aus Vertrag -----	317
cc) Garantenpflichten aus Ingerenz -----	318
dd) Garantenpflichten aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle -----	320
b) Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme durch Unterlassen -----	324
3. Unterlassungsstrafbarkeit im Fall der Nicht-Verhinderung weiterer, im Kern vergleichbarer Rechtsverletzungen -----	326
a) Problemdarstellung -----	326
b) Das zivilrechtliche Haftungssystem – Die Gründe der Rechtsprechung für die Rechtsfortbildung der Störerhaftung des Auktionshauses im Fall der Rechtsverletzung Dritter -----	327
c) Entwicklung der Rechtsprechung zu zivilrechtlicher Haftung von Auktionshäusern im Wettbewerbsrecht -----	330
aa) Kritik an Störerhaftung -----	330
bb) Die Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ -----	331
cc) Konsequenzen der Aufgabe der Störerhaftung im Wettbewerbszivilrecht -----	334
d) Die Bedeutung der Aufgabe der Störerhaftung im Wettbewerbszivilrecht für die strafrechtliche Verantwortung von Auktionshäusern -----	336
aa) Verkehrssicherungspflicht als gemeinsames Institut von Zivil- und Strafrecht -----	336
bb) Vereinbarkeit der Unterlassungsstrafbarkeit von Auktionshäusern mit dem TMG und der ECRL -----	339
cc) Grenze zwischen den spezifischen und den allgemeinen Überwachungspflichten im Strafrecht -----	342
e) Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme durch Unterlassen -----	347
 TEIL 4: ANWENDBARKEIT DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS -----	 348
A. Einleitende Bemerkung zur Reichweite des deutschen Strafrechts -----	350
I. Dogmatische Einordnung der §§ 3 ff. StGB -----	350

II. Strafanwendungsprinzipien	351
B. Das Ubiquitätsprinzip im Internet	353
I. Die Konstruktion des § 9 StGB	353
II. Der Ort der Handlung, § 9 Abs. 1 1. Alt. StGB	354
III. Der Ort des zum Tatbestand gehörenden Erfolges, § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB	356
1. Auffassungen in der Literatur und der Rechtsprechung	356
2. Stellungnahme	359
IV. Zwischenfazit	361
V. Mögliche Anknüpfungspunkte für die Einschränkung des Ubiquitätsprinzips im Internet	361
1. Bisherige Einschränkungsversuche	362
2. Bewertung	364
VI. Zwischenfazit	368
VII. Internationales Wettbewerbsrecht	368
1. Herkunftslandprinzip	369
a) Allgemeine Anmerkungen zum Herkunftslandprinzip der ECRL	369
b) Der Streit um den Charakter des Herkunftslandprinzips	371
c) Herkunftslandprinzip und seine Anwendung auf das nationale Strafanwendungsrecht	373
aa) Ansichten in der Literatur	373
bb) Stellungnahme	374
d) Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im Wettbewerbsstrafrecht	377
2. Marktortprinzip	380
a) Allgemeine Anmerkungen zum Marktortprinzip, insbesondere i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO	380
b) Bestimmung des relevanten Marktes bei unteilbaren Multistatedelikten	386
C. Zurechnung des inländischen Tatortes im Falle der Mittäterschaft durch Unterlassen	392
TEIL 5: ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE	397
§ 1: Antwort zu den Fragen 1 und 2	398
A. Bedeutung und Grundzüge des Schadensmerkmals	398
B. Betrugsrelevanter Vermögensschaden bei Online-Auktionen – Die Unanwendbarkeit des § 263 Abs. 1 StGB	399
C. Irreführende Werbung im Anwendungsfeld des § 16 Abs. 1 UWG	401
D. § 16 Abs. 1 UWG: De lege lata – de lege ferenda	403
I. Irreführung	403
II. Unwahrheit	409
III. Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen	411
IV. Gesetzesvorschlag	412

V. Das einheitliche Täuschungsschutzsystem -----	412
§ 2: Antwort zu der Frage 3-----	413
E. Strafrechtliche Verantwortung von Anbietern -----	413
F. Strafrechtliche Verantwortung von Auktionshäusern-----	415
I. Der Privilegierungsausschluss gemäß § 10 TMG -----	415
II. Verantwortung nach materiellem Strafrecht -----	417
§ 3: Antwort zu der Frage 4-----	420
G. Das Ubiquitätsprinzip im Internet -----	420
H. Zurechnung des inländischen Tatortes im Falle der Mittäterschaft durch Unterlassen --	422
Literaturverzeichnis -----	424
Rechtsprechungsregister -----	466

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A./A.A.:	anderer Ansicht
a.a.O.:	am angegebenen Ort
a.F.:	alte Fassung
ABl.:	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.:	Absatz
Abschn.:	Abschnitt
AE-StGB:	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches
AEUV:	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABl. C 83/1 vom 30.3.2010
AG:	Amtsgericht/Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB:	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allgM:	allgemeine Meinung
Alt.:	Alternative
AnwaltK-StGB:	AnwaltKommentar zum StGB
arg. e.:	argumentum e - Schlussfolgerung
Art.:	Artikel
AT:	Allgemeiner Teil
B2B:	Business-to-Business
B2C:	Business-to-Consumer
BayObLG:	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt:	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Sammlung von Entscheidungen in Strafsachen
BB:	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BeckEuRS:	Beck online Rechtsprechung des EuGH
BeckRS:	Beck online Rechtsprechung
Begr.:	Begründung
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.:	Bundesgesetzblatt

BGH:	Bundesgerichtshof
BGHSt:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
bspw.:	beispielsweise
BT:	Besonderer Teil
BT-Drucks.:	Bundestagsdrucksache
BVerfG:	Bundesverfassungsgericht
bzg.:	bezüglich
bzw.:	beziehungsweise
C2C:	Consumer-to-Consumer
CCZ:	Corporate Compliance (Zeitschrift)
CR:	Computer und Recht (Zeitschrift)
d.h.:	das heißt
DB:	Der Betrieb (Zeitschrift)
DM:	Deutsche Mark
DMCA:	Digital Millennium Copyright Act
E.:	Entwurf
ECRL:	Richtlinie 2001/31/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, ABl. EG vom 17.7.2000, Nr. L 178, S. 1.
EG:	Europäische Gemeinschaft
EGBGB:	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGStGB:	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
ElGVG:	Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz
endg.:	endgültig
EU:	Europäische Union
EuGH:	Europäischer Gerichtshof
EuZW:	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.:	eingetragener Verein
EVV:	Europäischer Verfassungsvertrag
f./ff.:	folgende/fortfolgende

Fernabsatzrichtlinie:	Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG vom 4.6.1997, Nr. L 144, S. 19.
FG:	Festgabe
Fn.:	Fußnote
FS:	Festschrift
GA:	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GewO:	Gewerbeordnung
GG:	Grundgesetz
ggf.:	gegebenenfalls
GK-UWG:	Großkommentar UWG
GmbH:	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR-Int.:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR-Prax.:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Zeitschrift)
GRUR-RR:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
GS:	Gedächtnisschrift
h.L.:	herrschende Lehre
h.M.:	herrschende Meinung
HRRS:	Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (Zeitschrift)
Hrsg.:	Herausgeber
Hs.:	Halbsatz
i.d.R.:	in der Regel
i.R.d.:	im Rahmen der/des
i.R.v.:	im Rahmen von
i.S.d.:	im Sinne der/des
i.S.v.:	im Sinne von
i.V.m.:	in Verbindung mit
IntUnlWettR:	Internationales unlautere Wettbewerbsrecht
IntWettR:	Internationales Wettbewerbsrecht

IntWIR:	Internationales Wirtschaftsrecht
IPR:	Internationales Privatrecht
IuKDG:	Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz
JA:	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JMStV:	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag
JR:	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura:	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JurionRS:	Jurion online Rechtsprechung
jurisPR:	juris-Praxis
JuS:	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ:	Juristenzeitung (Zeitschrift)
K&R:	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
Kap.:	Kapitel
KG:	Kammergericht Berlin
KGaA:	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KOM:	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
LG:	Landgericht
LH:	Lehrbuch
lit.:	littera
LK:	Leipziger Kommentar
m.a.W.:	mit anderen Worten
MarkenG:	Markengesetz
MDR:	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)
MDR/D:	MDR/Dallinger
MDStV:	Mediendienste-Staatsvertrag
MMR:	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
MüKo-BGB:	Münchener Kommentar zum BGB
MüKo-StGB:	Münchener Kommentar zum StGB
MüKo-UWG:	Münchener Kommentar zum UWG
n.F.:	neue Fassung
NJOZ:	Neue Juristische Online Zeitung (Zeitschrift)
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)

NJW-RR:	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
NK-StGB:	Nomos Kommentar zum StGB
Nr.:	Nummer
NStZ:	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR:	Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungsreport
NZG:	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWist:	Neue Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
OGH:	Österreichischer Oberster Gerichtshof
OLG:	Oberlandesgericht
OWiG:	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PAngV:	Verordnung zur Regelung der Preisangaben
PJZS:	Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PKS:	Polizeiliche Kriminalstatistik
RabelsZ:	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Ratsdok.:	Ratsdokumente
Rdn.:	Randnummer
RefE:	Referentenentwurf
RG:	Reichsgericht
RGSt:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RiStBV:	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rom I-VO:	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177/6 vom 4.7.2008.
Rom II-VO:	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. L 199/40 vom 31.7.2007
S.:	Seite(n)
Sec.:	Section
SK-StGB:	Systematischer Kommentar zum StGB
Slg.:	Sammlung
sog.:	sogenannte

StGB:	Strafgesetzbuch
StIGHE:	Der Ständige Internationale Gerichtshof, Entscheidungen
StPO:	Strafprozessordnung
StV:	Strafverteidiger (Zeitschrift)
TDG:	Teledienstegesetz
TMG:	Telemediengesetz
u.a.:	unter anderem
UA:	Unterabsatz
UGP-Richtlinie:	Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: „UGP-Richtlinie“), ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22.
UN:	United Nations
UVP:	unverbindliche Preisempfehlung
UWG:	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerbStrG-E:	Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden
VGH:	Verwaltungsgerichtshof
vgl.:	vergleiche
VRRL:	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. Nr. L 304 vom 22.11.2011, S. 64.
VuR:	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
WerbeRL (1984):	Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. Nr. L 250 vom 19.9.1984, S. 17.

WerbeRL (2006):	Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. Nr. L 376 vom 27.12.2006, S. 21.
WettbR:	Wettbewerbsrecht
wistra:	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WiVerw:	Wirtschaft und Verwaltung – Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv (Zeitschrift)
WM:	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WRP:	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WStG:	Wehrstrafgesetz
ZAW:	Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V.
z.B.:	zum Beispiel
ZGR:	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS:	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR:	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP:	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS:	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS:	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO:	Zivilprozessordnung
ZRP:	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM:	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZWH:	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

TEIL 1:

EINLEITUNG

A. DAS ZIEL DER ARBEIT

Werbung ist aus dem heutigen Geschäftsleben nicht mehr hinwegzudenken. Ihr kommt in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung die Aufgabe zu, den Verbraucher über die Alternativen des Marktes zu unterrichten und damit die Funktionsfähigkeit der Marktwirtschaft zu gewährleisten. Sie ist deshalb nicht nur eine sozialadäquate, sondern gar erwünschte Tätigkeit, die auch im Grundgesetz garantiert ist.¹ Kollidiert sie aber in nicht mehr tolerierbarer Weise mit Verbraucherschutzbelangen, insbesondere der Gewährleistung nicht durch Täuschung beeinflusster Dispositionen, so stößt sie an ihre Grenzen. Ist dies der Fall, greift das sog. „Verbraucherschutzstrafrecht“, dem üblicherweise die Irreführungsverbotstatbestände der Spezialgesetze, die beispielsweise im Lebensmittels-, Wein-, Arzneimittel- oder im Wettbewerbsrecht zu finden sind, wie aber auch die zentrale Norm des Täuschungsschutzstrafrechts § 263 StGB zugerechnet werden.² Ihre Gemeinsamkeit besteht darin, dass sie bereits vor der Verbreitung des Internets geschaffen wurden und damit ursprünglich auf den Offline-Bereich zugeschnitten sind. Dies führt zu der Frage, inwieweit die klassischen Normen des Verbraucherschutzstrafrechts, die teilweise auf eine über 100jährige Geschichte zurückblicken können, auf neue Erscheinungsformen der Werbung im Internet reagieren und welche Schutzmechanismen sie vor irreführenden Angaben im Internet bereitstellen können. Die vorliegende Untersuchung hat sich deshalb das Ziel gesetzt, diese Frage am Beispiel von Online-Auktionen einer Klärung zuzuführen und – wo dies notwendig erscheint – Vorschläge für die Fortentwicklung zu einem besseren strafrechtlichen Verbraucherschutz zu unterbreiten.

¹ BVerfG GRUR 2001, 170 (172 ff.) – *Benetton-Werbung I*; BVerfG GRUR 2003, 442 (442 ff.) – *Benetton-Werbung II*; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 1.65 f.; Lindacher, in: GK-UWG, Vor §§ 5, 5a Rdn. 58; Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 43 ff.; Ruess, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 121 ff.

² Vgl. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rdn. 19, 125.

B. ARTEN VON ONLINE-AUKTIONEN

Um die verbraucherschutzstrafrechtlichen Aspekte von Online-Auktionen beleuchten zu können, soll zunächst der Begriff der Online-Auktion klargestellt werden. Denn anders als der Begriff „Online-Auktion“ vermuten lassen könnte, gibt es „die“ Online-Auktion nicht. Die Bezeichnung „Online-Auktion“ wird inzwischen für alle Marktplätze verwendet, auf denen die Preisfindung mittels internetbasierter Versteigerungsveranstaltungen stattfindet. Dennoch lassen sie sich grob folgendermaßen differenzieren:³

I. Unterscheidung nach Geschäftsmodell

Anhand der Rolle der Auktionshäuser ist zu unterscheiden, ob das Auktionshaus seine eigenen bzw. in seinem Eigentum stehenden Produkte versteigert und damit an der Versteigerung im eigenen Namen teilnimmt (*Eigenversteigerung*), oder ob es als unabhängiger Dritter lediglich die technische und organisatorische Infrastruktur in Form einer Plattform zur Verfügung stellt (*Fremdversteigerung*).

II. Unterscheidung nach Marktteilnehmern

Anhand der Teilnehmergruppen ist zu differenzieren, von wem die Online-Auktion durchgeführt wird und an welchen Kreis sie sich richtet. Da auf beiden Seiten sowohl Verbraucher (Consumer) als auch Unternehmer (Business) sowie die öffentliche Hand (Administration) tätig werden können, sind bei einer derartigen Differenzierung neue Gruppen zu unterscheiden. Hiervon spielen aber nicht alle in der Praxis eine Rolle. Praktische Relevanz haben bisher C2C-, B2B- und B2C-Auktionen. Agiert auf beiden Seiten ein Verbraucher, bezeichnet man dies als Consumer-to-Consumer-Auktion (*C2C-Auktion*). Eine Business-to-Consumer-Auktion (*B2C-Auktion*) liegt vor, wenn ein Unternehmer als Anbieter und ein Verbraucher als Bieter auftreten. Ist auf beiden Seiten ein Unternehmer beteiligt, so nennt man diese Auktion Business-to-Business-Auktion (*B2B-Auktion*).

III. Unterscheidung nach Preisfindungsmechanismen

Anhand der Preisfindungsmechanismen sind mindestens drei Modelle zu unterscheiden:

Am weitesten verbreitet ist die *Aufwärtsauktion*, ebenso „Vorwärtsauktion“ oder „englische Auktion“ genannt. Hierbei wird der Preis ermittelt, indem sich die Bieter – ausgehend von einem Mindestpreis – innerhalb einer vom Anbieter festgelegten Zeitspanne

³ Zum Ganzen: *Ernst*, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 1 Rdn. 8 ff.; *Leible/Sosnitza*, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 6 ff.; *Meyer/Specht/Friemel*, in: Bräutigam/Leupold, Online-Handel, A II. Rdn. 75 ff.; *Werner*, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, S. 3 ff. Zu sog. Countdown-Auktionen siehe VGH Baden-Württemberg, MMR 2014, 496 (496 ff.) – *Countdown-Auktion im Internet*; *Heckmann*, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.3 Rdn. 59 ff.

durch ein offenes Bietgefecht gegenseitig überbieten. Der Bieter, der das letzte und höchste Gebot abgegeben hat, erhält den Zuschlag.

Demgegenüber wird der Begriff der *Abwärtsauktion* verwendet, um Online-Auktionen mit fallenden Preisen zu beschreiben. Allerdings ist hier die Terminologie sehr uneinheitlich. Unter dem Begriff der Abwärtsauktionen werden in der Literatur zahlreiche Auktionsformen verstanden, die sich in ihrem Ablauf erheblich voneinander unterscheiden.⁴ Dennoch kann man sie grundsätzlich in zwei Unterkategorien unterteilen:⁵ Bei der *ersten* Variante geht das Angebot von einem Abnehmer aus. Er startet die Auktion, indem er die gewünschte Ware oder Dienstleistung und den Startpreis vorgibt. Die potenziellen Anbieter haben daraufhin die Möglichkeit, ihrerseits den Anforderungen entsprechende Angebote abzugeben. Im Verlauf der Auktion werden nun konkurrierende Angebote zu immer niedrigeren Preisen gemacht. Das letzte und niedrigste Angebot gewinnt und erhält den Zuschlag. Bei der *zweiten* Variante handelt es sich um angekündigte lineare Preissenkungen eines einzelnen Anbieters. Nach dem Konzept dieses Modells wird der Preis des Auktionsgegenstands durch kontinuierliches Absinken des Preises in vorgegebenen Zeitintervallen ermittelt. Wer zuerst durch „Klick“ zuschlägt, erhält den Auktionsgegenstand zum aktuellen Preis. Bei dieser Variante liegt die Besonderheit darin, dass die Bieter während der gesamten Veranstaltung vor der Frage stehen, ob sie noch darauf warten sollen, dass sich der Preis weiter senkt, was allerdings das Risiko birgt, dass ein anderer Bieter zuerst zugreift, oder ob sie bereits frühzeitig ihr Gebot abgeben und einen nicht ganz so günstigen Preis in Kauf nehmen.

Das dritte Modell des Preisfindungsmechanismus ist die sog. *Höchstpreisauktion*, bei der jeder Bieter nur einmal und verdeckt ein Gebot abgeben darf. Den Zuschlag erhält der Meistbietende. Die „*Vickrey-Auktion*“ ist eine Unterkategorie der Höchstpreisauktion. Im Vergleich zu einer Höchstpreisauktion muss der Meistbietende allerdings nur den Betrag zahlen, der als zweithöchstes Gebot abgegeben wurde.⁶

IV. Unterscheidung nach zeitlicher Hinsicht

Bei Online-Auktionen unterscheidet man zwischen Live- und Langzeit-Auktionen. Live- oder Echtzeit-Auktionen haben große Ähnlichkeit mit der traditionellen Versteigerung.

⁴ Vgl. nur *Ernst*, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 1 Rdn. 15 ff. einerseits und *Leible/Sosnitza*, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 18 ff. andererseits.

⁵ *Werner*, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, S. 7.

⁶ Zwar wird das Powershopping („Community-Shopping“ oder „CoShopping“) in der Literatur häufig in einem Zuge mit Online-Auktionen behandelt (vgl. *Ernst*, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 1 Rdn. 21 ff.; *Leible/Sosnitza*, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 23 ff.), allerdings ist diese Vertriebsform im Grunde genommen keine Auktion im klassischen Sinne, weil es kein Bietgefecht gibt, hierzu ausführlich *Huppertz*, in: Bräutigam/Leupold, Online-Handel, B VI. Rdn. 1 ff.; *Mankowski*, in: Fezer-UWG, § 4-S12, Rdn. 278 ff. Dieses Modell ist daher kein Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Die Auktion wird durch einen Auktionator moderiert und gesteuert. Die einzelnen Auktionsgegenstände kommen nacheinander zum Aufruf. Dabei können die vorher registrierten Kaufinteressenten ihre Gebote abgeben. Der Auktionator erteilt nach Ablauf der Zeit den Zuschlag. Bei Langzeit-Auktionen wird der „Gewinner“ dagegen nicht durch virtuellen Zuschlag, sondern vielmehr durch Zeitablauf ermittelt. Das selbstständige Auslaufen der Internetauktion ersetzt damit den Zuschlag der Echtzeit-Auktion. Die Auktion endet zu einem auf die Sekunde genau feststehenden Zeitpunkt. Der Bieter, der das letzte und höchste Gebot abgegeben hat, erhält den Zuschlag.⁷

C. ERFOLGREICHE INTEGRATION VON ONLINE-AUKTIONEN IN DAS BESTEHENDE ZIVILRECHT

Obwohl sich Online-Auktionen als eine beständige und beliebte Transaktionsform des elektronischen Verkehrs im Wirtschaftsleben sehr schnell und erfolgreich⁸ etablierten, war deren Integration in das bestehende Recht eine Herausforderung, weil die Rechtsgeschäfte zwischen zwei anonymen Teilnehmern erfolgen, die ihre Willenserklärung „elektronisch“ abgeben. Im Kern ging es also bei der rechtlichen Bewertung von Online-Auktionen um die Frage, in welchem Umfang gesetzliche Regelungen, die bereits vor der Verbreitung des Internets als Massenphänomen geschaffen wurden, auf neue Geschäftsmodelle anwendbar waren. Probleme ergaben sich insbesondere in vertragsrechtlicher Hinsicht, aber auch in Bezug auf gewerbe-, wettbewerbs-, haftungs- und kollisionsrechtliche Fragen. Heute steht zu all diesen Rechtsgebieten umfangreiche, unüberschaubare Literatur⁹ und Rechtsprechung¹⁰ zur Verfügung. In jedem Bereich hat sich eine herrschende Meinung herausgebildet bzw. hat der BGH seinen Standpunkt klargestellt.

⁷ Ferner kombinieren viele Auktionshäuser Langzeit-Auktionen mit sog. „Sofortkauf-Auktion“ (genauer: Auktion mit Sofort-Kaufen-Option). Es handelt sich um eine übliche Langzeit-Auktion, bei der die Bieter die zusätzliche Möglichkeit haben, den Versteigerungsgegenstand sofort zu einem vom Anbieter festgelegten Preis, ohne Durchführung einer Auktion, zu erwerben.

⁸ Siehe nur Abbildung bei Heckmann, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.3 Rdn. 3.

⁹ Exemplarisch für die kaum noch überschaubare Literatur: Beckmann, Versteigerungen im Internet, S. 24 ff., 97 ff.; Bücker, Internetauktionen: Internationales Privat- und Verfahrensrecht, S. 31 ff., 110 ff.; Dunkel, Online-Auktionen und Wettbewerbsrecht, S. 29 ff., 57 ff., 145 ff.; Goldmann, Rechtliche Rahmenbedingungen für Internet-Auktionen, S. 24 ff., 40 ff., 89 ff., 134 ff., 154 ff., 206 ff.; Gülpen, Verbraucherschutz im Rahmen von Online-Auktionen, S. 27 ff., 37 ff., 123 ff., 193 ff.; Heitbaum, Zur Anwendbarkeit des § 156 BGB sowie zur Inhaltskontrolle bei Privaten Online-Auktionen, S. 25 ff., 55 ff., 227 ff., 247 ff.; Kresse, Die Auktion als Wettbewerbsverfahren, S. 29 ff.; 67 ff.; 131 ff.; 189 ff.; 347 ff.; Lienemann, Verbraucherschutz bei Online-Auktionen, S. 25 ff., 68 ff., 117 ff., 251 ff.; Lindenberg, Internetauktionen im Gewerbe- und Lauterkeitsrecht, S. 25 ff., 119 ff., 255 ff., 281 ff.; Lunk, Internet-Auktionen – Aspekte des Gewerbe-, Wettbewerbs- und Vertragsrecht, S. 26 ff., 50 ff., 74 ff.; Mießner, Providerhaftung, Störerhaftung und Internetauktion, S. 17 ff., 74 ff., 105 ff.; v. Samson-Himmelstjerna, Haftung von Internetauktionshäusern, Rdn. 61 ff., 105 ff., 115 ff., 174 ff., 274 ff., 279 ff.; Schapiro, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen, S. 21 ff., 105 ff., 215 ff., 296 ff., 316 ff.; Schulze, Internetauktionen aus vertragsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, S. 15 ff., 107 ff.; Striepling, Verbraucherschutz bei Online-Auktionen, S. 16 ff., 51 ff., 173 ff., 187 ff.; Trinks, Die Online-Auktion in

Ohne auf Einzelheiten einzugehen, erscheint es angesichts der Komplexität der Materie angebracht, den heutigen Stand der Rechtsprechung und Literatur schon an dieser Stelle kurz zu skizzieren, da auch die strafrechtlichen Probleme anhand der zivilrechtlichen Grundsätze zu lösen sind.

I. Vertragsrechtliche Einordnung

Bei der vertragsrechtlichen Einordnung der Fremdversteigerung¹¹ ist das Dreiecksverhältnis zwischen Auktionshaus, Anbieter und Bieter zu berücksichtigen, die Vertragsbeziehungen zwischen Auktionshaus und Teilnehmern sind streng zu unterscheiden. Während das sog. „Benutzungsverhältnis“ bzw. das „Plattformverhältnis“ die Rechtsbeziehungen zwischen dem Plattformbetreiber und den Nutzern der Plattform als dessen Kunden betrifft, erstreckt sich das sog. „Marktverhältnis“ auf das Verhältnis der Nutzer der Plattform untereinander.

Im Rahmen des Benutzungsverhältnisses geht man von einem Maklerdienstvertrag mit Dauerschuldcharakter zwischen dem Auktionshaus und seinem Nutzer aus, auf den ergänzend die dienstvertraglichen Vorschriften anzuwenden sind, wenn der Nutzer als Anbieter auftritt.¹² Tritt der Nutzer dagegen als Bieter auf, geht man von einem Auftragsverhältnis nach § 662 BGB aus, weil für den Bieter in der Regel keine Gebühren oder Provisionen anfallen.¹³

Mit der weitaus wichtigeren Frage, welche Rechtsbeziehung im Marktverhältnis besteht, hat sich der BGH mehrfach beschäftigt:

Zu klären war zunächst die Frage, ob ein Vertrag zwischen zwei Teilnehmern, die ihre Willenserklärung „elektronisch“ abgeben, überhaupt zustande kommen kann. In der berühmten „*ricardo.de*“-Entscheidung hat der BGH festgestellt, dass kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Äußerung eines Rechtsfolgewillens vorliegt, die den objektiven Tatbestand einer „echten“ Willenserklärung erfüllt. Denn die elektronisch übermittelten

Deutschland, S. 25 ff., 85 ff., 165 ff., 225 ff., 245 ff.; Zielasko, Rechtliche Einordnung des eBay-Bewertungssystems, S. 20 ff., 45 ff., 131 ff., 176 ff., 205 ff., 278 f.

¹⁰ Einen guten Überblick liefern Schlömer/Dittrich: K&R 2006, 102; K&R 2006, 373; K&R 2007, 117; K&R 2007, 432; K&R 2008, 129; K&R 2009, 145; K&R 2010, 148; K&R 2011, 159; K&R 2012, 160; K&R 2013, 158; K&R 2014, 228; K&R 2015, 150.

¹¹ Die vertragsrechtliche Einordnung der Eigenversteigerung ist klar und deutlich: Versteigert das Auktionshaus ein in seinem Eigentum stehendes Produkt, besteht die vertragsrechtliche Beziehung lediglich zwischen dem Auktionshaus und dem Bieter, i.d.R. nach §§ 433 ff. BGB.

¹² Vgl. Huppertz, in: Bräutigam/Leupold, Online-Handel, B IV. Rdn. 32; Spindler, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 5 Rdn. 15; Wiebe, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 4 Rdn. 7.

¹³ Vgl. Kresse, Die Auktion als Wettbewerbsverfahren, S. 349; Wiebe, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 4 Rdn. 16.

Willenserklärungen unterscheiden sich lediglich hinsichtlich des Übermittlungsweges von anderen rechtsgeschäftlichen Erklärungen.¹⁴

Eine weitere zu klärende Frage, die für den vorzeitige Abbruch der Auktion (1), für die Anwendbarkeit des Widerrufsrechts nach dem Fernabsatzrecht (2) sowie für die Inhaltskontrolle von Vertragsschlussklauseln (3) eine enorme Rolle spielte, war, ob die Norm des § 156 BGB bei Online-Auktionen überhaupt Anwendung findet. Diese Frage wurde dahingehend geklärt, dass eine Online-Auktion keine Versteigerung i.S.d. § 156 BGB ist. Nach Auffassung des BGH handelt es sich bei dem eingestellten Angebot nicht um eine *invitatio ad offerendum*, sondern um einen Antrag i.S.d. § 145 BGB.¹⁵

(1) Die erste Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass das abgegebene Angebot bindend ist. Es handelt sich also um einen „normalen“ Kaufvertrag in der Variante eines Verkaufs gegen Höchstgebot. Mit der Einstellung seiner Ware auf die Auktionsplattform bietet der Anbieter gemäß § 145 BGB an, an diejenigen zu verkaufen, der zum Ende der Bietfrist das höchste Gebot abgegeben hat. Durch die Abgabe eines Gebots erklärt ein Bieter die Annahme des Angebots für den Fall, bei Ablauf der Bietzeit Höchstbietender zu sein. Daher ist der Abbruch einer Auktion nur in seltenen Ausnahmefällen erlaubt,¹⁶ z.B. wenn der angebotene Artikel nach dem Einstellen ohne Verschulden des Anbieters gestohlen wurde¹⁷ oder die Auktion unter unberechtigter Benutzung eines fremden Accounts stattfindet¹⁸ oder die Erklärung des Anbieters tatsächlich eine anderweitige Auslegung zulässt¹⁹ oder der Anbieter bestimmte Bedingungen in sein Angebot aufnimmt.²⁰ Kein Grund für einen vorzeitigen Abbruch liegt jedoch vor, wenn der Anbieter den eingestellten Artikel anderweitig verkauft hat. Die Auktion darf auch nicht allein deshalb abgebrochen werden, weil der vom Verkäufer gewünschte Kaufpreis nicht erzielt werden kann.

¹⁴ BGH NJW 2002, 363 (364) – *ricardo.de*.

¹⁵ BGH NJW 2005, 53 (54) – *Vertragsabschluss bei eBay*; BGH NJW 2011, 2421 (Rdn. 8) – *Handeln unter fremden Namen bei Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos*; BGH NJW 2011, 2643 (Rdn. 15) – *Vorzeitige Beendigung einer Internetauktion*; BGH NJW 2012, 2723 (Rdn. 29) – *Handy aus Weißgold*; BGH MMR 2015, 167 (Rdn. 14) – *Vorzeitiger Abbruch einer noch länger als 12 Stunden laufenden eBay-Auktion*.

¹⁶ Vgl. nur BGH MMR 2015, 167 (Rdn. 15 ff.) – *Vorzeitiger Abbruch einer noch länger als 12 Stunden laufenden eBay-Auktion*.

¹⁷ Vgl. den Sachverhalt BGH NJW 2011, 2643 – *Vorzeitige Beendigung einer Internetauktion*.

¹⁸ Vgl. den Sachverhalt BGH NJW 2011, 2421 – *Handeln unter fremden Namen bei Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos*.

¹⁹ Bspw. wenn auf der Angebotsseite der ausdrückliche Hinweis steht: „Achtung dies ist vorerst eine Umfrage“.

²⁰ Bspw. wenn der Anbieter angibt, er möchte nur mit solchen Bietern einen Vertrag abschließen, die mehr als 25 positive Bewertungen aufweisen können.

(2) Die zweite Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass dem Bieter bei einem Verbrauchsgüterkauf ein Widerrufsrecht nach §§ 312g Abs. 1, 355 BGB sowie weit reichende Gewährleistungsrechte zustehen.

(3) Da das Zustandekommen von Rechtsgeschäften im Marktverhältnis sich nach §§ 145 ff. BGB richtet, ist eine weitere Konsequenz der Rechtsprechung, dass der Anbieter seine eigenen AGB – soweit sie vorhanden sind – unter den Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB wirksam in den Vertrag zwischen ihm und dem Bieter mit einbeziehen kann. Ist dies der Fall, sind Inhalt und Gültigkeit der Individualbestimmungen nach §§ 307 ff. BGB zu ermitteln. Die AGB des Auktionshauses können also durch Individualbestimmungen verdrängt werden (§ 305b BGB). Die AGB des Auktionshauses gelten daher *uneingeschränkt* lediglich im Benutzungsverhältnis. Eine mittelbare Auswirkung der AGB des Auktionshauses im Marktverhältnis ist aber nicht ausgeschlossen, weil die das Marktverhältnis betreffenden Nutzungsbedingungen *zumindest* bei der Auslegung der Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) im Marktverhältnis zu berücksichtigen sind.²¹ Demzufolge findet eine Inhaltskontrolle der AGB des Auktionshauses nach §§ 307 ff. BGB nur hinsichtlich der das Benutzungsverhältnis regelnden Klauseln statt. Kurz: Im Marktverhältnis findet eine Inhaltskontrolle der AGB des Auktionshauses nach den Maßstäben des AGB-Rechts nicht statt.

II. Gewerberechtliche Einordnung

Klärungsbedürftig war ferner die Frage, ob die Online-Auktionen unter den gewerberechtlichen Versteigerungsbegriff des § 34b GewO fallen. Über diese Frage besteht zwar in der Literatur immer noch Uneinigkeit.²² In der Rechtsprechung ist der Standpunkt aber klar: Die Oberlandesgerichte verweisen auf die fehlende zeitliche und örtliche Begrenztheit von Auktionen im Internet sowie die fehlende Organisationsgewalt des Online-Veranstalters und lehnen die Anwendung der gewerberechtlichen Vorschriften ab.²³

III. Wettbewerbsrechtliche Einordnung

Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Einordnung der Online-Auktionen war die erste zu klärende Frage, ob die Abwärtsauktionen in Form der zweiten Variante einen unangemessenen unsachlichen Einfluss durch übertriebenes Anlocken bewirken und damit ein

²¹ BGH NJW 2011, 2643 (Rdn. 15) – *Vorzeitige Beendigung einer Internetauktion*; BGH NJW 2012, 2723 (Rdn. 29) – *Handy aus Weißgold*. Dies gilt erst recht für die Fälle, in denen der Anbieter keine eigenen AGB in das Marktverhältnis mit einbezogen hat.

²² **(Pro)** Hess, in: FS-Hertin, S. 391 (394 ff.); Mankowski, in: Fezer-UWG, § 4-S12, Rdn. 243 ff.; **(contra)** v. Samson-Himmelstjerna/Rücker, in: Bräutigam/Leupold, Online-Handel, B V, Rdn. 29 ff.; Wimmer-Leonhardt, JR 2005, 353 (354).

²³ KG NJW 2001, 3272 (3272 f.) – „Internet-Auktion“ für Grundstücke; siehe auch OLG Frankfurt a.M. NJW 2001, 1434 (1434) – *Irreführende Bezeichnung von Verkaufsveranstaltungen im Internet*.

Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG darstellen. Der BGH hat zunächst im Offline-Bereich,²⁴ dann im Internet²⁵ die Wettbewerbswidrigkeit dieser Form der Abwärtsauktionen mit der Begründung abgelehnt, dass der Durchschnittsverbraucher sich durch das aleatorische Moment nicht von einer reiflichen Prüfung der Preiswürdigkeit des Angebots unter Vergleich mit Konkurrenzangeboten abhalten lässt.

Klärungsbedürftig war ferner die Frage, ob die Verletzung der Informationspflichten aus PAngV, TMG und BGB i.V.m. EGBGB²⁶ gegen § 4 Nr. 11 UWG verstößt. Daran besteht heute kein Zweifel, denn nach der Aufgabe der Differenzierung zwischen wertneutralen und wertbezogenen Normen im Wettbewerbsrecht²⁷ ist es für die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG ausreichend, dass die verletzte Norm wenigstens auch den Schutz der Marktteilnehmer i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG bezweckt. Da jede im Zuge der Abwicklung eines Fernabsatzvertrages offenzulegende Informationspflicht eine verbraucherschützende Funktion hat,²⁸ ist diese Voraussetzung ohne weiteres erfüllt.²⁹

IV. Haftungsrechtliche Einordnung

Der BGH musste sich ferner in mehreren Entscheidungen mit der Frage beschäftigen, ob neben dem Anbieter auch das Auktionshaus für deliktische Inhalte in Anspruch genommen werden kann. Fraglich war also, ob eine Verantwortlichkeit des Auktionshauses besteht, wenn auf seinen Internetseiten Fälschungen, Propagandamittel rechtsradikaler Organisationen oder Produkte mit pornografischem Inhalt angeboten werden. Der BGH bejahte diese Frage in mehreren Entscheidungen dann, wenn das Auktionshaus seine Prüfpflichten verletzt hatte. Nach dem BGH ist das Auktionshaus im Falle einer Marken- oder

²⁴ BGH GRUR 2003, 626 (627) – *Umgekehrte Versteigerung II*.

²⁵ BGH GRUR 2004, 249 (250) – *Umgekehrte Versteigerung im Internet*.

²⁶ Z.B. eine fehlerhafte Belehrung über das Bestehen des Widerrufsrechts (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 EGBGB).

²⁷ Grundlegend: BGH GRUR 2000, 1076 (1078 f.) – *Abgasemissionen*.

²⁸ Vgl. Steinbeck, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 518 ff.

²⁹ Schon an dieser Stelle ist allerdings auf Folgendes hinzuweisen: In der zivilrechtlichen Literatur und Rechtsprechung werden jegliche wettbewerbsrechtlichen Probleme bei Online-Auktionen *ausschließlich* unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG) diskutiert und gelöst. Das Irreführungsverbot des § 5 UWG wird daher entweder gar nicht oder bestenfalls sehr kurz angesprochen. Das ist natürlich selbstverständlich, weil es im Wettbewerbszivilrecht keine Rolle spielt, ob eine Unlauterkeit i.S.d. § 3 UWG (Generalklausel) aus § 4 Nr. 11 UWG oder aber aus § 5 UWG abgeleitet wird. Da aber das Wettbewerbstäuschungsstrafrecht nicht jede unlautere geschäftliche Handlungen unter Strafe stellt, sondern nur „irreführende“ unlautere Handlungen i.S.d. § 5 UWG, kann im Rahmen dieser Arbeit nur sehr eingeschränkt auf wettbewerbszivilrechtliche Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Tatsächlich ist der entscheidende Unterschied zwischen dem Rechtsbruchtatbestand und dem Irreführungsverbot, dass ein Verstoß gegen § 5 UWG nur dann angenommen werden kann, wenn der Verbraucher aufgrund von Angaben in die Irre geführt werden kann, wohingegen der Rechtsbruchtatbestand allein mit dem Verstoß gegen irgendeine Norm erfüllt ist. M.a.W: Während eine Irreführung immer ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG ist, kann nicht jeder Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG als eine Irreführung behandelt werden.

Urheberrechtsverletzung der Störer.³⁰ Im Fall eines Wettbewerbsverstoßes ist es sogar der Täter.³¹

V. Kollisionsrechtliche Einordnung

Schließlich musste man sich mit der Frage beschäftigen, ob auf den jeweiligen Sachverhalt überhaupt deutsches Recht anwendbar ist. Um diese Frage zu beantworten, wendet man sich nach dem Marktortprinzip. Maßgeblich ist folglich das Recht des Ortes, auf dessen Markt eingewirkt wird, und wo die wettbewerblichen Interessen miteinander kollidieren.³² Entscheidend sind dabei u.a. die Sprache der Webseite, die Art und die Einsatzmöglichkeiten der beworbenen Ware, die Zahlungsmodalitäten sowie Hinweise auf Verkaufs- und Lieferbeschränkungen.³³

D. STRAFRECHTLICHE ASPEKTE:

UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND DER ARBEIT

Während zivilrechtliche Fragen bei Online-Auktionen umfassend behandelt und die Rechtsprobleme mithilfe der unverändert zunehmenden Rechtsprechung weitgehend geklärt wurden, erkennt man bald, wie wenig die strafrechtlichen Aspekte dieses Geschäftsmodells in der Rechtsprechung und im Schrifttum thematisiert worden sind.³⁴ Diese Lücke versucht diese Arbeit am Beispiel der irreführenden Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG zu verkleinern. Obwohl diese Norm in den letzten 15 Jahren lediglich zwei Mal in einem völlig anderen Kontext Gegenstand der BGH-Rechtsprechung war³⁵ und damit in der Praxis bislang eine sehr geringe Rolle gespielt hat,³⁶ wurde sie aus zahlreichen Straftatbeständen³⁷ deshalb ausgewählt, weil sie als ein im UWG geregeltes abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Betruges ermöglicht, neben klassischen Problemen aus dem Strafrecht-AT ebenso spezifische Fragen aus dem Verbraucherschutzstrafrecht, dem Internetstrafrecht und dem Strafanwendungsrecht zu untersuchen. Insbesondere haben

³⁰ Zum Markenrecht: BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 45) – *Kinderhochstühle im Internet I*; zum Urheberrecht: BGH GRUR 2013, 1229 (Rdn. 34) – *Kinderhochstühle im Internet II*.

³¹ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 22 ff.) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

³² Siehe nur BGH GRUR 2014, 601 (Rdn. 38) – *englischsprachige Pressemitteilung*.

³³ Vgl. Mankowski, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 11 Rdn. 133.

³⁴ Soweit die strafrechtlichen Fragen in der Literatur angesprochen werden, gehen die Untersuchungen, die meist als Annex zu umfassenden zivilrechtlichen Gesamtdarstellungen erfolgen, oft nicht über punktuelle Feststellungen hinaus, vgl. Bär, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 1383 ff.; Vassilaki, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 15 Rdn. 1 ff. Lediglich das Phänomen „Betrug bei Online-Auktionen“ wurde etwas näher beleuchtet, Dingler, Betrug bei Online-Auktionen, S. 36 ff.; Popp, JuS 2005, 689 (690 ff.).

³⁵ BGH NJW 2002, 3415 – *Kaffeefahrt*; BGHSt 52, 227 – *Strafbare Werbung im Versandhandel*.

³⁶ Vgl. Kunkel, WRP 2008, 292 (292 f.).

³⁷ Das Spektrum der bei Online-Auktionen in Betracht kommenden Straftatbestände ist sehr vielfältig. Zu denken ist etwa an zahlreiche Straftatbestände aus dem StGB (§§ 185, 202a, 263a, 259, 263, 269, 303a) oder an Strafnormen des Marken-, Urheber-, Lebensmittels- und Arzneimittelrechts.

sich folgende offene Fragestellungen herauskristallisiert, die den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bilden sollen:

I. Verspäteter Schutz durch § 263 StGB

Online-Auktionsplattformen stellen heute ohne Zweifel eines der erfolgreichsten Geschäftsmodelle des elektronischen Handels dar. Nach Schätzungen von Forrester Research haben im Jahr 2010 die Umsätze bei Online-Auktionen 65 Milliarden US-Dollar und damit ein Fünftel des gesamten elektronischen Handels betragen,³⁸ wobei eine große Rolle Fremdversteigerungsmodelle spielen, bei denen die Preisfindung entsprechend der Aufwärtsauktion erfolgt, die grundsätzlich als Langzeit-Auktion angelegt sind und bei denen grundsätzlich Privatpersonen und Unternehmer (C2C, B2C, B2B) tätig werden, kurz: eBay und ähnliche Versteigerungsplattformen. Der Nettoumsatz von eBay lag z. B. im Jahr 2014 bei rund 17,9 Milliarden US-Dollar.³⁹

Dieser Erfolg soll nicht überraschend sein. Die Vorteile dieses Geschäftsmodells liegen auf der Hand: Sowohl für die Anbieter (Verkäufer) als auch für die Bieter (Käufer) ergeben sich Vertriebs- und Prozesskostenersparnisse.⁴⁰ Denn die Bieter können sich jederzeit über den zu versteigernden Gegenstand informieren und müssen sich nicht mit zahlreichen unterschiedlichen Formaten, Benutzeroberflächen und rechtlichen Ausgestaltungen auseinandersetzen. Neben der Zeitersparnis profitieren sie von dem Zugang zu einer großen Zahl potenzieller Anbieter. Die steigende Zahl der Anbieter sorgt dafür, dass der Preis fällt. Dieses Geschäftsmodell ist aber vor allem für die Anbieter sehr attraktiv. Sie haben hierdurch die Möglichkeit, ihre Informationen in kürzester Zeit an eine unüberschaubare Anzahl an Personen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Sie können also mithilfe der Online-Auktionsplattformen eine beträchtlich größere Anzahl an potenziellen Bietern erreichen, als im Offline-Bereich. Die größere Anzahl von potenziellen Bietern führt wieder zu einem höheren Preis. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass immer mehr Anbieter von Waren oder Dienstleistungen die Chancen dieses Geschäftsmodells, potenzielle Kunden einfach, anonym, global und zu geringen Kosten anzusprechen, zu ihrem Vorteil nutzen wollen.

Die Vorteile dieses Geschäftsmodells haben aber logischerweise eine Kehrseite. Aufgrund des stetigen Existenzkampfes besteht die Kehrseite der Medaille darin, dass die Schwelle zwischen erwünschter Werbetätigkeit und der Angabe von irreführenden Tatsachen bezüglich eines Produkts immer häufiger und bedenkenlos überschritten wird. Denn das Hauptproblem der Online-Auktionen liegt darin, dass es keinen persönlichen Kontakt

³⁸ <http://www.forrester.com/Research/Document/Excerpt/0,7211,37848,00.html>.

³⁹ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/74261/umfrage/umsatz-von-ebay-seit-2004>.

⁴⁰ Vgl. Meyer/Speccht/Friemel, in: Bräutigam/Leupold, Online-Handel, A. II. Rdn. 70 ff.

zwischen dem Anbieter und dem Bieter gibt. Anders als in einem Ladengeschäft kann der Bieter die Ware nicht fühlen und im Original begutachten. Vielmehr muss er sich auf die ihm gegenüber gemachten Angaben verlassen.

Bei Online-Auktionen ist man also auf die Integrität und Glaubwürdigkeit des Anbieters angewiesen, was naturgemäß auch ein großes Täuschungspotenzial birgt.

Als ein Grund hierfür spielt zunächst die Opfermitverantwortung natürlich eine gewisse Rolle. Obwohl es sinnvoll erscheint, in möglichst kleinen Schritten zu steigern, um sicherzustellen, keinen zu großen Abstand zum Indifferenzpreis des zweitbesten Bieters zu lassen, wenn sich das aktuelle Gebot schon durchsetzen sollte, wollen die Bieter in der Praxis mit einem besonders großen Gebotsschritt den anderen Bietern signalisieren, dass man potent und siegeswillig ist. Damit tritt man in die Grauzone psychologischer Aspekte der Bietstrategien, die nicht mehr ohne weiteres rational bzw. spieltheoretisch begründbar sind.⁴¹ Dieses irrationale Verhalten lässt sich meistens mit dem sog. „*endowment effect*“ (deutsch: Besitztumeffekt) erklären. Der besagt, dass überboten zu werden bei Schnäppchenjägern zu einem hektischeren, irrationalen Bietverhalten führt, bei dem die eigentlichen Preisvorstellungen als Grundlage des Entscheidungsprozesses in den Hintergrund gedrängt werden.⁴² Gewinnsucht dominiert also das gesamte Geschäftsmodell. Schon umgangssprachlich ist im Zusammenhang mit Auktionen von „Gewinnen“ und „Verlieren“ die Rede, selten nur von „Kaufen“. Der Bieter wird damit im Laufe der Auktion stark in den Wettbewerb mit anderen Bietern verwickelt, mit der Folge, dass er weniger aufmerksam ist, weniger Information wahrnimmt und bereit ist, höhere Risiken einzugehen.⁴³

Das große Täuschungspotenzial bei Online-Auktionen ist aber vor allem auf die Funktionsweise dieses Geschäftsmodells zurückzuführen, die den Missbrauch der Auktionsplattformen besonders begünstigt, selbst wenn die Bieter an dem Kern der vernünftigen Bietstrategie in einer Aufwärtsauktion festhalten: „Genau bis zum eigenen Indifferenzpreis mitgehen und dann aussteigen.“⁴⁴

(1) Die Funktionsweise der Online-Auktionen begünstigt zunächst die Täuschung über die Identität der Teilnehmer: Das Geschäftsmodell ist für jedermann zugänglich. Um an den Transaktionen innerhalb des Marktplatzes aktiv als Anbieter oder Bieter teilnehmen zu können, muss sich jeder Interessent lediglich anmelden, indem er ein sog. Nutzerkonto errichtet. Hierbei bedarf es der Eingabe persönlicher Daten, etwa eines Namens, einer

⁴¹ Berz, Spieltheoretische Verhandlungs- und Auktionsstrategien, S. 75.

⁴² Vgl. Klöhn, CR 2006, 260 (263).

⁴³ Vgl. Klöhn, CR 2006, 260 (262).

⁴⁴ Berz, Spieltheoretische Verhandlungs- und Auktionsstrategien, S. 75.

postalischen Adresse sowie einer E-Mail-Adresse in eine Datenmaske. Nach erfolgreicher Anmeldung kann sich der Nutzer über sein Pseudonym und Passwort auf der Webseite des Auktionshauses einloggen und uneingeschränkt am Marktgeschehen partizipieren.⁴⁵

Das Problem beginnt aber gerade hier. Dem Auktionshaus steht keine Möglichkeit zur Kontrolle der Richtigkeit der auf der Seite der Nutzer eingegebenen persönlichen Daten zur Verfügung. Die gesamte Kommunikation zwischen beiden Vertragspartnern erfolgt also zumindest bis zum Vertragsschluss anonym. Erst nach dem Vertragsschluss können die Vertragspartner die jeweils vom Anderen hinterlegten Daten einsehen. Da aber bei Online-Auktionen – abgesehen vom freiwilligen und entgeltlichen Treuhandservice, welcher das Einverständnis der beiden Vertragspartner voraussetzt⁴⁶ – das klassische Zugum-Zug-Prinzip weitgehend aufgehoben wird und der Bieter verpflichtet ist, vorzuleisten, ist es in vielen Fällen für jede Aufklärungsversuch zu spät gewesen.

Um die Gefahren, die aufgrund der Anonymität entstehen, zu beseitigen, werden in der Praxis zwar verschiedene Mechanismen zur Absicherung der bei der Anmeldung eingegebenen persönlichen Daten entwickelt. So werden etwa bei eBay die angegebenen persönlichen Daten mit dem Datenbestand der Schufa Holding AG abgeglichen.⁴⁷ Darüber hinaus wird ein Bewertungssystem (sog. Feedback-System) angeboten, um den Bietern eine Möglichkeit zu geben, sich schon im Laufe des Vertragsschlusses einen Eindruck von ihrem potenziellen Vertragspartner zu schaffen.⁴⁸ Diese beseitigen aber die Unsicherheiten in Bezug auf die Richtigkeit und Überprüfbarkeit der Daten nicht, weil nach den bisherigen Systemen lediglich überprüft werden kann, ob etwa der Name und die postalische Adresse einer Person stimmig angegeben wurden, nicht aber, ob der Anmeldende tatsächlich die Person ist, die er zu sein vorgibt; das sicherere sog. Post-Ident-Verfahren⁴⁹ wird lediglich freiwillig und nur für gewerbliche Anbieter, welche dann als „geprüftes Mitglied“ bezeichnet werden,⁵⁰ durchgeführt.⁵¹ Dieser Mangel führt logischerweise zu einer wachsenden Anzahl von Identitätsdiebstählen und diese wiederum zu einem exponentiellen Anstieg der Betrugsfälle. Auch das Bewertungssystem hilft in vielen Fällen nicht weiter, weil der Bieter niemals zu 100 % feststellen kann, ob die positiven Bewertungen tatsächlich von jemandem stammen, der der ehemalige Vertragspartner seines Anbieters war, oder ob sie vom Anbieter selbst bzw. von seinen Komplizen nur mit dem Ziel abgegeben wurden, das Mitgliedskonto des Anbieters künstlich aufzuwerten.

⁴⁵ <http://pages.ebay.de/help/account/how-to-register.html>.

⁴⁶ <http://presse.ebay.de/pressrelease/3229>.

⁴⁷ <http://pages.ebay.de/help/account/schufa-help.html>.

⁴⁸ <http://pages.ebay.de/help/feedback/allaboutfeedback.html>.

⁴⁹ Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Postident>.

⁵⁰ <http://pages.ebay.de/help/account/id-verify.html>.

⁵¹ <http://presse.ebay.de/pressrelease/3237>.

(2) Die Funktionsweise der Online-Auktionen begünstigt nicht nur die Täuschung über die eigene Identität: Will der Nutzer als Verkäufer tätig werden und Waren zum Verkauf anbieten, muss er hierfür ein individuelles Angebot erstellen. Hierfür bieten die Online-auktionshäuser eine standardisierte Eingabemaske. Hier gilt es, zunächst die Art des angebotenen Produkts einzutragen. Sodann muss der Anbieter aus einer Liste unterschiedlicher Kategorien und Unterkategorien diejenige auswählen, in der sein Angebot erscheinen soll. Sodann hat der Anbieter eine Angebotsbeschreibung zu verfassen. Diese kann entweder nur aus einem anpreisenden Text bestehen oder durch zusätzliche Bilder ergänzt werden.⁵² Die Entscheidung, welche Kategorie der Anbieter für sein Produkt wählt und wie er sein Produkt beschreibt, obliegt allein dem Anbieter und unterliegt keinerlei Kontrolle im Hinblick auf die Richtigkeit.

Diese kurz zusammengefassten systembezogenen kriminogenen Faktoren sowie die viktimologischen Aspekte führen dazu, dass die Onlineauktionsplattformen ein „Tatort“ und die Auktionen im Internet ein „Tatmittel“ sind. Auch ein Blick in die aktuellen Kriminalstatistiken, insbesondere im Hinblick auf Betrugsdelikte im Internet, bestätigt dies:

Während sich die Gesamtzahlen der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) schon seit langem, etwa seit Mitte der 90er Jahre, auf einem relativ konstanten Niveau um die sechs Millionen registrierte Fälle herum bewegen,⁵³ kann man speziell bei einzelnen Deliktsbereichen durchaus unterschiedliche Entwicklungen und kontinuierliche Anstiege feststellen.

Zu den auffallenden Deliktsbereichen mit eindeutig ansteigender Tendenz zählen in der Polizeilichen Kriminalstatistik vor allem die Betrugsdelikte mit der Schlüsselkennzahl 510000. Tatsächlich haben sie sich von 1993 bis zum Jahre 2013 von gut einer halben Million Fälle (528.410)⁵⁴ auf eine ganze Million Fälle (937.891)⁵⁵ nahezu verdoppelt.

Um zahlenmäßig nachvollziehen zu können, in welchem Ausmaß und Umfang die Anzahl der einzelnen Delikte und speziell der Betrugsdelikte auf das Internet zurückzuführen ist, wurde mit Beginn des Jahres 2004 in der Polizeilichen Kriminalstatistik eine Sonderkennung „Tatmittel Internet“ eingeführt, welche bei allen Deliktsfällen immer dann anzukreuzen ist, wenn man davon ausgehen kann, dass das Delikt im Wege der Internet-Kommunikation begangen worden ist.

⁵² <http://pages.ebay.de/help/sell/sell-getstarted.html>.

⁵³ PKS 2005 (Kurzbericht), S. 3.

⁵⁴ PKS 2005 (Kurzbericht), S. 35.

⁵⁵ PKS 2013 (Jahrbuch), S. 194.

Während das „Tatmittel Internet“ bezüglich der Gesamtheit aller polizeilich registrierten Straftaten im Jahr 2013 mit 4.31 % (257.486/5.961.662)⁵⁶ nur eine sehr geringe und untergeordnete Rolle spielt, sieht die Situation hinsichtlich der Betrugsdelikte doch schon ein wenig anders aus. Bei 70,2 % der Fälle mit „Tatmittel Internet“ handelt es sich um „Betrugsdelikte“ (180.826/257.486), wobei es hier in 67.963 Fällen um Warenbetrug (Schlüsselkennzahl 511300) geht, was bedeutet, dass die Zahl der Warenbetrugsdelikte einem Anteil von 37,5 % entspricht (67.963/180.826). Das stellt eine enorme Anzahl dar, wenn man daran denkt, dass die Betrugsfälle bei Online-Auktionen von der Polizei unter der Schlüsselkennnummer 511300 eingeordnet werden und im Jahr 2013 insgesamt – einschließlich im Offline-Bereich – 93.741 Warenbetrugsfälle registriert worden sind.⁵⁷ Bezogen auf die registrierte Gesamtzahl von Warenbetrugsdelikten entspricht die Zahl der Warenbetrugsdelikte im Internet in Wahrheit also einem Anteil von 73,5 % (67.963/93.741).⁵⁸

Die in der Polizeilichen Kriminalstatistik registrierten Zahlen müssen ferner zunächst mit dem Dunkelfeld zusammengelesen werden, welches nach Ansicht der Experten zehnfach höher als Hellfeld anzunehmen sei.⁵⁹ Darüber hinaus kommt die zutreffende Kritik an der Gestaltung der Polizeilichen Kriminalstatistik. Denn sie zählt aus dem Ausland begangene Straftaten gar nicht mit, obwohl in der Internetkriminalität ein Teil der Betrügereien aus dem Ausland unternommen wird. Zudem folgt die PKS der Devise „ein Täter ist ein Fall“. Daher ergibt ein Anbieter, der bei eBay fünftausendfachen Betrug begeht, nur einen Fall in der Statistik.⁶⁰

In welchem Ausmaß und Umfang die Anzahl der Warenbetrugsfälle tatsächlich auf Online-Auktionen zurückzuführen ist, lässt sich allerdings aus der PKS nicht entnehmen. Die registrierte Entwicklung in der PKS, dass sich die Warenbetrugsdelikte seit Beginn dieses Jahrtausends und damit seit Beginn der rasanten Entwicklung im Bereich der Online-Auktionen mehr als verfünffacht haben,⁶¹ sowie die Berichte aus der staatsanwaltlichen Praxis, dass fast die Hälfte aller Betrugsanzeigen im Zusammenhang mit dem Internet

⁵⁶ Vgl. PKS 2013 (Jahrbuch), S. 24.

⁵⁷ PKS 2013 (Jahrbuch), S. 24.

⁵⁸ Es ist durchaus nahe liegend, dass man diese Zahlen auch für die folgenden Jahre weiter in die Zukunft hinein extrapolieren kann und somit den vergleichbaren prozentualen Anteil von Betrugsdelikten in der PKS für die kommenden Jahre prognostizieren kann.

⁵⁹ Rüther, Entwicklung und Struktur der Betrugsdelikte im Internet, S. 9 (Abrufbar: http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Kriminologisches_Seminar/E_S_der_Betrugsdelikte_im_Internet.pdf).

⁶⁰ <http://www.welt.de/print/wams/nrw/article114078411/Werden-Verbrechen-verheimlicht.html>.

⁶¹ Nachweise bei Rüther, Entwicklung und Struktur der Betrugsdelikte im Internet, S. 6 (Abrufbar: http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Kriminologisches_Seminar/E_S_der_Betrugsdelikte_im_Internet.pdf).

ihren Ursprung in geprellten Nutzern von Online-Auktionen habe,⁶² geben aber genügend Anlass zu der Vermutung, dass „*Betrug bei Online-Auktionen*“ in der Zwischenzeit ein Massenphänomen geworden ist.

Diese Annahme kann auch von eigenen Angaben von eBay bestätigt werden. Zwar gibt eBay keine konkreten Angaben über die Anzahl der über die Plattform durchgeführten Betrugsfälle bekannt, das Unternehmen bezeichnet jedoch einen Prozentsatz von 0,01 % der Angebote als betrügerisch.⁶³ Wenn man daran denkt, dass in einem Jahr über eBay-Marktplatz durchschnittlich 670 Millionen Auktionen durchgeführt werden, würde dieser Prozentsatz also etwa 67.000 Betrugsfällen entsprechen.⁶⁴

Diese Zahlen führen aber zu der berechtigten Frage, inwieweit das Phänomen „*Betrug bei Online-Auktionen*“ auf der Basis der von Rechtsprechung und h. L. entwickelten Grundsätze *tatsächlich* als strafbare Handlung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB erfasst werden kann. Denn die zitierten Zahlen geben ebenso genügend Anlass zu der Vermutung, dass die Zunahme der Warenbetrugsfälle im Internet auf das veränderte Anzeigeverhalten sowie auf die subjektiven Einschätzungen und somit auf die Bewertungen der Betroffenen zurückzuführen ist.⁶⁵

Es stellt sich also die Frage, inwieweit die verbreitete Verwendung des Begriffs „Betrug“ – im allgemeinen Sprachgebrauch synonym für jegliche Manipulation – im rechtstechnischen Sinne tatsächlich angebracht ist. Denn im rechtstechnischen Sinne ist der Bieter nur dann „betrügerisch“ geschädigt, wenn der wirtschaftliche Wert des Anspruchs, den er durch das Rechtsgeschäft erlangt hat, hinter der von ihm übernommenen Verpflichtung zurückbleibt. Aus diesem Grund ist im konkreten Einzelfall im Wege einer objektiven Gesamtsaldierung gesondert und sorgfältig zu prüfen, ob durch das in Frage stehende Geschäft tatsächlich eine für den Bieter nachteilige Vermögensdifferenz eingetreten ist oder lediglich die Dispositionsfreiheit des Bieters angegriffen wird. Wie bekannt, wird die Dispositionsfreiheit von § 263 Abs. 1 StGB nicht geschützt.

Dogmatische Probleme sind also vorprogrammiert: Denn Täuschungshandlungen bei Online-Auktionen umfassen inzwischen zahlreiche Begehungsweisen: von der als klassisch einzustufenden Täuschung über die Produkteigenschaften bis hin zur Fälschung des Bewertungsprofils, die Manipulation der Preisentwicklung durch Scheinanbieter, welcher

⁶² Bär, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 1383.

⁶³ Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Online-Betrug-nimmt-in-den-USA-zu-87381.html>.

⁶⁴ Vgl. <http://www.uni-protokolle.de/Lexikon/Ebay.html>.

⁶⁵ Vgl. Rüther, Entwicklung und Struktur der Betrugsdelikte im Internet, S. 7 (Abrufbar: http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Kriminologisches_Seminar/E_S_der_Betrugsdelikte_im_Internet.pdf).

kurz vor Ende der Auktion die Preise in die Höhe treibt, oder die unerlaubte Gebührenabwälzung durch Anbieter.

Folgt man der herrschenden Lehre und versteht § 263 Abs. 1 StGB als Vermögensdelikt, sollte man ohne Mühe bemerken, dass § 263 Abs. 1 StGB eigentlich kein geeignetes Instrument ist, die auktionsspezifischen Manipulationen zu pönalisieren, obwohl in allen Fällen die Täuschungshandlung zu bejahen ist. Wie die Beispiele zeigen, treten bei Online-Auktionen vermehrt Fälle auf, in denen dem Bieter entweder vorteilhafte Angebote suggeriert werden, die tatsächlich nicht in der dargestellten Art realisiert werden können, oder in denen der Bieter zwar ein einwandfreies Produkt erhält, ihm aber durch die Manipulation der Preisentwicklung die Chance entzogen wird, ein noch besseres Geschäft abzuschließen. In den meisten Fällen erhält er aber letztendlich eine gleichwertige Gegenleistung.

Dies gilt selbstverständlich auch für die Fälle, in denen der gelieferten Ware besonders zugesicherte Eigenschaften fehlen. Darauf hat jüngst auch der BGH in seiner – soweit ersichtlich – einzigen Entscheidung zu „eBay-Betrug“ hingewiesen und festgestellt, dass ein Vermögensschaden nicht vorliege, wenn der Anbieter wahrheitswidrig angebe, es handele sich um hochwertige Originalfelgen der Marke Porsche, obwohl es sich in Wahrheit lediglich um Plagiatsfelgen handele. Ein Vermögensschaden liege nur dann vor, wenn die Sache objektiv den vereinbarten Preis nicht wert ist. Unerheblich sei demgegenüber regelmäßig, ob die gelieferte Ware von geringerem Wert sei, als die vertraglich vereinbarte.⁶⁶ Der BGH hebt deshalb das Urteil der Vorinstanz auf und verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück: „Der neue Tatrichter wird zu beachten haben, dass im Fall (...) nur eine Verurteilung wegen versuchten Betruges (§§ 263 Abs. 1, 22 StGB) in Betracht kommen kann und der Tatvorwurf in allen Fällen auch unter dem Gesichtspunkt (...) einer strafbaren Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG zu würdigen sein wird.“⁶⁷

Die weitgehende Unanwendbarkeit des § 263 Abs. 1 StGB bedeutet also nicht, dass der Bieter als Opfer derartigen Täuschungen im Bereich der Online-Auktionen völlig preisgegeben ist. Neben dem wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbot (§§ 5, 5a UWG) bietet § 16 Abs. 1 UWG eine strafrechtliche Handhabe gegen Täuschungshandlungen. Da § 16 Abs. 1 UWG nicht an das Vorliegen eines Vermögensschadens anknüpft, ja nicht einmal von dem Erfordernis einer tatsächlich eingetretenen Irreführung auf Seiten des Bie-

⁶⁶ BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 5 – *Plagiatsfelgen* (www.bundesgerichtshof.de, abgedruckt in NStZ 2012, 629).

⁶⁷ BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 11 – *Plagiatsfelgen* (www.bundesgerichtshof.de, in NStZ 2012, 629 nicht abgedruckt).

ters ausgeht, ermöglicht diese Bestimmung einen strafrechtlichen Schutz im Vorfeld des Betruges. Es fragt sich in diesem Zusammenhang, warum ihre Bedeutung bisher hinter § 263 Abs. 1 StGB zurückbleibt, obwohl die Norm (auch) die Dispositionsfreiheit sichert. Es stellt sich daher die Frage, ob die bisher geringe Bedeutung des Tatbestands auf dessen tatbestandlicher Ausgestaltung beruht.

II. Täterschafts- und Teilnahmeprobleme

Ist der Tatbestand erfüllt, stellt sich ferner die Frage, wer dafür verantwortlich ist. Auf den ersten Blick scheint diese Frage wenig überraschend. Der Anbieter, der seine Produkte mit irreführenden Angaben versteigert, ist nach den allgemeinen Regelungen voll verantwortlich. Das ist eine Selbstverständlichkeit. Schon diese Selbstverständlichkeit stellt aber bei Online-Auktionen ein Problem dar, weil sich in meisten Fällen hinter den unwahren und irreführenden Angaben, die im Rahmen einer geschäftlichen Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorgenommen sind, ein mehr oder weniger bekanntes Unternehmen verbirgt. In diesem Fall stößt die klassische Täterschaft an ihre Grenzen, weil im geltenden Recht das Unternehmen selbst nicht strafrechtlich geahndet wird. Der Täter ist daher zu individualisieren.

Wenn es um die strafrechtliche Verantwortung des Auktionshauses geht, wird die Frage noch komplizierter. Denn anders als beim Verkäufer ist die strafrechtliche Verantwortung des Auktionshauses durch die in §§ 7 Abs. 2 Satz 1, 10 Satz 1 Nr. 1. 1. Alt., 10 Satz 1 Nr. 2 TMG vorgesehenen Haftungsprivilegierungen in vielerlei Hinsicht grundlegend modifiziert und eingeschränkt. Darüber hinaus müssen zur strafrechtlichen Heranziehung des Diensteanbieters die in Betracht kommenden Tatbestände gesondert geprüft und bejaht werden, wenn die Haftungsprivilegierung ausscheidet,⁶⁸ weil diesen Normen lediglich eine Vorfilter-Funktion zukommt mit der Folge, dass die Nicht-Einhaltung dieser Bestimmungen keinen Umkehrschluss auf die Strafbarkeit des Diensteanbieters zulässt.⁶⁹ Will man also auch das Auktionshaus strafrechtlich ahnden, muss man zunächst die im TMG vorgesehenen Haftungsprivilegierungen einer näheren Betrachtung unterziehen. Nur dort, wo sich im Wege einer Vorabprüfung herausstellt, dass die Haftungsregelungen des TMG nicht durchgreifen, kommt eine Verantwortlichkeit nach den allgemeinen Vorschriften in Betracht. Drei Aspekte gilt es hierbei zu beachten: Zunächst ist zu diskutieren, ob das Auktionshaus schon aufgrund des Bereitstellens der Plattform zur Verantwortlichkeit herangezogen werden kann. Darüber hinaus ist es fraglich, ob dem Auktionshaus eine Garantenstellung zukommen kann, wenn es von rechtswidrigen Inhalten auf seiner Plattform

⁶⁸ Vgl. nur Altenhain, in: MüKo-StGB, Vor §§ 7 ff. TMG Rdn. 4.

⁶⁹ Vgl. nur Altenhain, in: MüKo-StGB, Vor §§ 7 ff. TMG Rdn. 5 ff.

erfährt, aber dennoch nichts unternimmt, um die betreffenden Daten zu löschen. Schließlich ist zu untersuchen, ob auch die Fälle, in denen das Auktionshaus nicht genügend Vorsorgemaßnahmen trifft, um weitere gleichartige Rechtsverletzungen seiner Nutzer zu verhindern, strafrechtlich relevant sein können.

III. Gefährdungsdelikte im Internet

Da auf den Online-Auktionen Auktionshaus, Anbieter und Bieter aus unterschiedlichen Ländern ihre Aktivitäten abwickeln können, stellt sich ferner die Frage, ob auf aus dem Ausland stammende, in Deutschland abrufbare Angebote mit unwahren und irreführenden Inhalten § 16 Abs. 1 UWG überhaupt Anwendung finden kann.

Bekanntlich findet das deutsche Strafrecht gemäß § 3 StGB ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Täters Anwendung, wenn die Tat im Inland begangen wurde. Ob der Tatort im Inland liegt, bestimmt sich gemäß § 9 StGB, dem das sog. Ubiquitätsprinzip zugrunde liegt. Dabei genügt es nach § 9 Abs. 1 StGB grundsätzlich, wenn entweder der Handlungs- oder der Erfolgsort im Inland liegt.

Versteht man die Vorschrift des § 9 StGB restriktiv, ist die Antwort auf die zuvor gestellte Frage klar: Die Tat kann mangels Erfolgsorts nicht in Deutschland abgeurteilt werden, weil die abstrakten Gefährdungsdelikte – wie § 16 Abs. 1 UWG – keinen tatbestandlichen Erfolg kennen.⁷⁰ Indessen werden für solche Fälle in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Lösungsmodelle, teils beim Handlungsort,⁷¹ teils beim Erfolgsort,⁷² diskutiert, die die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Gefährdungsdelikte ermöglichen. Gleichzeitig werden aber auch zahlreiche Kriterien vorgeschlagen, um dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsprinzip Rechnung zu tragen. Der BGH beispielsweise versteht unter dem Begriff des „Erfolges“ in § 9 StGB nicht nur den tatbestandlichen Erfolg. Er fragt aber auch, ob im konkreten Fall ein völkerrechtlich legitimierender Anknüpfungspunkt gegeben ist. Dies liege etwa vor, wenn ein Bezug zu einem gewichtigen inländischen Rechtsgut besteht.⁷³

Überträgt man diese Rechtsprechung auf Online-Auktionen, so wird die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zwar unproblematisch bejaht. Das Problem taucht aber woanders auf. Denn alle Fälle ausländischer irreführender Werbung müssen nach § 16 Abs. 1 UWG bestraft werden, weil insbesondere der Verbraucherschutz durchaus als gewichtig anzusehen ist. In diesem Zusammenhang dürfte man daher die Frage stellen, ob und in-

⁷⁰ Lackner/Kühl, StGB, § 9 Rdn. 2; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 9 Rdn. 7.

⁷¹ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 9 Rdn. 4, 7b.

⁷² Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 33 f.

⁷³ BGHSt 46, 212 (224) – *Auschwitzlüge im Internet*.

wieweit die wettbewerbszivilrechtlichen Abgrenzungskriterien – neben den im Kernstrafrecht diskutierten Kriterien – auf das Wettbewerbsstrafrecht übertragbar sind.

E. GANG DER ARBEIT

Vor dem Hintergrund der soeben aufgeworfenen Fragestellungen ergibt sich folgender Gang der Arbeit: Die Darstellung wird zunächst mit einem Überblick über die Frage beginnen, wann ein vollendeter Betrug bei Online-Auktionen mangels materiellen Schadens ausscheidet, um darauf aufbauend ausführlich das Recht der irreführenden Werbung *de lege lata* und *de lege ferenda* besser einordnen zu können (Teil 2). Ist der Tatbestand erfüllt, so muss im Anschluss die Frage nach der Verantwortlichkeit beleuchtet werden (Teil 3). Da sich Werbung im Internet nicht im rechtsfreien Raum abspielen kann, muss sodann geklärt werden, welche Rechtsordnung zur Geltung kommt (Teil 4). Abschließend sollen die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst werden (Teil 5).

TEIL 2:

STRAFRECHTLICHER SCHUTZ VOR IRREFÜHRENDER WERBUNG

Im zweiten (und umfangreichsten) Teil der Arbeit ist die Frage zu erörtern, ob und inwieweit die zentralen Tatbestände des Täuschungsschutzstrafrechts einen strafrechtlichen Schutz gegen irreführende Werbung bei Online-Auktionen bieten können. Die Untersuchung wird sich zunächst auf die Relevanz des § 263 StGB konzentrieren, weil die Täuschungshandlungen, von denen der Anbieter einen Vermögensvorteil erwartet, den er bei einem unmanipulierten Ablauf nicht gehabt hätte, in der aktuellen Strafverfolgung zumindest dann, wenn sie Verbraucher zum Opfer haben, fast ausschließlich an dieser Norm gemessen werden (A). In nächsten Schritt wird auf die Frage eingegangen, ob § 16 Abs. 1 UWG etwaige Strafbarkeitslücken schließen kann, die § 263 StGB offen lässt. Um dies zu beantworten, ist zunächst das Verhältnis der Norm zum zivilrechtlichen Irreführungsverbot (§ 5 UWG) einerseits und zu § 263 StGB andererseits zu beleuchten (B). Danach werden die einzigen Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 1 UWG untersucht, wobei jedoch kritisch zu hinterfragen ist, ob für einen besseren Verbraucherschutz im Vorfeld des § 263 StGB einige Novellierungen auf der Tatbestandsebene erforderlich sind (C).

A. BETRUGSRELEVANTER VERMÖGENSSCHADEN BEI ONLINE-AUKTIONEN

I. Bedeutung und Grundzüge des Schadensmerkmals

Nach dem wegweisenden Beschluss des BVerfG begründet und begrenzt das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens die Betrugsstrafbarkeit und kennzeichnet § 263 Abs. 1 StGB als Vermögens- und Erfolgsdelikt.⁷⁴ Der Anbieter, der sich bei der Versteigerung seines Produkts irreführender Angaben bedient, begeht also grundsätzlich *nur dann* einen vollendeten Betrug, wenn durch die Vertragserfüllung beim Bieter ein Vermögensschaden entsteht.

Der Vermögensschaden erfährt allerdings durch die allgemein anerkannte These eine „Ausweitung“, so dass schon *auch* eine Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden begründen kann, weil bei der Feststellung des Schadens grundsätzlich eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzulegen ist und somit auch die Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Potenzials als Vermögensschädigung anzusehen ist.⁷⁵ Ein Schaden tritt deshalb nicht nur dann ein, wenn die vertragsgemäße Gegenleistung durch die erbrachte Leistung nicht kompensiert wird, sondern auch dann, wenn der Wert des Anspruchs auf die Leistung des Täuschenden hinter dem Wert der Verpflichtung zur Gegenleistung des Getäuschten zurückbleibt.⁷⁶ Hierfür ist der Zeitpunkt der Verfügung, namentlich der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, maßgeblich. Zu vergleichen sind also die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen.⁷⁷ Die Anerkennung der schadensgleichen Vermögensgefährdung findet aber

⁷⁴ BVerfG NJW 2012, 907 (Rdn. 176) – *Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungen*.

⁷⁵ AllgM: Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 StGB Rdn. 92 ff.; Fischer, StGB, § 263 Rdn. 156 ff.; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 143 ff.; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 168 ff.; sowie ständige Rechtsprechung seit RGSt 16, 1 (11) – *Vermögensbeschädigung beim Betrug*: „Ob auch eine Vermögensgefährdung eine Beschädigung des Vermögens darstelle, hängt davon ab, ob nach der konkreten Sachlage schon die eingetretene Gefahr eines Verlusts, also die Ungewissheit darüber, ob nicht ein Verlust eintreten werde, den Vermögenswert vermindert“. Kritisch aber Naucke: „Wer (den Begriff der Vermögensgefährdung) wann erfunden hat, ist nicht erforscht. Sicher ist nur, dass die Erfindung zu einer Zeit geschehen sein muss, die von dem Satz nullum crimen sine lege nicht viel hielt“, StV 1985, 187 (187).

⁷⁶ BGHSt 45, 1 (4) – *Betrug durch Nichtoffenbarung der Stasitätigkeit*; BGHSt 51, 165 (Rdn. 31) – *Fall „Hoyzer“*.

⁷⁷ BGHSt 45, 1 (4) – *Betrug durch Nichtoffenbarung der Stasitätigkeit*; BGHSt 51, 165 (Rdn. 31) – *Fall „Hoyzer“*; BGH wistra 2008, 149 (150) – *Eingehungsbetrug durch Vermittlung von Börsenspekulationsgeschäften durch unerfahrene Kapitalanleger*.

seine Grenze, wenn die Gefahr nicht groß genug ist, dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise in dieser Gefährdung bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage liegt. Die Gefahr muss vielmehr „konkret“ sein, d.h. ihre Realisierung muss mindestens überwiegend wahrscheinlich sein.⁷⁸

Auch das BVerfG hat im Grundsatzurteil gegen die dogmatischen Figuren des Gefährdungsschadens und des Eingehungsbetruges keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Einwände erhoben.⁷⁹ Es hat aber – was vorhersehbar war⁸⁰ – den zur Untreue⁸¹ erreichten verfassungsrechtlichen Auslegungsbestand auf den Betrugstatbestand transferiert. Daher dürfen die Verlustwahrscheinlichkeiten nicht diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss bleibt. Die bloße Möglichkeit eines solchen Schadens genüge daher nicht.⁸² Zur Verhinderung der Tatbestandsüberdehnung muss nach Vorgaben des BVerfG darüber hinaus der Vermögensschaden, von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen abgesehen, der Höhe nach beziffert und dies in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen dargelegt werden.⁸³

Nach diesen Grundsätzen kann ein endgültiger Vermögensschaden bei Online-Auktionen *auch bereits* bei Vertragsabschluss – also unabhängig von Abwicklung des Vertrages schon bei Ende der Auktion – eintreten. Voraussetzung dafür ist aber, dass infolge des Vertragsabschlusses ernstlich mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen ist.⁸⁴ Wenn dies der Fall ist, so ist die Konsequenz eines täuschungsbedingt erlangten minderwertigen Gegenanspruchs dieselbe wie bei einem bereits endgültig eingetretenen Vermögensschaden und es besteht zwischen den Begriffen „Gefahr“ und „Verlust“ nicht mehr ein qualitativer, sondern nur ein quantitativer Unterschied.⁸⁵

Unter diesen Vorgaben kann nun das Vorliegen eines *Vermögensschadens* bei Online-Auktionen anhand der häufig vorkommenden Fallgruppen – freilich ohne Anspruch auf

⁷⁸ BGHSt 21, 112 (113) – *Notwendigkeit einer Prozessführung als Vermögensschaden*; BGHSt 34, 394 (395) – *Erzwungene Hingabe eines Schuldscheins*.

⁷⁹ BVerfG NJW 2012, 907 (Rdn. 171 ff.) – *Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungen*.

⁸⁰ Jahn, JuS 2012, 266 (267); Waßmer, HRRS 2012, 368 (369).

⁸¹ BVerfG NJW 2010, 3209 (Rdn. 150 f.) – *Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand*.

⁸² BVerfG NJW 2012, 907 (Rdn. 176) – *Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungen*.

⁸³ BVerfG NJW 2012, 907 (Rdn. 176) – *Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungen*.

⁸⁴ BGHSt 51, 165 (Rdn. 38) – *Fall „Hoyzer“*; Hinrichs, wistra 2013, 161 (164): „mindestens 51 %“.

⁸⁵ BGHSt 53, 199 (Rdn. 12) – *Vermögensschaden bei betrügerisch veranlasstem Risikogeschäft*; Waßmer, HRRS 2012, 368 (370 f.). Daher wird teilweise vertreten, dass der Begriff „überflüssig“ sei, da die konkrete Gefährdung bereits einen endgültigen Schaden begründe, Bosch/Lange, JZ 2009, 225 (236); Ransiek/Reichling, ZIS 2009, 315 (316). Andere treten dagegen für die Beibehaltung dieser Rechtsfigur ein, da sie notwendig sei, um in bestimmten Konstellationen eine Vollendung des Tatbestands schon vor einem tatsächlichem Abfluss von Vermögenswerten annehmen zu können, Beulke/Witzigmann, JR 2008, 430 (433). Der Streit muss im hier gesteckten Rahmen nicht entschieden werden. Nach wie vor wird der Begriff der schadensgleichen Vermögensgefährdung bzw. der der konkreten Gefährdung benutzt.

Vollständigkeit – untersucht werden. Um eine erste Orientierung zu schaffen, wird ferner recht kurz auf das Verhältnis von § 16 Abs. 1 UWG zu § 263 StGB eingegangen.

II. Nichtlieferung bzw. Lieferung offensichtlich minderwertiger Ware – Treuhandservice und Schadenseintritt

Die Versteigerung von tatsächlich nicht existierenden oder nicht im Besitz des Anbieters befindlichen Waren gehört zum Alltag bei Online-Auktionen. Der Täter stellt ein attraktives Angebot ein und lässt den Bieter vergeblich auf die ersteigerte Ware warten. Der Grund für die Attraktivität dieser Vorgehensweise liegt auf der Hand. Bei den allermeisten Transaktionen über Auktionsplattformen wird eine Vorleistungspflicht des Bieters gemäß § 320 Abs. 1 Satz 1 2. Hs BGB vereinbart, weil § 320 Abs. 1 Satz 1 1. Hs BGB kein zwingendes Recht enthält, so dass er durch Individualvereinbarungen abgeändert werden kann.⁸⁶ Hierfür ist lediglich erforderlich, dass dem Bieter diese – soweit für sie ein sachlich rechtfertigender Grund besteht – im Einzelfall durch eine entsprechende Abmachung auferlegt werden, und den berechtigten Kundeninteressen angemessen Rechnung getragen wird.⁸⁷ Diese Voraussetzung stellt aber im Grunde genommen keine tatsächliche Beschränkung dar, weil die Vorleistungsklauseln nur an § 307 Abs. 2 BGB gemessen werden mit der Folge, dass beliebige sachliche Gründe zur Rechtfertigung solcher Gründe als ausreichend angesehen werden, etwa die räumliche Distanz zwischen dem Sitz des Anbieters und dem des Bieters.⁸⁸ Vermögenswerte zunächst einseitig wegzugeben, erscheint dem Bieter deshalb als wenig Aufmerksamkeit erregend, vielmehr als völlig normal. Die Annahme eines Vermögensschadens ist in diesen Fällen unproblematisch, da sich durch die Leistungserbringung das Vermögen des Bieters mindert.

Ein Vermögensschaden kann ferner ohne Schwierigkeit bei einem offensichtlich nachteiligen Vertrag angenommen werden, insbesondere dann, wenn die Minderwertigkeit der gelieferten Ware klar ist. Das ist etwa der Fall, wenn der Anbieter ausdrücklich ein echtes Vertu Handy aus Weißgold versteigert,⁸⁹ jedoch ein billiges Imitat liefert. Bei solchen Fällen bedarf es keiner weiteren Erörterung.

Anders zu beurteilen sind aber die Fälle, in denen der Bieter zur Leistung Zug-um-Zug verpflichtet ist. Das ist bei Online-Auktionen etwa dann der Fall, wenn der Bieter die Zahlung unter Einschaltung eines Treuhandsystems vornimmt.

⁸⁶ Emmerich, in: MüKo-BGB, § 320 Rdn. 17, 43.

⁸⁷ Leible, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 273.

⁸⁸ Vgl. Wurmnest, in: MüKo-BGB, § 309 Nr. 2 Rdn. 14.

⁸⁹ Vgl. den Sachverhalt (allerdings in einem anderen Kontext) BGH NJW 2012, 2723 – *Handy aus Weißgold*.

Das Treuhandsystem funktioniert z. B. bei eBay folgendermaßen: Haben sich Bieter und Anbieter auf die Abwicklung einer Transaktion über den eBay Treuhandservice geeinigt und den Auftrag online gestartet, erhält der Bieter zunächst eine E-Mail mit der Aufforderung, den Kaufpreis auf das von iloxx treuhänderisch verwaltete Konto einzuzahlen. Ist dort der Eingang des geforderten Kaufbetrages inklusive eventueller Zusatzkosten für Verpackung und Versand und der Treuhandgebühr verbucht, erhält der Anbieter eine Mitteilung, dass er den Versand der Ware in die Wege leiten kann. Der Anbieter organisiert dann selbständig den Versand und informiert iloxx über die Übergabe der Ware an den entsprechenden Versanddienstleister. Ist die Ware beim Bieter eingetroffen, hat dieser zwei Tage Zeit, sie auf eventuelle Mängel und Vollständigkeit zu prüfen. Meldet der Bieter nach Ablauf von zwei Tagen keine Mängel, wird der Verkaufspreis von iloxx an den Anbieter überwiesen. Meldet der Bieter einen Mangel an der Ware, behält iloxx den Verkaufspreis zunächst ein und fordert die Vertragspartner auf, sich innerhalb von 30 Tagen darüber zu verständigen, was mit der Ware und dem Geld geschehen soll und wer welche Kosten trägt. Erst wenn die Einigung erfolgt ist, wird das Treuhandverfahren im Sinne der getroffenen Vereinbarungen fortgesetzt.⁹⁰

Das Treuhandsystem stellt also sicher, dass sowohl Bieter als auch Anbieter, die sich persönlich nicht kennen, ihr Kaufgeschäft über das Internet sicher abwickeln können. Im Prinzip schafft die Einschaltung eines Treuhandsystems demzufolge die Abwicklung Zug-um-Zug. Die Frage nach dem Vorliegen eines Vermögensschadens ist hier damit in den Kontext des Eingehungs-, Gefährdungsschadens und die Gefährdungskompensation durch Sicherheiten einzuordnen.⁹¹ Mit der herrschenden Lehre ist davon auszugehen, dass sogar im Fall der Lieferung eines billigen Imitats nur ein versuchter Betrug vorliegt, weil die Einschaltung eines Treuhandsystems letztendlich die mit dem nachteiligen Vertragsabschluss verbundene Vermögensgefährdung wirtschaftlich kompensiert.⁹²

III. Lieferung gleichwertiger Ware

Schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, in denen die gelieferte Ware trotz vertraglicher Minderwertigkeit ihren Preis wert ist. Das ist der Fall, wenn der Anbieter z.B. einen Markengegenstand versteigert, jedoch ein No-Name Produkt liefert, das in seinem Wert „nicht“ hinter der Zahlungsverpflichtung des Bieters zurückbleibt.

Noch schwieriger zu beurteilen sind die Fälle, in denen die gelieferte Ware an sich ihr Geld wert ist, obwohl es sich bei ihr um Piraterieware handelt. Obwohl die Literatur in

⁹⁰ <http://presse.ebay.de/pressrelease/3229>.

⁹¹ Zutreffend *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 161.

⁹² Siehe nur *Fischer*, StGB, § 263 Rdn. 174, 176a; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 132; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rdn. 539.

diesen Fällen vorschnell von einer qualitativen Minderwertigkeit ausgeht, weil kennzeichenverletzende Waren keinesfalls „ihr Geld wert sein können“, ⁹³ hat der BGH allerdings in einem solchen Fall einen Vermögensschaden verneint. In der Entscheidung hat der BGH stillschweigend die Vorgaben des BVerfG aufgegriffen und ihre Relevanz für das Schadenmerkmals des § 263 StGB hervorgehoben. Da diese Entscheidung – soweit ersichtlich – die einzige BGH-Rechtsprechung zum eBay-Betrug darstellt, können Fälle, in denen gleichwertige Waren geliefert werden, am Beispiel dieser Entscheidung erörtert werden.

1. BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12 – *Plagiatsfelgen*

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt handelte der Angeklagte auf der Online-Plattform eBay mit Reifen und Felgen zum Komplettpreis. Dabei behauptete er in der Artikelbeschreibung bewusst wahrheitswidrig, es handle sich um hochwertige Originalfelgen der Marke Porsche. Tatsächlich handelte es sich jedoch um Plagiate, die der Angeklagte für durchschnittlich 800 Euro pro Felgensatz in Italien erworben hatte. Die Felgen, die keine Freigabe des Kraftfahrtbundesamts besaßen, waren außerdem mit einer gefälschten Prüfnummer versehen. Der Angeklagte veräußerte insgesamt 26 derartiger Felgensätze an gutgläubige Bieter.

Das LG Darmstadt als Vorinstanz hat den Angeklagten wegen Betruges verurteilt. Das LG ist je Felgensatz von einem Schaden in Höhe von 1.000 Euro ausgegangen. Nach Auffassung des LG sind die Felgen zwar nicht wertlos gewesen, haben aber gegenüber den entsprechenden Originalfelgen einen Minderwert von nicht mehr als 500 Euro gehabt. Einen weiteren Schaden hat das LG darin gesehen, dass die Plagiatsfelgen erst nach behördlicher Zulassung im Straßenverkehr genutzt werden durften. Den Aufwand dafür hat es mit mindestens 500 Euro je Felgensatz veranschlagt. Der BGH hat aber die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LG zurückgewiesen, weil die getroffenen Feststellungen nicht für die Annahme eines für den Betrugstatbestand relevanten Vermögensschadens genügen.

2. Bewertung

Ob im vorliegenden Fall ein Vermögensschaden vorliegt, hängt entscheidend von der Interpretation des Merkmals „Vermögen“ ab. Denn die Vermögens- und die Schadenslehre hängen eng zusammen.⁹⁴

⁹³ Z.B. *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 202 ff.; *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 230 f.; siehe auch *Jäger*, JA 2012, 952 (954).

⁹⁴ *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 158.

a) Der personale Vermögens- und Schadensbegriff

Der personale Vermögensbegriff⁹⁵ versteht Vermögen als die „wirtschaftliche Potenz“ des Vermögensträgers, die auf der Herrschaft über solche Objekte beruht, die in der Rechtsgemeinschaft als Objekte des Wirtschaftsverkehrs angesehen werden.⁹⁶ Danach liegt ein Vermögensschaden vor, wenn der Getäuschte den mit seiner Verfügung erstrebten „wirtschaftlichen Zweck“ verfehlt.⁹⁷ Der Schwerpunkt dieser Lehre liegt danach darin, der individuellen Dispositionsfreiheit des Menschen im Bereich wirtschaftlicher Betätigung – über die von der Rechtsprechung bereits praktizierte Berücksichtigung des „persönlichen Einschlags“⁹⁸ bei der Schadensberechnung hinaus – stärkeren Schutz zu verleihen.

Folgt man dem personalen Vermögensbegriff und erhebt die wirtschaftliche Zweckverfehlung zum ausschlaggebenden Kriterium für die Schadensfeststellung, so kann man im vorliegenden Fall unproblematisch von einem Vermögensschaden ausgehen.

Gegen diese Lehre wird aber zu Recht eingewendet, dass die Anknüpfung an die vom Getäuschten verfolgten Zwecke zu einer Subjektivierung der Schadensbestimmung und damit im Ergebnis zu einem Schutz der Dispositionsfreiheit führt. Dies führt denklogisch zu einer Umfunktionierung des Betrugstatbestandes in ein relativ konturloses Freiheitsdelikt.⁹⁹ Da diese Einwände von Verfechtern des personalen Vermögensbegriffs bis heute nicht entkräftet werden konnten,¹⁰⁰ konnte sich diese Lehre weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung¹⁰¹ durchsetzen. Aus diesen Gründen soll dieser Ansatz hier nicht weiter verfolgt werden.

⁹⁵ Vor allem: Otto, Strafrecht BT, § 51 Rdn. 59 ff; Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, S. 26 ff.; Otto, JZ 1993, 652 (656) und Geerds, Wirtschaftsstrafrecht, S. 125 ff. Ähnlich ist auch der „funktionale Vermögensbegriff“, siehe dazu Kindhäuser, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 35 ff. Siehe auch Achenbach, in: FS-Roxin (2011), S. 1005 (1013 f.): „Vermögen als Inbegriff von Nutzungschancen“.

⁹⁶ Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, S. 69 f.

⁹⁷ Geerds, Wirtschaftsstrafrecht, S. 180; Otto, Die strafrechtliche Bekämpfung unseriöser Geschäftstätigkeit, S. 75 ff.

⁹⁸ Grundlegend: BGHSt 16, 321 (325 f.) – *Melkmaschinen-Fall*.

⁹⁹ Vgl. die Kritik bei Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 81; Tiedemann, in: LK, Vor § 263 Rdn. 32 f.; siehe auch (mit teilweisen Verteidigung) Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 358 ff. Auch Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 41 Rdn. 114 kritisieren wegen der Gefahr der Anerkennung seltsamer Zwecksetzungen des Betroffenen und des Verschwimmens der Grenze zwischen Geschädigt-Sein und Geschädigt-Fühlen.

¹⁰⁰ Geerds, Wirtschaftsstrafrecht, S. 127 f.: „Die Grenzziehung zwischen wirtschaftlichen und ideellen Zielen, die wiederum objektiv zu erfolgen hat, kann im Einzelfall schwierig sein, und der personale Vermögensbegriff bedarf insofern noch genauerer Durcharbeitung.“

¹⁰¹ Interessant ist allerdings, dass der BGH sich in seiner sog. „Siemens“-Entscheidung zum Vermögensnachteil bei der Untreue diesem Ansatz angenähert und „ausdrücklich“ die „Dispositionsfreiheit über das Vermögen“ als Teil des von § 266 StGB geschützten Rechtsguts anerkannt hat, BGHSt 52, 323 (Rdn. 47). Ob diese BGH-Rechtsprechung im Lichte von BVerfG NJW 2010, 3209 Bestand haben kann, scheint aber zweifelhaft.

b) Der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff und das Prinzip der Gesamtsaldierung

Es ist deshalb mit der herrschenden Lehre davon auszugehen, dass das Vermögen i.S.d. § 263 StGB die Gesamtheit aller wirtschaftlichen Güter einer Person ist, die ihrer rechtlich gebilligten und geschützten Verfügungsgewalt unterliegen (juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff).¹⁰² Danach erfolgt die Schadensberechnung anhand eines objektiv-individualisierenden Beurteilungsmaßstabes nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung. Ein Vermögensschaden liegt dementsprechend nur dann vor, wenn sich infolge der Vermögensverfügung der wirtschaftliche Wert des Vermögens des Bieters mindert. Dabei wird die Zusammensetzung des Vermögens vor und nach der Verfügung festgestellt, die beiden Vermögensmassen werden bewertet und die Differenz zwischen beiden gebildet. Ergibt sich hierbei eine Wertminderung, liegt ein Vermögensschaden vor. Verändert sich infolge der Vermögensverfügung nur die Zusammensetzung des Vermögens, aber nicht der wirtschaftliche Wert, liegt kein Schaden vor, auch wenn die Änderung der Zusammensetzung für den Bieter unerwünscht ist. Allein der Umstand, dass einer Ware besonders zugesicherte Eigenschaften fehlen, berechtigt also noch nicht zur Bejahung eines Betrugsschadens, solange die Ware objektiv ihren Preis wert ist.¹⁰³ Wendet man diese seit dem wegweisenden „Zellwollhosen“-Fall¹⁰⁴ geltenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so sollte ein Vermögensschaden abgelehnt werden, solange die vom Bieter erworbenen Folgen auch ohne die zugesicherten Eigenschaften den besagten Wert haben.

aa) Vorspiegeln wertsteigerender Eigenschaften: Uechter Erfüllungsbetrug

Im vorliegenden Fall ist das Vorliegen eines Vermögensschadens allerdings nicht nur im Rahmen des Prinzips der Gesamtsaldierung zu diskutieren. Denn die Vorgehensweise des Anbieters ähnelt den Fällen, in denen der Täter seine Vertragspartner durch vorteilhafte Versprechungen zu einem Vertragsabschluss bewegt, um ihnen anschließend durch mangelhafte Erfüllung die versprochenen Vorteile wieder zu nehmen. Dies erinnert an den

¹⁰² Vgl. statt vieler Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 132.

¹⁰³ BGHSt 53, 199 (Rdn. 10 f.) – *Vermögensschaden bei betrügerisch veranlasstem Risikogeschäft*; BGHSt 54, 69 (Rdn. 156) – *Lebensversicherungsbetrug*; BGHSt 57, 95 (Rdn. 75) – *Abrechnungsbetrug eines privatliquidierenden Arztes*; BGHSt 58, 102 (Rdn. 35) – *Schadensfeststellung beim Sportwettenbetrug*; BGHSt 58, 205 (Rdn. 13) – *Schadensbestimmung beim Eingehungsbetrug*; BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 5 – *Plagiatsfolgen* (www.bundesgerichtshof.de, abgedruckt in NStZ 2012, 629); BGH NStZ 2014, 318 (Rdn. 11) – *Eingehungsbetrug bei Erwerb von Inhaberschuldverschreibungen*; (zu § 266 StGB) BGHSt 55, 288 (Rdn. 41) – *Fall Siemens/AUB*; Fischer, StGB, § 263 Rdn. 111; Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdn. 36; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 106 ff.; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 159, 161.

¹⁰⁴ BGHSt 16, 220 (223) – *Zellwollhosen-Fall*. In diesem Fall verkaufte ein Verkäufer eine Hose unter der Zusicherung, es handle sich um eine rein wollene Hose, obwohl es sich um eine Hose aus geringwertiger Zellwolle handelte. Der Preis von 26 DM entsprach allerdings dem üblichen Preis einer Zellwollhose. Ein Vermögensschaden wurde deshalb abgelehnt, da die vom Käufer erworbene Zellwollhose auch ohne die zugesicherte Gabardine-Eigenschaft einen Wert hatte, der dem Kaufpreis von 26 DM gleichzustellen war.

innerhalb der herrschenden Vermögensschadenslehre geführten Streit über die Behandlung der Fälle, in denen ein Verkäufer Gebrauchtwagen zwar zum marktüblichen Preis verkauft, den Kunden aber das Vorliegen von Eigenschaften vortäuscht.

Wie bekanntlich wendet ein Teil der Literatur¹⁰⁵ in diesen Fällen ohne eine gesonderte Täuschungshandlung nach Vertragsabschluss die gleichen Grundsätze wie beim echten Erfüllungsbetrug¹⁰⁶ an und hält einen Schaden bei Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen auch bei ausschließlicher Täuschung bei Vertragsabschluss für möglich. Das Fazit lautet: Komme es infolge der Täuschung zu einem Leistungsaustausch, könne ein Schaden auch dann eintreten, wenn die erhaltene Leistung hinter dem Anspruch zurückbleibt oder die erbrachte Leistung die Verpflichtung übersteigt. Denn durch den täuschungsbedingten Vertragsabschluss habe der Getäuschte einen Anspruch auf die versprochene Leistung erlangt. Die Rechtsordnung sichere dem Getäuschten deshalb, dass dieser für eine Leistung ohne die vereinbarten Eigenschaften nur einen entsprechend geringeren Kaufpreis zahlen müsse. Bezahle er aber den vollen Kaufpreis, ohne sein Minderungsrecht geltend zu machen oder die eigene Leistung zu verweigern, erbringe er gegenüber seiner Verpflichtung eine Zuviel-Leistung. Ein Erfüllungsschaden sei daher auch dann anzunehmen, wenn sich der Getäuschte täuschungsbedingt mit weniger zufriedengibt, als er nach dem Vertrag beanspruchen kann, bzw. er umgekehrt aufgrund der Täuschung mehr leistet, als er nach dem Vertrag schuldet, weil er letztendlich mehr bezahlen würde als er nach Zivilrecht zu bezahlen hat. Im vorliegenden Fall hat sich auch das LG als Vorinstanz – soweit es sich aus der Wiedergabe des BGH entnehmen lässt – dieser Auffassung angeschlossen und auf den Minderwert der Plagiate gegenüber den versprochenen Originalen abgestellt.¹⁰⁷

Dies überzeugt aber nicht. Ist die Sache objektiv ihr Geld wert, ist ein Vermögensschaden abzulehnen, weil es auch beim unechten Erfüllungsbetrug – wie beim Eingehungsbetrug – schon bei Vertragsabschluss zu einer Täuschung kommt, die im Erfüllungsstadium *nur* fortwirkt. Das Geschäft ist daher als Einheit zu betrachten. Der Erfüllungsbetrug stellt dabei keine andere „Art“ des Betruges dar, sondern nur eine zweite Stufe der Deliktsvollendung. Es handelt sich also nur um einen Betrug, der durch die Erfüllung beendet wird. Deshalb bleiben bei der Feststellung des Vermögensschadens nur die Grundsätze des Eingehungsbetruges. Die Besonderheit ist jedoch, dass der Vertrag für den Getäuschten

¹⁰⁵ Z.B. Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, S. 181 ff., 189 ff.; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 334; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 41 Rdn. 117; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 137.

¹⁰⁶ Beim echten Erfüllungsbetrug täuscht der Täter *erst* nach dem Vertragsabschluss. Über die Behandlung dieser Betrugsart besteht im Prinzip Einigkeit, siehe nur BGHSt 32, 211 (213 f.) – Fassadenbau-Fall.

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 27.6.2012 – 2 StR 79/12, Rdn. 3 – Plagiatsfolgen (www.bundesgerichtshof.de, abgedruckt in NSStZ 2012, 629).

günstig ist, der Täuschende aber nur solche Leistung erbringen will oder tatsächlich erbringt, die gegenüber der geschuldeten Leistung minderwertig, aber mit der Leistung des Getäuschten gleichwertig ist. Dies reicht aber für einen Vermögensschaden nicht aus. Enttäuscht wird lediglich die Erwartung des Getäuschten, ein gutes Geschäft zu machen. Der Betrug schützt aber nur vor einem Ärmerwerden. Es ist also unzulässig und widerspricht einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung, den Gesamtvorgang in eine Phase des Reicherwerdens durch den vorteilhaften Vertragsabschluss und eine Phase des Ärmerwerdens durch die Erfüllung zu zerlegen.¹⁰⁸ Ebenso hat der BGH im vorliegenden Fall zutreffend der auch von der Vorinstanz vertretenen Gegenauffassung eine Absage erteilt und sagte: „Das Landgericht hat bei der Bestimmung des Schadens i.S.v. § 263 Abs. 1 StGB einen unzutreffenden Maßstab angelegt, in dem es zur Schadensermittlung den Minderwert der Plagiatsfolgen gegenüber den Originalfolgen herangezogen hat.“¹⁰⁹ Zutreffend ist der BGH also davon ausgegangen, dass der vereinbarte Anspruch auf die höherwertige Leistung (d.h. Originalfolgen) angesichts der von vorneherein mangelnden Erfüllungsbereitschaft nicht als schadensbegründende Exspektanz angesehen werden kann.¹¹⁰

bb) Der persönliche Schadenseinschlag

Das durchaus richtige Ergebnis, dass die vielleicht als unbillig empfundene Strafbarkeitslücke beim Eingehungsbetrug nicht durch die Konstruktion eines echten Erfüllungsbetruges zu schließen ist, wird allerdings wiederum von der herrschenden Meinung als nicht nachvollziehbar empfunden. Es hat sich daher der Gedanke durchgesetzt, dass bei der Feststellung eines Vermögensschadens neben der Gesamtsaldierung auch die Zwecke des Vermögensinhabers berücksichtigt werden müssen. Die heute herrschende Meinung stimmt darin überein, dass in bestimmten Ausnahmefällen bei der Frage des Vermögensschadens auch persönliche Bedürfnisse, Verhältnisse und Zwecke zu berücksichtigen sind und insoweit eben doch in gewisser Weise die Dispositionsfreiheit geschützt wird.¹¹¹

¹⁰⁸ BGHSt 58, 102 (Rdn. 25) – *Schadensfeststellung beim Sportwettenbetrug*; Fischer, StGB, § 263 Rdn. 178; Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 106; Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 554 ff.; Hoyer, in: SK-StGB, § 263 Rdn. 246; Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdn. 53; Rengier, Strafrecht BT 1, § 13 Rdn. 170; Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 245; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 253; Satzger, Jura 2009, 518 (528); Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, Rdn. 542; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 201 f. weist zu Recht auf die Möglichkeit einer Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG hin.

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 5 – *Plagiatsfolgen* (www.bundesgerichtshof.de, abgedruckt in NSTz 2012, 629).

¹¹⁰ Vgl. Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 202.

¹¹¹ Seit RGSt 16, 1 (6 ff.) – *Vermögensbeschädigung beim Betrug*. Auch das BVerfG hat inzwischen im Zusammenhang mit der Untreue die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag gebilligt, NJW 2013, 365 (367) – *Begriff des Nachteils*. Interessant ist, dass der BGH die Frage aufwirft, ob nicht die Rechtsprechung zum persönlichen Schadenseinschlag insgesamt vor dem Hintergrund der Entscheidungen des BVerfG „in Teilen einer Korrektur bedarf“, NSTz 2014, 318 (Rdn. 15) – *Eingehungsbetrug bei Erwerb von Inhaberschuldverschreibungen*.

Diese Ausnahmefälle werden seit der sog. „*Melkmaschinen*“-Entscheidung nach drei Kriterien beurteilt: Ein Schaden liegt auch dann vor, wenn einer Leistung zwar eine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht, diese aber für den Betroffenen nicht oder nicht in vollem Umfang zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise nutzbar ist (1). Ein Schaden kann auch darin liegen, dass der Betroffene durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird (2) oder er infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind (3).¹¹²

Die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag hat einen großen Anwendungsbereich. Mithilfe dieser Lehre wird zunächst der Eintritt eines Vermögensschadens in den Fällen des Verkaufes von gleichwertiger Ware unter falscher Herkunftsbezeichnung bejaht, wenn die Herkunft aufgrund der Marktbewertung von Bedeutung ist.¹¹³ In einem Fall hat der BGH einen Vermögensschaden sogar in der Lieferung von unverfälschter Auslandsbutter als „Deutsche Markenbutter“ gesehen, obwohl die Auslandsbutter von besserer Qualität und entsprechend höherem Preis gewesen sein soll.¹¹⁴ Auf der Grundlage des individuellen Schadensbegriffs hat der BGH ferner die Betrugsstrafbarkeit eines Zeitschriftenwerbers begründet, der einen Kunden mittels Täuschung zum Abonnieren einer wissenschaftlichen Fachzeitschrift überredet, die zwar objektiv ihren Preis wert, jedoch aufgrund der intellektuellen Voraussetzungen ihres Bezieher für diesen völlig unbrauchbar ist.¹¹⁵ Der Aspekt des individuellen Schadenseinschlages hat auch bei Gebrauchtwagenfällen durchgegriffen, bspw. wenn der Wagen entgegen der vertraglichen Vereinbarung für einen längeren Nutzungszeitraum oder für längere Reisen untauglich ist.¹¹⁶

In dieser Überlegung steckt jedoch ein schlichter Zirkelschluss. Wenn man anfangs behauptet, der Wagen sei sein Geld wert gewesen, später jedoch aus der höheren Laufleistung einen wirtschaftlichen Minderwert ableitet, darf man fragen, was von der Gegenansicht übrig bleibt, die den unechten Erfüllungsbetrug wie einen echten behandelt. Immerhin bedeutet diese Vorgehensweise de facto die Anwendung des individuellen Scha-

¹¹² BGHSt 16, 321 (325 ff.) – *Melkmaschinen-Fall*.

¹¹³ Vgl. BGHSt 8, 46 (49) – *Hopfen-Fall*.

¹¹⁴ BGHSt 12, 347 (352 f.) – *Deutsche Markenbutter*. Der BGH hat also den Schaden generell im Fehlen einer zugesicherten entscheidungsrelevanten Herkunft gesehen, ohne den vom Getäuschten verfolgten Zweck durch den Vertragsabschluss näher zu untersuchen.

¹¹⁵ BGHSt 23, 300 (301) – *Zeitschriftenabonnement*, ihm folgend *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rdn. 551.

¹¹⁶ Vgl. BayObLG NJW 1987, 2452 (2452 f.) – *Betrug beim Pkw-Verkauf*; OLG Düsseldorf NJW 1991, 1841 (1842) – *Vermögensschaden beim Kauf eines unfallbeschädigten Gebrauchtwagens*.

denseinschlages, was auch vom persönlichen Vermögensbegriff – lediglich etwas intensiver – vertreten wird.¹¹⁷

Diese Problematik kann dadurch gekennzeichnet sein, dass die heutige Vermögensschadensdogmatik versucht, einerseits strafwürdige arglistige Verhaltensweisen soweit wie möglich zu erfassen, aber andererseits nicht in den tabuisierten Schutz der Dispositionsfreiheit zu geraten.

Wenn man aber das Ganze näher betrachtet, bemerkt man ohne Mühe, dass ein individueller Schadenseinschlag in der Regel nur dort diskutiert wurde, wo eine irreführende Werbung vorlag, sodass an sich § 16 Abs. 1 UWG anwendbar gewesen wäre. Das deutsche Täuschungsstrafrecht stellt also für solche Fälle ein geeignetes Instrument zur Verfügung, ohne dabei gezwungen zu sein, das Prinzip der Gesamtsaldierung kontinuierlich zu untergraben.¹¹⁸ Da das Verhältnis des § 16 Abs. 1 UWG zu § 263 StGB später thematisiert wird, kann man eine ausführliche Darstellung an dieser Stelle überspringen. Es muss lediglich darauf hingewiesen werden, dass man, selbst wenn man einen individuellen Schadenseinschlag aus kriminalpolitischen Gründen akzeptiert,¹¹⁹ vorsichtig sein sollte. Der Betrug darf nicht in ein Delikt gegen die Dispositionsfreiheit umgewandelt werden.¹²⁰ Dieses unerwünschte Ergebnis kann zwar in der ersten Fallgruppe durch eine objektive Betrachtungsweise gewissermaßen verhindert werden.¹²¹ Dieser Weg ist aber naturgemäß in den letzten beiden Fallgruppen (insbesondere in der dritten Fallgruppe) ausgeschlossen, weil bei Spätfolgen die Vermögenslagen nicht mehr unmittelbar vor und nach der Vermögensverfügung miteinander verglichen werden können, sodass sie bei der Beurteilung des objektiv-individuellen Schadenseinschlages von vornherein keine Rolle spielen dürften.¹²² Darüber hinaus macht der Getäuschte Folgeinvestitionen (insbesondere im Sinne der zweiten Fallgruppe) nur dann, wenn er der Leistung des Täuschenden eine

¹¹⁷ Vgl. Otto, Die strafrechtliche Bekämpfung unseriöser Geschäftstätigkeit, S. 68.

¹¹⁸ Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 20 Rdn. 92 weist zutreffend darauf hin, dass eine bruchlose Ableitung des objektiv-individuellen Schadenseinschlages aus einem herrschenden Vermögensbegriff nicht möglich sei.

¹¹⁹ Zumindest für die erste Fallgruppe: Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 135.

¹²⁰ Fischer, StGB, § 263 Rdn. 150: „Die Berücksichtigung eines persönlichen Schadenseinschlages muss auf Ausnahmefälle beschränkt sein.“

¹²¹ BGHSt 16, 220 (222) – *Zellwollhosen-Fall*; BGHSt 16, 321 (326) – *Melkmaschinen-Fall*; BGHSt 32, 22 (23) – *Höhe des Vermögensschadens bei Warentermingeschäft*; BGHSt 54, 69 (Rdn. 157) – *Lebensversicherungsbetrug*; BGHSt 58, 102 (Rdn. 20) – *Schadensfeststellung beim Sportwettenbetrug*; BGH wistra 1986, 169 (170) – *Individualisierung des Schadensbegriffs beim Betrug*; BGH NSZ-RR, 2001, 41 (42) – *Subjektiver Schadenseinschlag*; BGH wistra 2008, 149 (150) – *Eingehungsbetrug durch Vermittlung von Börsenspekulationsgeschäften durch unerfahrene Kapitalanleger*; Fischer, StGB, § 263 Rdn. 176a; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 124; Rengier, Strafrecht BT 1, § 13 Rdn. 178; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, Rdn. 539; a.A. BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 39) – *Routenplaner*; Schmoller, ZStW 103 (1991), 92 (119 ff.), die die Wert bzw. Nützlichkeit eines Vermögensgegenstandes aus der Perspektive des Opfers ermitteln wollen.

¹²² Vgl. Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 209.

nachvollziehbare Wertschätzung beimisst. Aus individueller Sicht sollten die Folgeinvestitionen dazu führen, einen Schaden zu verneinen. Nicht zu Unrecht wird deshalb gegen die letzten zwei Fallgruppen von zahlreichen Stimmen eingewandt, dass sie dogmatisch kaum zu erklären sind und es sich bei ihnen um eine Billigkeitsrechtsprechung handelt.¹²³

Nach dieser Überlegung ist nun zu untersuchen, ob im vorliegenden Fall möglicherweise ein individueller Schadenseinschlag zur Bejahung eines Betruges führen kann.

Der BGH wendet sich zunächst der Frage zu, ob der Getäuschte die gelieferte Ware für den von ihm vertraglich vorausgesetzten Zweck verwenden kann.¹²⁴ Eine Antwort findet man allerdings in der Entscheidung nicht, was aber auch selbstverständlich ist. Zwar sind die Felgen markenrechtswidrig. Sie sind aber nach dem Verständnis eines vernünftig objektiven Betrachters nicht endgültig unbrauchbar. Unter dem ersten Gesichtspunkt kann daher ein Vermögensschaden nicht begründet werden.

Schulmäßig wendet sich der BGH deshalb der Frage zu, ob sich ein Vermögensschaden aus den erforderlichen Folgeinvestitionen für die behördliche Zulassung ergeben kann.¹²⁵ Dieses entspricht dem zweiten Gesichtspunkt, der sich aus der „Melkmaschinen“-Entscheidung der BGH ergeben hat.

Es wäre allerdings richtig gewesen, wenn der BGH auf diese Frage gar nicht eingegangen wäre. Denn – abgesehen vom obigen Grund – entsprechen sich bei Spätfolgen Schaden und Vorteil nicht in der Weise, dass sie durch ein und dieselbe Vermögensverfügung vermittelt werden, also nicht auf jeweils verschiedene Verfügungen zurückzuführen sind. Bei Spätfolgen fehlt es also an einer Stoffgleichheit.¹²⁶ Dies wird im vorliegenden Fall besonders deutlich. Der Bieter hat die Kosten nicht an den Anbieter, sondern an die Zulassungsbehörde gezahlt und von dieser als Gegenwert die Zulassung erhalten.

Zu begrüßen ist jedoch, dass der BGH in der Entscheidung die Berücksichtigung der Folgeinvestitionen in zweierlei Hinsicht eingeschränkt hat:

Erstens hat der BGH klargestellt, dass die Folgeinvestitionen nicht zu einem objektiv-individuellen Schadenseinschlag führen sollen, wenn der gezahlte Preis und die getätigten Folgeinvestitionen den Wert der Plagiatsfelgen nicht überschreiten. Der BGH führt hierzu aus: Zutreffend habe das LG auch die Kosten für die behördliche Zulassung in den Scha-

¹²³ Vgl. beispielhaft *Gaede*, in: *AnwaltK-StGB*, § 263 Rdn. 135: „eine ablehnungswürdige und systemwidrige Überdehnung des Betruges“; *Satzger*, *Jura* 2009, 518 (522): „Billigkeitsrechtsprechung“.

¹²⁴ BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 7 – *Plagiatsfelgen* (www.bundesgerichtshof.de, abgedruckt in *NStZ* 2012, 629).

¹²⁵ BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 7 ff. – *Plagiatsfelgen* (www.bundesgerichtshof.de, abgedruckt in *NStZ* 2012, 629).

¹²⁶ Siehe nur *Kindhäuser*, in: *FS-Lüderssen*, S. 635 (638); *Kindhäuser*, *Strafrecht BT 2*, § 26 Rdn. 4; § 27 Rdn. 69, 79; *Schmoller*, *ZStW* 103 (1991), 92 (100 f., 127 ff.).

denumfang eingestellt. „(...) auch diese Folgekosten können allenfalls insoweit einen Vermögensschaden begründen, als der Wert der gelieferten Felgensätze nicht entsprechend höher lag als das gezahlte Entgelt.“¹²⁷ Der BGH hat also die Auffassung vertreten, wenn z.B. der Bieter für die Felgen 500 Euro gezahlt und für die Zulassung weitere 500 Euro aufgewandt hat, ein Vermögensschaden auch dann nicht vorliegt, wenn die Felgen insgesamt 1.000 Euro wert sind.¹²⁸ Zwar hat also der BGH die Berücksichtigung der Spätfolgen bei der Schadensberechnung nicht völlig außer Acht gelassen, er hat aber ihre Relevanz beim Vermögensschaden deutlich gekürzt. Unter den Vorgaben des BVerfG entfällt § 263 Abs. 1 StGB jedenfalls dann, wenn Kaufpreis und Folgeinvestitionen sich noch innerhalb desjenigen Werts bewegen, den die gelieferte Ware zum Zeitpunkt der Verfügung ausweist.

Zweitens bemängelt der BGH, dass das LG seine Auffassung zu den Folgekosten von „mindestens 500 Euro“ nicht ausreichend begründet und in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nicht nachvollziehbar dargelegt hat: „Die Strafkammer ist (...) ausdrücklich davon ausgegangen, dass die Felgen nicht wertlos waren und nach einer behördlichen Zulassung, deren Aufwand sie auf 500 Euro je Felgen geschätzt hat, genutzt werden dürften. Diese Feststellungen sind (...) durch nichts belegt.“¹²⁹

Der BGH verdient volle Zustimmung, weil er – auch wenn in der Entscheidung auf den Beschluss des BVerfG nicht ausdrücklich hingewiesen wurde – durch die BVerfG-Rechtsprechung modifizierte Grundsätze der Schadensermittlung herangezogen hat. Nach Auffassung des BVerfG stärkt das Merkmal der Bezifferbarkeit den wirtschaftlichen Bezug und damit den Charakter des Betrugstatbestands als Vermögensdelikt. Zwar können bei der Bewertung von Schäden normative Gesichtspunkte eine Rolle spielen,¹³⁰ diese dürfen die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen.¹³¹ Die Pflicht zur Bezifferung eines konkreten Schadens kann hierbei ein geeignetes Werkzeug zur Sicherung der Bedeutung dieser wirtschaftlichen Bezüge sein. Da der Tatrichter dieser Pflicht nicht in jedem Fall ohne weiteres nachkommen kann, erlaubt das BVerfG weiterhin die Möglichkeit einer erleichterten Schadensfeststellung: Notfalls könne diese, wenn

¹²⁷ BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 7 – *Plagiatsfelgen* (www.bundesgerichtshof.de, abgedruckt in NSTz 2012, 629).

¹²⁸ Kritisch *Jäger*, JA 2012, 952 (954): Die Ansicht des BGH sei nicht unproblematisch, „weil der persönliche Schadenseinschlag auf diese Weise doch wieder mit wirtschaftlichen Erwägungen angereichert wird.“

¹²⁹ BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 9 – *Plagiatsfelgen* (www.bundesgerichtshof.de, abgedruckt in NSTz 2012, 629).

¹³⁰ Dies betrifft insbesondere die bisher anerkannten Fallgruppen des individuellen Schadenseinschlages, der sozialen Zweckverfehlung sowie des Erwerbs von Nichtberechtigten.

¹³¹ BVerfG NJW 2012, 907 (Rdn. 176) – *Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungen*; im Anschluss daran BGHSt 58, 102 (Rdn. 36) – *Schadensfeststellung beim Sportwettenbetrug*; BGHSt 58, 205 (Rdn. 16) – *Schadensbestimmung beim Eingehungsbetrug*.

ein Schaden nicht durch ein Sachverständigengutachten oder aufgrund wirtschaftlicher Erfahrung festgestellt werden kann, durch eine vorsichtige Schätzung ersetzt werden.¹³² Beachtet werden muss jedoch das hiermit festgelegte Stufenverhältnis, wonach Schätzungen und die Annahme von Mindestschadenssummen erst dann in Betracht kommen können, wenn konkrete Berechnungen durch den Richter keine näheren Bezifferungen ermöglichen. Freihändiges Schätzen und Überimplikationen durch Wertungsakte gehören damit der Vergangenheit an.¹³³

Da im vorliegenden Fall das LG die entsprechenden Feststellungen nicht getroffen hat, obwohl sich die vom LG versäumten Feststellungen wohl ohne größeren Aufwand treffen lassen, hat der BGH zutreffend die Sache an das LG zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückgewiesen. Der BGH hat zwar die Annahme eines Vermögensschadens in der neuen Verhandlung keinesfalls ausgeschlossen, allerdings deutlich gemacht, dass die vorgenommene Gesamtsaldierung in den Urteilsgründen darzulegen ist. Damit hat der BGH deutlich festgestellt, dass der Zweifelssatz zur Anwendung kommen muss und der Vermögensschaden abgelehnt werden soll, wenn die Feststellung eines Vermögensschadens – auch unter Berücksichtigung der abgestuften Schadensermittlungsvorgaben des BVerfG – nicht möglich ist.¹³⁴

cc) Gefährdungsschaden wegen möglicher Einziehung der Plagiatsware

Schließlich ist mit dem BGH zu untersuchen, ob im vorliegenden Fall ein Vermögensschaden zu bejahen wäre, weil die Plagiatsfolgen der Einziehung nach §§ 143 Abs. 5 Satz 1, Satz 2 MarkenG unterliegen können und bei den Bietern deshalb ein Gefährdungsschaden eingetreten sein könnte.¹³⁵ Hinter dieser Überlegung steht die von der herrschenden Meinung anerkannte allgemeine These, dass eine von dritter Seite drohende Gefahr ebenso zu einer Minderwertigkeit führen kann, die dann wiederum ein Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zur Folge hätte, selbst wenn sich Leistung und Gegenleistung ursprünglich entsprechen.¹³⁶ Voraussetzung dafür ist aber, dass das Vermögen konkret

¹³² BVerfG NJW 2012, 907 (Rdn. 176) – *Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungen*.

¹³³ Zutreffend *Jahn*, JuS 2013, 81 (84).

¹³⁴ Vgl. auch BGHSt 58, 205 (Rdn. 19) – *Schadensbestimmung beim Eingehungsbetrug*.

¹³⁵ BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 10 – *Plagiatsfolgen* (www.bundesgerichtshof.de, abgedruckt in NSTZ 2012, 629).

¹³⁶ Statt vieler *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 681 ff.; **a.A.** *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, S. 111 f. geht davon aus, dass die drohende Beschlagnahme- und Einbeziehungsmöglichkeit keine typische Gefahr schaffe, die „gleichsam zwangsläufig“ in einen Schaden münden muss.

gefährdet ist.¹³⁷ M.a.W. kann der Vermögensschaden nicht allein aus der abstrakten Entziehungsfahr einer gelieferten Ware abgeleitet werden.¹³⁸

Nach §§ 143 Abs. 5 Satz 1, Satz 2 MarkenG können Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht, eingezogen werden. § 74a StGB ist anzuwenden. Da § 74a StGB die Möglichkeit des Zugriffs auf Sachen oder Rechte eines tatunbeteiligten Dritten in den Fällen des § 74 Abs. 2 Nr. 1 StGB erweitert, sollen vor allem die Voraussetzungen dieser Norm untersucht werden. Danach können die Gegenstände, die zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen, entzogen werden. Entscheidend ist das Sachenrecht.¹³⁹

Ob die Übereignung¹⁴⁰ von Plagiatswaren im vorliegenden Fall erfolgt, lässt sich aus der Urteilsbegründung des LG nicht entnehmen. Wenn dies aber nicht der Fall ist, so ist von einem konkreten Vermögensschaden auszugehen. Dass bei Online-Auktionen ein Vertrag zwischen einem Anbieter und einem Bieter am Ende der Auktionszeit zustandekommt, spielt keine Rolle, weil die Eignung als dinglicher Vertrag¹⁴¹ rechtlich von dem zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäft (z.B. Kaufvertrag) getrennt zu sehen ist (Trennungs- und Abstraktionsprinzip).¹⁴² Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche bleiben so zwar unberührt, jedoch sind diese nach der herrschenden Meinung nicht kompensationsfähig und daher in die Gesamtsaldierung nicht einzubeziehen.¹⁴³

In der umgekehrten Konstellation ist dagegen ein konkreter Vermögensschaden zu verneinen. Denn eine vom Anbieter dem Bieter übereignete Sache kann nach §§ 143 Abs. 5 Satz 1, Satz 2 MarkenG nur unter den Voraussetzungen des § 74 Abs. 2 Nr. 2 StGB eingezogen werden. Voraussetzung dafür ist, dass die Plagiatsfolgen nach ihrer Art und den Umständen die Allgemeinheit gefährden oder die Gefahr besteht, dass sie der Begehung

¹³⁷ Siehe aber Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 198: „Soweit es um einen rechtlichen Makel geht, der dem Handelsgut anhaftet, ist die konkrete Gefahr der Beschlagnahme nicht erforderlich.“

¹³⁸ Dies ergibt sich aus der neuen Rechtsprechung des BGH zu mit den hier besprochenen Konstellationen vergleichbaren Fallgruppen eines gutgläubigen Erwerbers, Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 684. Bisher hat der BGH die Schadensfrage davon abhängig gemacht, ob der Erwerber sich eines wenigstens nicht aussichtslosen Angriffs auf seine Rechtsposition ausgesetzt sehen musste, BGH wistra 2003, 230 (230) – *gutgläubiger Erwerb*. Unter Berücksichtigung der Judikatur des BVerfG zur Bezifferbarkeit des Vermögensschadens vertritt der BGH in neueren Entscheidungen dagegen die Auffassung, dass bei einem gutgläubigen Erwerb der bloße Hinweis auf ein zivilrechtliches Prozessrisiko keine tragfähige Grundlage für eine Vermögensgefährdung mehr haben dürfe, BGH wistra 2011, 387 (Rdn. 8) – *Prozessrisiko beim gutgläubigen Erwerb*.

¹³⁹ Joecks, in: MüKo-StGB, § 74 Rdn. 30.

¹⁴⁰ Unter Übereignung versteht man im Sachenrecht die Übertragung des Eigentums an einer Sache von einer Person an eine andere Person (§§ 929 ff. BGB).

¹⁴¹ Bassege, in: Palandt, BGB, Einleitung Vor § 854 Rdn. 10; § 929 Rdn. 2.

¹⁴² Bassege, in: Palandt, BGB, Einleitung Vor § 854 Rdn. 13.

¹⁴³ Statt vieler siehe nur Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 203; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, Rdn. 548. Dahinter steht der kriminalpolitische Gedanke, dass bei Annahme der Kompensationsfähigkeit von Schadenersatzansprüchen ein Eingehungsbetrug praktisch kaum denkbar wäre, BGHSt 21, 384 (386) – *Betrug durch Provisionsvertreter*: „sonst gäbe es diese Art von Betrug gar nicht.“

rechtswidriger Taten dienen werden. Hier können die Felgen bei einer Verwendung im Straßenverkehr nach deren Zulassung die Allgemeinheit nicht gefährden. Eine objektive Gefahr geht von ihnen nicht aus. Auch ist nicht ersichtlich, dass der Bieter mit den Felgen rechtswidrige Taten begehen will. Es fehlt also an einer konkreten Gefährdung des Entzugs der Felgen.

Eine konkrete Gefährdung des Entzugs der Felgen ergibt sich auch nicht aus § 74a StGB, weil im hiesigen Fall von einer Quasi-Beihilfe (Nr. 1) zu einer Markenrechtsverletzung nicht ausgegangen werden kann. Denn die Voraussetzung der Quasi-Beihilfe ist zunächst, dass der Höchstbietende in objektiver Hinsicht dazu beigetragen hat, dass die Sache Gegenstand der vollendeten Tat oder ihres strafbaren Versuchs oder ihrer strafbarer Vorbereitung gewesen ist.¹⁴⁴ Der hinreichende Beitrag des Höchstbietenden ist ohne weiteres gegeben, wenn sein Verhalten kausal geworden ist für die Vollendung, den strafbaren Versuch oder strafbare Vorbereitungshandlungen.¹⁴⁵ Zwar sind diese Voraussetzungen erfüllt, jedoch ist gemäß § 74a Nr. 1 StGB ferner die Leichtfertigkeit des Höchstbietenden vorausgesetzt. Diese setzt wenigstens voraus, dass der Höchstbietende, obgleich er von der bevorstehenden Tat nichts wusste, diese in ihren großen Umrissen hätte vorhersehen können.¹⁴⁶ Davon kann aber keine Rede sein. Ganz im Gegenteil darf der Bieter im Allgemeinen die Erwartung haben, dass das ihm bei eBay angebotene Produkt kein Plagiat darstellt, wenn der Anbieter bei der Produktbeschreibung ausdrücklich einen Markennamen verwendet. Von Bedeutung sind hier auch die AGB von eBay, denen zufolge es ausdrücklich verboten ist, Fälschungen und rechtswidrige Repliken anzubieten,¹⁴⁷ und die AGB zumindest auch bei der Auslegung der Willenserklärung des Anbieters zu berücksichtigen sind.¹⁴⁸ Ein verständiger Bieter darf daher erwarten, dass ein potenzieller Verkäufer sich an diese Vorgaben hält, zumal die Parteien vor der Teilnahme an einer eBay-Auktion diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugestimmt haben. Schließlich darf noch ein weiterer Punkt nicht außer Acht gelassen werden, der für die Auslegung der Willenserklärungen der Beteiligten von erheblicher Bedeutung sein dürfte: Im vorliegenden Fall hat der Bieter die Plagiate durchschnittlich für 1000 Euro erworben. Es ist doch wohl evident, dass der Bieter daher davon ausgegangen war, dass sich die Auktion auf eine echte Porsche-Felge bezogen hat, denn welcher Bieter ist bereit, für ein Plagiat diesen

¹⁴⁴ Joecks, in: MüKo-StGB, § 74a Rdn. 10.

¹⁴⁵ Joecks, in: MüKo-StGB, § 74a Rdn. 11.

¹⁴⁶ Herzog/Saliger, in: NK-StGB, 74a Rdn. 6; Joecks, in: MüKo-StGB, § 74a Rdn. 12.

¹⁴⁷ Vgl. § 3 Abs. 1 eBay-AGB.

¹⁴⁸ Vgl. zur Angabe eines Markennamens beim Angebot im Rahmen einer Online-Auktion als Zusicherung der Originalität der Ware (sog. Beschaffensvereinbarung bei Online-Auktionen) BGH NJW 2012, 2723 (Rdn. 29) – *Handy aus Weißgold*; Dittrich, K&R 2012, 427 (428); Kulke, NJW 2012, 2697 (2700).

Preis zu bezahlen?¹⁴⁹ Wenn keine Quasi-Beihilfe angenommen werden kann, gibt es auch keine Quasi-Hehlerei (Nr. 2), weil der Höchstbietende subjektiv die Umstände kennen muss, die die Einziehung zugelassen hätten.¹⁵⁰

Ob der BGH im vorliegenden Fall der hier vertretenen Lösung folgt, ist unklar. Denn die Frage lässt der BGH offen, weil sich seiner Ansicht nach aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe des LG nicht entnehmen lässt, ob die Voraussetzungen der Einziehung vorliegen. Jedenfalls verdient der BGH aber volle Zustimmung, weil er anders als in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht vorschnell eine Vermögensgefährdung angenommen hat, solange dem Gegenstand keine konkrete Gefahr droht.¹⁵¹

3. Zwischenfazit

Die Entscheidung zeigt also, dass eine Strafbarkeit gemäß § 263 Abs. 1 StGB ausscheidet, wenn die Täuschung letztlich zum Abschluss eines wirtschaftlich ausgewogenen, allerdings vielleicht nicht recht willkommenen Austauschgeschäfts führt. Es ist also verfehlt, Betrug bei jedem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft anzunehmen. Allein der Umstand, dass einer Ware besonders zugesicherte Eigenschaften fehlen, berechtigt noch nicht zur Bejahung eines Betrugsschadens, solange die Ware objektiv ihren Preis wert ist. Dieses Ergebnis steht uneingeschränkt mit der Auffassung des BVerfG im Einklang, nach der das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens die Betrugsstrafbarkeit begründet und begrenzt. Wie der BGH zutreffend darauf hingewiesen hat, ist der Bieter den Täuschungen dieser Art aber nicht schutzlos preisgeben: „Der neue Tatrichter wird zu beachten haben, dass im Fall (...) nur eine Verurteilung wegen versuchten Betruges (§§ 263 Abs. 1, 22 StGB) in Betracht kommen kann und der Tatvorwurf in allen Fällen auch unter dem Gesichtspunkt (...) einer strafbaren Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG zu würdigen sein wird.“¹⁵²

¹⁴⁹ Vgl. Kulke, NJW 2012, 2697 (2700).

¹⁵⁰ Herzog/Saliger, in: NK-StGB, 74a Rdn. 9 f. Völlig unzutreffend ist daher die Entscheidung des AG Pforzheim K&R 2007, 487 (487) – *Schnäppchenjäger als Hehler*.

¹⁵¹ So ist die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1966, in der bei dem Verkauf eines gesundheitlich *unbedenklichen* Lebensmittels ein Vermögensschaden angenommen wurde, weil die Gefahr der Einziehung des Lebensmittels bei den Abnehmern eine schädigende Vermögensgefährdung darstelle, weil dessen Bezeichnung gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften verstoße, nicht mehr haltbar, BGH GA 1966, 311 – *Schwarzwälder Kirschwasser*; kritisch schon vorher Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 436 f.

¹⁵² BGH, Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12, Rdn. 11 – *Plagiatsfelgen* (www.bundesgerichtshof.de, in NStZ 2012, 629 nicht abgedruckt).

IV. Shill-Bidding

Eine weitere Manipulationsart aus der Praxis von Online-Auktionen ist der Versuch, mit Hilfe von Scheinanbietern die Preise hoch zu treiben (Shill-Bidding). Davon ist die Rede, wenn der Anbieter, meistens kurz vor Schluss der Auktion, auf eigene Angebote mit einem „Fake-Account“ mitbietet oder in Absprache mit einem zweiten Anbieter durch diesen mitbieten lässt und damit eine Nachfrage simuliert, um so einen höheren Preis zu erzielen. Der Anbieter hofft nach der Manipulation der Preisentwicklung darauf, dass der so überbotene echte Bieter erneut bietet.¹⁵³ Die Situation ähnelt also dem Scheingebot bei herkömmlichen Auktionen.¹⁵⁴ Wie dort festgestellt,¹⁵⁵ können auch hier die ersten drei Tatbestandsmerkmale des Betruges unproblematisch angenommen werden.¹⁵⁶ Der Bieter, der ein Scheingebot überbietet, wird über die ordnungsgemäße Durchführung der Auktion getäuscht.¹⁵⁷ Er irrt darüber, dass ernsthaft abgegebene Gebote vorliegen, die zu überbieten sind.¹⁵⁸ Dieser Irrtum führt letztlich mit dem Vertragsabschluss und der Zahlung des überhöhten Preises zu einer Vermögensverfügung. Liegt ferner ein Vermögensschaden vor, kann sowohl der Anbieter (§§ 25 Abs. 1, 263 Abs. 1 StGB) als auch der Preistreiber (sog. Pusher, §§ 25 Abs. 2, 263 Abs. 1 StGB ggf. §§ 27 Abs. 1, 263 Abs. 1 StGB) wegen vollendeten Betruges verurteilt werden. Fraglich ist aber, ob die Verfügung des Bieters über sein Vermögen zu einem Vermögensschaden führt.

¹⁵³ Vgl. die entsprechenden Beschreibungen bei *Bär*, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 1413; *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 114.

¹⁵⁴ Vgl. *Otto*, NJW 1979, 681 (682).

¹⁵⁵ *Otto*, NJW 1979, 681 (684).

¹⁵⁶ Ausführlich *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 117 ff.; *Popp*, JuS 2005, 689 (690 f.).

¹⁵⁷ Dafür spricht die Verkehrsauffassung, die durch die von allen Beteiligten ausdrücklich akzeptierten und damit zwar nicht als Vertragsgegenstand, aber als Auslegungshilfe zu berücksichtigenden AGB der Auktionsplattform konkretisiert wird, vgl. BGH NJW 2011, 2643 (Rdn. 15) – *Vorzeitige Beendigung einer Internetauktion*; BGH NJW 2012, 2723 (Rdn. 29) – *Handy aus Weißgold*. Die Norm, die die Verkehrsauffassung bei Fällen von Shill-Bidding prägt und konkretisiert, ist z.B. § 10 Nr. 6 eBay-AGB a.F.: „Mitglieder dürfen den Verlauf einer Auktion nicht durch die Abgabe von Geboten unter Verwendung eines weiteren Mitgliedskontos oder durch die gezielte Einschaltung eines Dritten manipulieren. Insbesondere ist es dem Anbieter untersagt, selbst Gebote auf die von ihm eingestellten Angebote abzugeben.“ (vgl. auch § 3 Abs. 3 eBay-AGB n.F.). Der Anbieter begründet also die Erwartung, dass eben diese Regel auch eingehalten wird, *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 233: Daher darf das Opfer „davon ausgehen, dass nicht manipulativ in die Auktion eingegriffen wird, insbesondere da die eBay-AGB ein solches Verhalten ausdrücklich untersagen. Es handelt somit nicht bloß im Allgemeinvertrauen, sondern hat einen festen Anknüpfungspunkt für sein Mitbewusstsein.“ Zur vergleichbaren Problematik beim Sportwettbetrug BGHSt 58, 102 (Rdn. 19) – *Schadensfeststellung beim Sportwettbetrug*.

¹⁵⁸ Anders liegt der Fall, wenn das potenzielle Betrugsopfer sein Höchstgebot bereits zu einem Zeitpunkt in den Bietagenten eingegeben hat, in dem der Täter seinen Plan noch nicht gefasst und umgesetzt hat. Denn hier liegt zumindest zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe noch eine ordnungsmäßige Auktion vor, *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 234. Unter dem Begriff „Bietagenten“ versteht man eine kostenlose Funktion der Software, die es Bietern ermöglicht, automatisiert Höchstgebote auf einen Artikel abzugeben, ohne den Auktionsverlauf ständig beobachten zu müssen. Der Unterschied des Bietagenten zu sog. „Sniper-Tools“ besteht darin, dass der Bieter bei Einsatz des Bietagenten keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der automatisierten Gebotsabgabe hat und so die Chancengleichheit der Bieter nicht beeinflusst, ausführlich *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 142 ff.; siehe auch *Biallaß*, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, S. 62 ff.

1. Überschreiten des feststellbaren objektiven Warenwertes

Teilweise wird behauptet, ein Vermögensschaden sei ohne weiteres anzunehmen, wenn der Bieter aufgrund einer Manipulation der Preisentwicklung einen Preis für die ersteigerte Ware bezahle, der über dem objektiv-wirtschaftlichen Marktpreis liegt. Diese Annahme sei insbesondere dann unproblematisch, wenn der objektiv-wirtschaftliche Wert der Ware mühelos festgestellt werden könne, etwa beim Anbieten einer Neuware. Es dürfe ferner nicht außer Acht gelassen werden, dass der Grundsatz, dass, wer einen Gegenstand zu einem bestimmten Preis anbietet, damit nicht schlüssig dessen Angemessenheit oder Üblichkeit erkläre, nur dort gelten könne, wo über die Angemessenheit oder Üblichkeit des verlangten Preises keine Täuschung vorliege. Dies sei aber nicht der Fall bei Shill-Bidding.¹⁵⁹

Das ist nicht richtig. Bei Online-Auktionen erlischt ein Gebot, wenn ein anderer Bieter während der Laufzeit der Auktion ein höheres Gebot abgibt.¹⁶⁰ Damit ist dem überbotenen Gebot jegliche rechtliche Wirkung eines Vertragsabschlusses abgesprochen. Der Bieter hat also durch Abgabe seines neuen Gebotes selbst zum Ausdruck gebracht, dass ihm der zum Verkauf stehende Artikel den schließlich zu zahlenden Preis wert ist. Der Bieter weiß über die vermögensschädigende Wirkung seines Gebotes. Hinzu kommt die Tatsache, dass jeder Bieter vor Abgabe seines Gebotes den zu zahlenden Preis mit dem Ladenpreis bzw. UVP des Herstellers vergleichen kann bzw. soll, wenn es sich um eine Neuware handelt. Diese einfache Selbstschutzmöglichkeit soll – unabhängig von der grundlegenden Anerkennung¹⁶¹ oder Ablehnung der viktimodogmatischen Ansätze – bei der Feststellung eines Vermögensschadens nicht unberücksichtigt bleiben. Sonst würde man die Gewinnsucht des Bieters¹⁶² um jeden Preis zu Lasten der Täterseite verschieben.¹⁶³ Dies würde wiederum zu einer Umfunktionierung des Betruges in ein bewusstes Selbstschädigungsdelikt führen. Dieses Ergebnis entspricht zwar dem Standpunkt der herrschenden Meinung, weil dem Verfügenden der vermögensschädigende Charakter seines Verhaltens nicht verborgen bleiben müsse.¹⁶⁴ Mit der zutreffenden Auffassung sind aber

¹⁵⁹ Dingler, Betrug bei Online-Auktionen, S. 129 ff.

¹⁶⁰ Vgl. § 6 Abs. 5 eBay-AGB.

¹⁶¹ Zur bewussten Selbstschädigung unter Berücksichtigung der Viktimodogmatik: Schönemann, in: Schneider, Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege, S. 407 (415 ff.).

¹⁶² Vgl. Gliederungspunkt Teil 1 D I.

¹⁶³ Diese Annahme setzt natürlich voraus, dass der Anbieter über die Eigenschaften der versteigerten Ware keine irreführenden Angaben macht. Wenn er aber nicht nur über die Preisentwicklung, sondern darüber hinaus auch über die Produkteigenschaften täuscht, erfolgt die Beurteilung der wirtschaftlichen Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung anhand des Marktpreises. Diese Vorgehensweise ist aber lediglich als ein Fall einer Nicht-Lieferung bzw. einer Lieferung einer minderwertigen Ware zu behandeln, siehe Gliederungspunkte Teil 2 A II und Teil 2 A III.

¹⁶⁴ Vgl. BGHSt 19, 37 (45) – *Betrug durch unwahre Erklärungen bei Zeichnung von VW-Aktien*; BGH NJW 1992, 2167 (2167) – *Missbrauch einer „Kreditkarte“ im Zwei-Partner-System*; BGH NJW 1995, 539 (539)

die Fälle der bewussten Selbstschädigung aus dem Schutzzweck des § 263 StGB auszunehmen. Denn bei bewusster Selbstschädigung bezieht sich die Schutzwirkung des § 263 StGB nicht mehr auf das Vermögen als wirtschaftlichen Wert, sondern nur noch auf die Dispositionsfreiheit.¹⁶⁵

Ein Schaden kann auch in den Fällen, in denen der Bieter mit voller Kenntnis den überhöhten Kaufpreis bezahlt, weil er die Neuware, die nicht überall gefunden werden kann, unbedingt haben möchte, auch durch die sog. Zweckverfehlungslehre¹⁶⁶ nicht begründet werden, selbst wenn man gegen die Übertragung dieser Lehre auf die synallagmatischen Beziehungen keine Einwände erheben würde.¹⁶⁷ Denn der durch die Bezahlung des überhöhten Kaufpreises verbundene Zweck, nämlich die Erlangung der ersteigerten Ware, wird erreicht. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass im Fall von Shill-Bidding die Angemessenheit oder Üblichkeit des verlangten Preises durch Scheingebote manipuliert wird. Zwar stellt die Manipulation der Preisentwicklung unzweifelhaft eine Täuschung dar. Das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens kann aber nicht nach dem Motto definiert werden: „Wo eine Täuschung ist, ist auch ein Schaden.“¹⁶⁸ Wie das BVerfG zutreffend festgestellt hat, unterliegen sämtliche objektive Tatbestandsmerkmale – das heißt die Merkmale der Täuschung, des Irrtums, der Vermögensverfügung und des Vermögensschadens – dem verfassungsrechtlichen Verschleifungsverbot.¹⁶⁹ Das besagt: Keines dieser Merkmale darf durch Auslegung der anderen Tatbestandsmerkmale seinen eigenständigen Gehalt verlieren.¹⁷⁰ Im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG ist es also erforderlich, eigenständige Feststellungen zum Vorliegen des Ver-

– *Betrügerische Mitgliederwerbung für gemeinnützige Organisation*; Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 144; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 194; *Rengier*, Strafrecht BT 1, § 13 Rdn. 148; *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 148; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 224; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rdn. 526; siehe auch *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 181-185a.

¹⁶⁵ *Arzt*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 20 Rdn. 111; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht BT 2, Rdn. 655; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rdn. 55; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, § 41 Rdn. 121; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 41, 101; *Rudolphi*, NSTZ 1995, 289 (290); siehe auch *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 723.

¹⁶⁶ Zwar vertritt die zutreffende Lehre die Auffassung, dass die Fälle bewusster Selbstschädigung aus dem Schutzzweck des § 263 StGB auszunehmen seien, jedoch gelangt sie dennoch in vielen Fällen über die Zweckverfehlungslehre (statt vieler: *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 102) zu einer Betrugsstrafbarkeit, vgl. *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 225.

¹⁶⁷ Vgl. BGH BeckRS 2014, 20657 (Rdn. 2, 44) – *Betrug bei der Immobilienvermittlung*; *Fischer*, StGB, § 263 Rdn. 138; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rdn. 56; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 105; *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 217; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 228; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rdn. 559; siehe auch *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 183a.

¹⁶⁸ Vgl. BGHSt 16, 220 (221) – *Zellwollhosen-Fall*: „Betrug ist kein bloßes Vergehen gegen die Wahrheit und das Vertrauen im Geschäftsverkehr, sondern eine Vermögensstraftat. Nicht die Täuschung an und für sich, sondern die vermögensschädigende Täuschung ist strafbar.“

¹⁶⁹ Vgl. (zu § 266 StGB) BVerfG NJW 2010, 3209 (Rdn. 79, 113, 149, 155) – *Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand*.

¹⁷⁰ *Piel*, NSTZ 2014, 399 (399); *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (256); zurückhaltend aber *Bittmann*, wistra 2013, 1 (2).

mögensschadens zu treffen, um so dieses Tatbestandsmerkmal von den übrigen Tatbestandsmerkmalen des § 263 Abs. 1 StGB sowie die Fälle des versuchten von denen des vollendeten Betruges hinreichend deutlich abzugrenzen.¹⁷¹

2. Objektiver Wert nicht feststellbar

Da gerade aber bei Online-Auktionen nicht nur Gegenstände, deren objektiv-wirtschaftlichen Wert feststellbar ist, sondern beispielsweise auch Antiquitäten, Kunstwerke oder gebrauchte Bücher, deren objektiv-wirtschaftlichen Wert *nicht* feststellbar ist, angeboten werden, kann die Schadensberechnung im Einzelfall noch schwieriger sein. Denn Ausgangspunkt der objektiv-individuellen Schadensberechnung bei synallagmatischen Geschäften ist eine Wertgleichheit der ausgetauschten Leistungen. Diese Methode der Schadensberechnung stößt notwendig dort auf Schwierigkeiten, wo ein Marktpreis nicht existiert und darüber hinaus der Prozess der Preisbildung manipuliert wird.

a) Parallele zum Submissionsbetrug

Die Schwierigkeiten bei der Feststellung eines Vermögensschadens bei nicht feststellbarem Marktpreis tauchen nicht nur bei Online-Auktionen auf. Diese Problematik ist dem Betrugsstrafrecht seit langem bekannt und wurde insbesondere im Rahmen des Submissionsbetruges heftig diskutiert.¹⁷² Hier geht es um die Fälle, in denen sich mehrere Interessenten im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung insgeheim zu einem Kartell zusammenschließen und vereinbaren, wer als „Herausgestellter“ den Auftrag zu welchem Preis (Nullpreis) bekommen und wer von ihnen nur höhere Scheinangebote abgeben soll.¹⁷³

Da in diesen Fällen ein Marktpreis fehlt, hat der BGH eine normative Methode der Schadensberechnung akzeptiert. Danach bemisst sich der Vermögensschaden des Veranstalters nach der Differenz zwischen der vertraglich vereinbarten Auftragssumme und dem Preis, der sich bei ordnungsgemäßer Durchführung des Ausschreibungsverfahrens, also ohne Kartellabsprache und ohne Täuschung des Auftragsgebers, gebildet hätte (hypothetischer Marktpreis). Mit anderen Worten: Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass es zur Bejahung eines Betrugsschadens genügen muss, wenn der hypothetische Wettbewerbspreis unter dem Nullpreis gelegen hätte.¹⁷⁴ Für die Feststellung sollen Indizien wie der Existenz der Absprache, statistische Untersuchungen, die untersagte Bekanntgabe der übrigen Angebo-

¹⁷¹ Vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (Rdn. 150) – *Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand*; (zu § 263 StGB) BGH wistra 2011, 387 (Rdn. 7) – *Prozessrisiko beim gutgläubigen Erwerb*.

¹⁷² Z.B.: Baumann, NJW 1992, 1661; Hefendehl, JuS 1993, 805; Satzger, JR 2002, 391; Walter, JZ 2002, 254.

¹⁷³ Satzger, JR 2002, 391 (391).

¹⁷⁴ BGHSt 38, 186 (190 ff.) – *Betrug bei der Vergabe von Bauleistungen*; BGHSt 47, 83 (88 f.) – *Ausschreibungsbetrug*; zustimmend Fischer, StGB, § 263 Rdn. 170; ablehnend Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 137a.

te, gezahlte Schmiergelder und Ausgleichbeträge an Mitbieter sowie Außenseiter ausreichen können.¹⁷⁵

Diese Erkenntnisse des BGH können unzweifelhaft auf die Fälle von Shill-Bidding übertragen werden. Die Parallelen sind offensichtlich.¹⁷⁶ Auch hier erfolgt der Preis nicht infolge eines freien Spiels von Angebot und Nachfrage, sondern er wird durch Manipulationen beeinflusst.¹⁷⁷ Überträgt man dementsprechend die vom BGH geprägte Methode der Schadensberechnung auf Online-Auktionen, ist der Bieter geschädigt, wenn er durch Shill-Bidding für die versteigerte Ware etwas mehr bezahlt als den hypothetischen Marktpreis, der sich bei funktionierendem Wettbewerb gebildet hätte.¹⁷⁸

Zu beachten ist aber, dass ein Vermögensschaden nur angenommen werden kann, wenn dieser *ermittelbare* Preisrahmen überschritten wird. Die viel wichtigere Frage ist aber, ob man bei Online-Auktionen von einem *ermittelbaren* Preis sprechen kann.

Das kann nur bei B2B-Auktionen der Fall sein, in denen der Teilnehmerkreis begrenzt ist und hinreichend empirische Grundlagen bestehen, welcher Preis den Wertvorstellungen der Anbieter einerseits und der Bieter andererseits durchaus angemessen erscheint. Da es aber bei B2C- bzw. C2C-Auktionen mit potenziell Millionen Teilnehmern an tauglichen empirischen Grundlagen fehlt, kann von einem hypothetischen Marktpreis kaum die Rede sein. Ein Vergleich mit den anderen Angeboten unter der gleichen Kategorie und mit ähnlicher Beschreibung ist zwar denkbar, würde aber im Ergebnis zu von Zufällen abhängigen Resultaten führen und stünde so mit der Bezifferungspflicht des Schadens nicht im Einklang. Denn die Wertschätzung einer Ware hängt von zahlreichen Faktoren ab, wie Zeitpunkt des Angebots, Art der Präsentation und Beschreibung, Auktionsdauer, Versandkosten, Bestehen oder Nicht-Bestehen eines Widerrufsrechts, Zahlungsmöglichkeiten etc. Die in der letzten Zeit insbesondere von der Rechtsprechung favorisierten „bilanz-

¹⁷⁵ BGHSt 38, 186 (194 f.) – *Betrug bei der Vergabe von Bauleistungen*; BGHSt 47, 83 (88 f.) – *Ausschreibungsbetrug*.

¹⁷⁶ Vgl. (zu herkömmlichen Auktionen) *Geerds*, Jura 1994, 309 (314); (zu Online-Auktionen) *Dingler*, *Betrug bei Online-Auktionen*, S. 134 f.; *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner*, *Gesamtes Strafrecht*, StGB, § 263 Rdn. 62; *Popp*, JuS 2005, 689 (692).

¹⁷⁷ Der Unterschied, dass die Beteiligten in keinem Wettbewerb zueinander stehen, während dies bei den Mitgliedern von Submissionkartellen trotz der Absprache der Fall ist, verbietet diese Übertragung nicht, sondern erleichtert sie sogar. So erübrigt sich etwa die Diskussion, ob und inwieweit die „Indizienlösung“ des BGH zum Nachweis eines Vermögensschadens zutreffend ist oder ob und inwieweit die BGH-Rechtsprechung im Lichte der BVerfG-Rechtsprechung Bestand haben kann, siehe hierzu *Rönnau*, in: *FS-Rissing-van Saan*, S. 517 (524 f., 529 ff., 540 f.) einerseits und *Saliger*, ZIS 2011, 902 (917) andererseits.

¹⁷⁸ So auch *Hefendehl*, in: *MüKo-StGB*, § 263 Rdn. 505; *Janssen*, in: *Achenbach/Ransiek*, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht* (3. Auflage), 5. Teil Kap. 1 Rdn. 227; anders aber *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rdn. 38: „Eine individualisierte oder hypothetische Betrachtung darf aber nicht dazu führen, dass allein die Missachtung der Regeln eines Preisbildungsverfahrens zur Annahme eines Vermögensschadens ausreicht.“

rechtakzessorischen“ Aspekte¹⁷⁹ bei der Feststellung eines Gefährdungsschadens können also nicht auf eine Online-Auktion übertragen werden, wenn diese sich nicht an bestimmte Teilnehmer richtet.

b) Berücksichtigung der Exspektanzen bei der Schadensermittlung

Bei B2C- bzw. C2C-Auktionen kann also von einem hypothetischen Marktpreis nur ausnahmsweise die Rede sein. Es stellt sich aber die Frage, ob ein Vermögensschaden zu bejahen wäre, weil durch Manipulation der Preisentwicklung dem Bieter die Chance entzogen wird, ein günstigeres Geschäft abzuschließen. Hinter dieser Frage steht die allgemein anerkannte These, dass auch Exspektanzen ein Vermögenswert sind und ihre Zerstörung deswegen als Vermögensschaden anzusehen ist.¹⁸⁰ Den Standpunkt der herrschenden Meinung hat der BGH in GA 1978, 332 (333) folgendermaßen zusammengefasst: Die durch Täuschung bewirkte bloße Vereitelung einer erstrebten Vermögensvermehrung stelle grundsätzlich keine betrügerische Vermögensbeschädigung dar. § 263 Abs. 1 StGB komme allenfalls dann noch in Betracht, wenn eine reale Gewinnaussicht vereitelt werde, weil eine solche Erwartung bereits dem Vermögensbestandteil zugerechnet werden könne, nicht aber, wenn sich nur eine wirtschaftlich nicht fassbare Hoffnung auf Vermögenszuwachs zerschlage.¹⁸¹

Die Antwort auf die Frage hängt also entscheidend davon ab, ob die Hoffnung des Bieters im Rahmen eines Auktionsvorgangs in Richtung eines günstigeren Geschäfts eine hinreichende Konkretisierung erlangt hat.

Dies ist sicherlich nicht der Fall. Von einer Vereitelung der realen Gewinnaussicht kann nur die Rede sein, wenn der Eintritt der Chance nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und den besonderen Umständen mit ausreichender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann und ihr von daher die Verkehrsauffassung bereits jetzt wirtschaftlichen Wert bei-

¹⁷⁹ Siehe nur BGHSt 53, 199 (Rdn. 13) – *Vermögensschaden bei betrügerisch veranlasstem Risikogeschäft*; kritisch aber Becker, HRRS 2009, 334 (337 ff.); Ransiek/Reichling, ZIS 2009, 315 (317).

¹⁸⁰ Siehe nur Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 72 f.; Rönna, in: FS-Kohlmann, S. 239 (253 ff.); Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 147. Die von Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, S. 46 f. vertretene Auffassung, wonach die Einbeziehung des Exspektanz in den Vermögensbegriff ganz abzulehnen sei, weil man nur die effektive Vermögensminderung, nicht aber auch den entgangenen Gewinn als Schaden bewerten dürfte, überzeugt nicht, weil bei der maßgebenden wirtschaftlichen Betrachtung auch derjenige ärmer wird, der eine solche Exspektanz verliert, ebenso Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 135.

¹⁸¹ In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall waren den Besuchern von Werbeveranstaltungen für den Fall der Anwerbung neuer Kunden ganz außergewöhnliche Verdienstmöglichkeiten in Aussicht gestellt worden, obgleich solche Möglichkeiten für die überwiegende Mehrheit der Interessenten in Wirklichkeit nicht gegeben waren. Der BGH hat in diesem Fall zwar einen Verstoß gegen § 263 StGB verneint, aber eine Strafbarkeit gemäß § 4 UWG a.F. (heute: § 16 Abs. 1 UWG) angenommen, BGH GA 1978, 332 (333) – *Mut zum Erfolg*, MZE“.

misst.¹⁸² Die Situation bei Online-Auktionen ist aber gerade umgekehrt. Sie können zwar nicht als strafbares Glücksspiel gemäß § 284 StGB bewertet werden,¹⁸³ jedoch liegt der Reiz derartiger Systeme für viele potentielle Bieter aber gerade in der bis Ende der Auktion bestehenden Ungewissheit, endgültig Käufer zu werden.¹⁸⁴ Es ist deshalb jedem Bieter bekannt, dass die heiße Phase einer Auktion, insbesondere bei attraktiven Angeboten, erst in den letzten Minuten vor Zeitablauf beginnt.¹⁸⁵ Das entspricht der Natur der Online-Auktionen, weil viele Bieter davon ausgehen, im Netz günstigere Preise geboten zu bekommen als im Offline-Bereich. Schnäppchenjagd beginnt also kurz vor Auktionsende. Nur in diesem Zeitraum steht fest, ob es sich lohnt, ein höheres Gebot abzugeben. Jeder Bieter muss deshalb damit rechnen, dass sein Gebot doch noch überboten wird, obwohl er nach der sog. „*Endowment effect Theorie*“ im Verlauf einer Auktion eine Art psychologisches Eigentumsverhältnis zu dem versteigerten Artikel aufbaut, insbesondere dann, wenn er über einen gewissen Zeitraum der Höchstbietende war.¹⁸⁶ Dieses Gefühl reicht aber für die Annahme eines Vermögensschadens natürlich nicht aus. Aus diesen Gründen bleibt die Hoffnung des Bieters, dass sein Gebot nicht überboten wird, eine bloße Hoffnung, die sich nicht zu einem Vermögenswert verdichtet.

c) Konstruktion einer Vermögensgefährdung

Ebenso falsch wäre die Annahme eines Betrugsschadens über die Konstruktion der konkreten Vermögensgefährdung. Zwar nehmen *Baumann* und *Arzt* im Rahmen des Submissionsbetruges eine konkrete Vermögensgefährdung des Veranstalters der Ausschreibung an. Sinn der Ausschreibung sei der freie Wettbewerb und damit ein günstiges Gebot. Wer diesen freien Wettbewerb ausschalte, handle in Kenntnis der naheliegenden Möglichkeit, dass bei realer Ausschreibung ein günstigeres Angebot abgegeben werden könne. Eine schadensgleiche Gefährdung seines Vermögens liege in der Ausschaltung des freien Wettbewerbs.¹⁸⁷ Diese Überlegungen wurden später sinngemäß auch auf Auktionen übertragen: „Für den Bieter, welcher den Zuschlag erhält, nachdem er ein Scheingebot überboten hat, tritt zumindest eine Vermögensgefährdung ein, da die Gefahr besteht, dass der von ihm bezahlte Betrag über dem nachhaltig erzielbaren Preis des Kunstwerks liegt, und dass er deshalb das Kunstwerk bei einem etwaigen Wiederverkauf nur zu einem geringe-

¹⁸² Vgl. BGHSt 17, 147 (148) – *Betrug durch Täuschung einer Vergabestelle*; BGHSt 19, 37 (42 f.) – *Betrug durch unwahre Erklärungen bei Zeichnung von VW-Aktien*.

¹⁸³ Es fehlt schon an der Zufallsabhängigkeit des Ereignisses, *Rotsch/Heissler*, ZIS 2010, 403 (407 ff.). Das gilt sogar auch für Online-Auktionen mit kostenpflichtigen Gebotsrechten, vgl. *Fritzsche/Frahm*, WRP 2008, 22 (36 f.).

¹⁸⁴ *Popp*, JuS 2005, 689 (691).

¹⁸⁵ Siehe nur *Berz*, Spieltheoretische Verhandlungs- und Auktionsstrategien, S. 77.

¹⁸⁶ Vgl. *Lindenberg*, Internetauktionen im Gewerbe- und Lauterkeitsrecht, S. 52 ff., siehe auch Gliederungspunkt Teil 1 D I.

¹⁸⁷ *Baumann/Arzt*, ZHR 134 (1970), 24 (51).

ren Preis wieder absetzen könnte. Eine derartige Vermögensgefährdung ist einem Vermögensschaden gleichzusetzen.“¹⁸⁸

Zutreffend lehnt *Hefendehl* eine konkrete Vermögensgefährdung aber ab. Nach dem vorstehend zur Exspektanz Ausgeführten werde sogleich deutlich, dass es überhaupt nicht um eine sog. konkrete Vermögensgefährdung im Sinne einer zeitlich vorgelagerten Gefahr des Eintritts eines effektiven Substanzverlustes gehen könne. Seien die Voraussetzungen einer vermögenswerten Exspektanz gegeben, führe deren Vereitelung nicht „nur“ zu einer Vermögensgefährdung, sondern zu einem effektiven Substanzverlust, und zwar durch die Zerstörung eben dieser als Vermögenswert anzusehenden Exspektanz. Nähme man hingegen eine Vermögensgefährdung der ausschreibenden Stelle ohne eine entsprechende Exspektanz an, würde man die bloße diffuse Gefahr eines ungünstigen Vertragsabschlusses bereits für schadensrelevant erklären und den Charakter des Betruges als ein Verletzungsdelikt missachten.¹⁸⁹ Die Kritik von *Hefendehl* gilt uneingeschränkt auch bei Fällen des Shill-Bidding.

3. Zwischenfazit

Es bleibt damit festzuhalten, dass in den meisten Fällen von Shill-Bidding § 263 Abs. 1 StGB ausscheidet. Die Unanwendbarkeit des § 263 Abs. 1 StGB bedeutet aber nicht, dass der Bieter gegen unseriöse Geschäftspraktiken dieser Art völlig schutzlos sein soll. In diesem Zusammenhang soll BGH GA 1978, 332 (333) von Bedeutung sein. Mit der Annahme der Strafbarkeit gemäß § 16 Abs. 1 UWG hat das Gericht klargestellt, dass die im Wettbewerbsrecht relevanten Verhaltensweisen aus dem Bereich der Exspektanzen und damit aus dem Bereich des Vermögensschadens zu eliminieren sind. Die Existenz des § 16 Abs. 1 UWG macht also die „betrugsstrafrechtlichen Freiräume“ klein.

V. Feedback-Manipulation (Bewertungsmanipulation)

Bisher wurden die Fallgruppen untersucht, in denen der Bieter entweder über die Eigenschaften des angebotenen Gegenstandes oder die ordnungsgemäße Durchführung der Auktion getäuscht wird. Es ist aber nicht undenkbar, dass der Bieter über die Eigenschaften des Anbieters getäuscht wird. Denn im heutigen Wirtschaftssystem erweckt ein Unternehmer den Eindruck besonderer Leistungsfähigkeit, wenn er im Rahmen seines Marktauftritts mit der Behauptung wirbt, dass er über besondere Qualifikationen verfügt. Der Glaube an eine besondere Leistungsfähigkeit ist unzweifelhaft für den angesproche-

¹⁸⁸ *Locher/Blind*, NJW 1971, 2290 (2291).

¹⁸⁹ *Hefendehl*, JuS 1993, 805 (812).

nen Verkehr von Bedeutung. Hier ist die Fremdbeurteilung der Fähigkeiten wichtiges Kriterium, um Vertrauen zu bilden und eine Orientierung zu verschaffen.¹⁹⁰

Aus diesem Grund ermöglicht z.B. eBay seinen Mitgliedern, sich nach der Durchführung einer Transaktion gegenseitig (positiv, neutral, negativ) zu bewerten (sog. Feedback- oder Bewertungssystem). Außerdem gibt es die Möglichkeit, dass Mitglieder von anderen Mitgliedern veröffentlichte Inhalte danach bewerten, ob sie hilfreich, relevant oder nützlich sind.¹⁹¹ Durch diese Bewertungen hat der Bieter die Möglichkeit, der weitgehenden Anonymität des Vertragspartners entgegenzuwirken und zu beurteilen, wie sich sein Vertragspartner in der Vergangenheit verhalten hat. Da der Bieter dazu neigt, einen Anbieter als Vertragspartner zu bevorzugen, der in der Vergangenheit positiv bewertet wurde, etwa hinsichtlich der Pünktlichkeit der Lieferung, der Art des Versandes und der Verpackung, oder der Bereitschaft zur Nacherfüllung, kommt dem gegenseitigen Bewertungssystem eine weitere Funktion zu. Ein positives Bewertungsprofil stellt einen erheblichen wirtschaftlichen Wert dar.¹⁹²

Eine Ausnutzung des Bewertungssystems beginnt allerdings genau hier. Zwei Fallgruppen sind denkbar:¹⁹³ Zunächst ist es denkbar, dass eine Bewertung nur mit dem Ziel abgegeben wird, um das Bewertungsprofil eines anderen Mitglieds zu verschlechtern. Es ist aber auch denkbar, dass die Bewertung nur mit dem Ziel abgegeben wird, um das eigene oder ein fremdes Bewertungsprofil durch einen Fake-Account oder durch das Mitgliedskonto eines anderen Nutzers künstlich aufzuwerten. Im Folgenden ist lediglich die zweite Konstellation zu untersuchen.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Vgl. *Peifer*, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 374.

¹⁹¹ <http://pages.ebay.de/help/feedback/allaboutfeedback.html>.

¹⁹² *Heckmann*, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.3 Rdn. 32; siehe auch *Zielasko*, Rechtliche Einordnung des eBay-Bewertungssystems, S. 42 f.

¹⁹³ Die dritte Art der Feedback-Manipulation ist Verkauf von Pfennigartikeln. Ein klassischer Fall dieser Art der Manipulation sieht etwa so aus: Der Anbieter versteigerte zunächst über längere Zeit geringwertige Artikel, wobei die Auslieferung stets zur vollen Zufriedenheit der Ersteigerer erfolgte. Das positive Bewertungsprofil nutze der Anbieter später dazu, hochpreisige Artikel zu versteigern, zu deren Versand es aber nicht kommt. Diese Art der Manipulation kann aber im Folgenden außer Acht bleiben, weil die Tatsachen, die mit dem Auftreten des Anbieters mit diesem Bewertungsprofil bei Auktionsvorgängen kommunikativ transportiert werden, uneingeschränkt wahr und damit nicht täuschungstauglich sind. Auch eine konkludente Täuschung kommt nicht in Betracht, denn das Auftreten unter einem bestimmten Bewertungsprofil enthält keinen dahingehenden Erklärungsgehalt, dass dieses nicht durch Verkauf von Pfennigartikeln erworben wurde, weil das zulässig, durchaus üblich und verbreitet ist, zutreffend *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 104 f.

¹⁹⁴ Denn es ist offensichtlich, dass die erste Fallgruppe im Rahmen des Betrugsstrafrechts keine Relevanz haben kann. Es ist unbestritten, dass die Verhaltensweisen, selbst wenn sie mit einer Täuschungshandlung verbunden sind, kein Betrug sind, solange sie noch keinen Vermögenswert darstellen können. Wird beispielsweise der Wahrheit zuwider behauptet, eine chemische Substanz sei lebensgefährlich, so liegt § 263 StGB auch dann nicht vor, wenn dadurch beabsichtigt und erreicht wird, dass der Umsatz des einen Herstellers gesteigert, der eines anderen vermindert wird, *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 87a. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass diese Fallgruppe in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Die zivilrechtliche Rechtsprechung hat sich in mehreren Entscheidungen mit der Frage auseinandergesetzt, unter

Die ersten drei Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB sind *zunächst*¹⁹⁵ als erfüllt anzusehen. Der Bieter wird über die Zuverlässigkeit seines Vertragspartners, durch die schlüssig erklärte Tatsache, dass die Bewertungen nicht von ihm selbst oder von einem Dritten stammen, getäuscht.¹⁹⁶ Auch ein Irrtum i.S.d. § 263 StGB ist zu bejahen. Denn durch die Täuschung hat der Bieter einen falschen Eindruck über die Zuverlässigkeit seines Vertragspartners in der Vergangenheit.¹⁹⁷ Mit der Abgabe eines Gebotes ist auch die Vermögensverfügung anzunehmen. Fraglich ist aber, ob durch die künstliche Aufwertung des Profils ein Betrugsschaden zu Lasten des Bieters entstehen kann.

Von einem Schaden im Wege des Prinzips der Gesamtsaldierung kann keine Rede sein, wenn sich kein Unterschied zwischen dem Gesamtwert des Vermögens vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung ergibt, weil die wirtschaftliche Vergangenheit des Anbieters oder die Enttäuschung des Bieters, dass er den Vertrag mit etwas weniger seriösen Vertragspartner schließt als er gedacht hatte, in die Gesamtsaldierung nicht einzubeziehen sind. Unklar bleibt aber die Frage, ob ein Eingehungsbetrug in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung vorliegt. Denn es ist unbestritten, dass der Abschluss eines unter Vorspiegelung von Leistungsfähigkeit bzw. Leistungswilligkeit erschlichenen Kaufvertrages im Einzelfall einen Gefährdungsschaden begründen kann.¹⁹⁸

An dieser Stelle muss man aber ganz vorsichtig sein: Würde man jede Gefährdung des Vermögens für die Annahme eines Vermögensschadens genügen lassen, würden der Schadenseintritt und damit der Vollendungszeitpunkt derart weit nach vorne verlagert, dass für die Versuchsstrafbarkeit kein Raum bleiben würde. Dies könnte im Endeffekt auf eine unzulässige Vorverlagerung der Vollendungsstrafbarkeit hinauslaufen. Problematisch erscheint diesbezüglich nicht nur die objektive Grenzziehung zwischen einem Ge-

welchen Voraussetzungen sich der Anbieter gegenüber negativen Kommentaren juristisch zur Wehr setzen kann, hierzu *Petershagen*, NJW 2008, 953. Aus strafrechtlicher Sicht können negative Bewertungen eine Beleidigung i.S.d. §§ 185 ff. StGB sein.

¹⁹⁵ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (c) (bb).

¹⁹⁶ Vgl. § 7 Abs. 3 eBay-AGB, siehe auch Fn. 157.

¹⁹⁷ Ein Irrtum i.S.d. § 263 StGB kann – nicht zu verwechseln mit dem Problem der (un)bewussten Selbstschädigung – nicht etwa deshalb abgelehnt werden, weil sich der Bieter überhaupt keine Gedanken über die Richtigkeit der Bewertungen gemacht hat (sog. *ignorantia facti*). Das gänzliche Fehlen einer Vorstellung, also die Unkenntnis relevanter Tatsachen, begründet für sich allein nach herrschender Meinung zwar keinen Irrtum (statt vieler *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rdn. 18; *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 78). Die herrschende Meinung hält aber einen unreflektierten Bewusstseinsinhalt oder eine nur lückenhafte Vorstellung (z.B. „alles in Ordnung“) für genügend (eingehend *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 79). Für einen Irrtum ist es also ausreichend, wenn der Bieter davon ausgeht bzw. ausgehen darf, dass die Bewertungen den durch die § 7 Abs. 3 eBay-AGB festgelegten Auktionsregeln entsprechen, vgl. auch Fn. 157.

¹⁹⁸ Statt vieler siehe nur *Walter*, in: FS-Herzberg, S. 763 (767): „Man hat dann beim Eingehungsbetrug unter dem Gesichtspunkt eines Vermögensausgleichs für die gegenseitigen Ansprüche Marktwerte zu ermitteln und zu vergleichen. Dabei spielen zwei Größen ihre Rolle, und zwar der Nennwert und die Bonität. Der Nennwert sagt, was rechtlich geschuldet ist: eine bestimmte Ware mittlerer Art und Güte, eine bestimmte Geldsumme. Die Bonität sagt, wie ‚gut‘ die Forderung ist, das heißt welche Leistung tatsächlich zu erwarten steht. Das kann von zweierlei abhängen, der Leistungsfähigkeit und der Leistungswilligkeit des Schuldners.“

fährdungsschaden und einer Gefährdung, die noch nicht genügt, um einen Schaden darstellen zu können.¹⁹⁹ Darüber hinaus kommt die Gefahr als logische Konsequenz der unzulässigen Ausdehnung des Vollendungszeitpunkts, dass man dem Täter nach Abschluss des Vertrages aufgrund der Tatvollendung die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts nach § 24 StGB verwehrt, weil ein Rücktritt von einem vollendeten Delikt grundsätzlich nicht mehr möglich ist.²⁰⁰ Aus diesem Grund soll den Vorgaben des BVerfG, wonach Verlustwahrscheinlichkeiten nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen dürfen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss bleibt, sondern überwiegend wahrscheinlich sein sollen,²⁰¹ noch mehr Aufmerksamkeit verliehen werden. Die Anerkennung der Vermögensgefährdung ist zwar nicht zu beanstanden, sie soll aber restriktiv gehandhabt werden, insbesondere dann, wenn die bloße Vertrauenserschleichung – wie im Fall der Feedback-Manipulation – zur Frage führt, ob sie die Schwelle des § 22 StGB – „es geht los“ – überhaupt überschreitet.²⁰² Die Annahme einer Vermögensgefährdung „nur“ mit der Begründung, dass der Anbieter sein Bewertungsprofil manipuliert und dadurch den Bieter über seine Vergangenheit getäuscht habe, scheint daher kriminalpolitisch nicht überzeugend.²⁰³ Immerhin ist es immer möglich, dass der Anbieter den gegenwärtig abgeschlossenen Vertrag erfüllen will bzw. kann.²⁰⁴ Wenn dies der Fall ist, soll dem Anbieter die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts nach § 24 StGB nicht ausgeschlossen sein, um nicht zu einem Zeitpunkt wegen vollendeten Betruges bestraft zu werden, in dem er zivilrechtlich unter Umständen noch gar nicht zur Leistung verpflichtet ist.

VI. Schadenskompensation durch Gegenrechte des Bieters

Es besteht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass bei der Gesamtsaldierung alle vermögenswerten Zuflüsse, die dem Verbraucher unmittelbar aufgrund des Austauschgeschäfts kraft Gesetzes oder infolge vertraglicher Vereinbarung erwachsen, berücksichtigt werden müssen.²⁰⁵ Hierbei stellt sich die Frage, inwieweit etwaige Gegenrechte des Getäuschten zu einem Wertzuwachs führen, der seinen täuschungsbedingten Vermögensverlust voll-

¹⁹⁹ Zutreffend *Lenckner*, JZ 1971, 320 (321).

²⁰⁰ So die berechnete Kritik von *Amelung*, NJW 1975, 624 (625); *Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, S. 179; *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, S. 63 f.

²⁰¹ BVerfG NJW 2012, 907 (Rdn. 176) – *Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungen*.

²⁰² Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (c) (bb).

²⁰³ Diese Annahme setzt natürlich voraus, dass der Anbieter über die Eigenschaften der versteigerten Ware keine irreführenden Angaben macht. Wenn er aber nicht nur über die eigenen Eigenschaften, sondern darüber hinaus auch über die Produkteigenschaften täuscht, erfolgt die Beurteilung der wirtschaftlichen Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung anhand des Marktpreises. Diese Vorgehensweise ist aber lediglich als ein Fall einer Nicht-Lieferung bzw. einer Lieferung einer minderwertigen Ware zu behandeln, siehe Gliederungspunkte Teil 2 A II und Teil 2 A III.

²⁰⁴ Zutreffend *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 107 f.

²⁰⁵ Siehe nur *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rdn. 548.

ständig ausgleicht und somit die Entstehung eines Vermögensschadens verhindert.²⁰⁶ Im Rahmen dieser Arbeit ist insbesondere das Widerrufsrecht des Bieters bei einer B2C-Auktion von enormer Bedeutung (§§ 312g Abs. 1, 355 BGB).

1. Widerrufsrecht bei Online-Auktionen

Die Frage, inwieweit etwaige Gegenrechte des Getäuschten zu einem Wertzuwachs führen, stellt sich allerdings nur dann, wenn dem Bieter überhaupt ein solches Recht zusteht. Denn die Ausnahmegvorschrift des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 BGB regelt den grundsätzlichen Ausschluss des Widerrufsrechts bei allen Fernabsatzverträgen, die in Form von Versteigerungen (§ 156 BGB) geschlossen werden.

In der Vergangenheit wurde daher heftig diskutiert, ob das Widerrufsrecht auch bei Online-Auktionen aufgrund der Ausnahmeregelung ausgeschlossen ist. Einem Teil der Literatur nach, wonach Online-Auktionen unter den Versteigerungsbegriff des § 156 BGB zu erfassen seien, weil der Vertragsabschluss infolge des Zeitablaufs der Endgültigkeit eines Zuschlages durch den Versteigerer gleichstehe, sollte ein Widerrufsrecht konsequenterweise abgelehnt werden.²⁰⁷ Zum Teil wurde hingegen vertreten, dass die Vorschrift des § 156 BGB bei Online-Auktionen keine Anwendung findet. Nach dieser Ansicht solle der Vertragsabschluss nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB erfolgen, so dass der Ausnahmetatbestand des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 BGB nicht greifen kann und das Widerrufsrecht nicht ausgeschlossen ist.²⁰⁸

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesen Ansichten kann hier unterstellt werden, weil der BGH die umstrittene Frage dahingehend beantwortet, dass der Ausnahmetatbestand für Online-Auktionen nach dem Muster von eBay nicht greift. Der BGH legte § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 BGB (§ 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB a.F.) zunächst nach seinem Wortlaut aus und prüfte entsprechend, ob die in einer eBay-Auktion geschlossenen Verträge in Form einer Versteigerung i.S.d. § 156 BGB geschlossen werden. Dies verneinte der BGH, da § 156 BGB den Vertragsabschluss zwar durch Gebot, aber eben auch durch Zuschlag regelt, der im Falle einer eBay-Auktion fehlt.²⁰⁹ Daran anknüpfend hat sich der BGH mit der Frage beschäftigt, ob § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 BGB in einem weiteren oder engeren Sinne zu verstehen ist. Dabei stellte der BGH vor allem auf die Gesetzgebungsgeschichte sowie den Gesetzeszweck ab. Nach der Auffassung des BGH folge deutlich, dass der historische Gesetzgeber die Ausnahme vom Widerrufsrecht nur Versteige-

²⁰⁶ Zur umgekehrten Konstellation siehe *Rettenmaier/Kopf*, JR 2007, 226 (230): „Gefahr mißbräuchlicher Ausübung des Widerrufsrechts“.

²⁰⁷ Z.B. *Lettl*, JuS 2002, 219 (222).

²⁰⁸ Z.B. *Kaestner/Tews*, WRP 2004, 509 (510 ff.); *Trinks*, MMR 2004, 500 (501 f.); *Wenzel*, NJW 2002, 1550 (1550 f.).

²⁰⁹ BGH NJW 2005, 53 (53 f.) – *Vertragsabschluss bei eBay*.

rungen im technischen Sinne vorbehalten wollte. Nach Auffassung des BGH spreche ferner der Schutzzweck des Widerrufsrechts für eine enge Auslegung des § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 BGB, denn der Verbraucher, der über eBay erwerbe, können die Ware genauso wenig prüfen wie bei anderen Vertriebsformen des Fernabsatzes.²¹⁰ Daher stehe dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu.²¹¹

2. Abgrenzung der betrugsstrafrechtlich relevanten Fallgruppen von den ausschließlich wettbewerbs(straf)rechtlich relevanten Fallgruppen

Es ist nun zu untersuchen, wie sich das Widerrufsrecht des Bieters auf den Vermögensschaden auswirkt. Um Verwirrungen zu vermeiden, soll aber zunächst klargestellt werden, welche Fallgruppen zu untersuchen sind, da die vorliegende Arbeit sich auch mit wettbewerbs(straf)rechtlichen Fragen beschäftigt.

Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu, sind vier Fallgruppen denkbar:

1. Der Anbieter macht über das von ihm versteigerte Produkt *keine* irreführende Angabe. Er belehrt darüber hinaus den Bieter über sein Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 EGBGB *ordnungsgemäß*: Es ist offensichtlich, dass diese Fallgruppe weder betrugsstrafrechtlich noch wettbewerbsrechtlich relevant ist.
2. Der Anbieter macht über das von ihm versteigerte Produkt *keine* irreführende Angabe. Er belehrt aber den Bieter über sein Widerrufsrecht entgegen der gesetzlichen Vorschriften *nicht ordnungsgemäß*: Das Täuschen über die Rechtslage stellt kein schadensrelevantes Verhalten dar. Selbst wenn man zutreffend die Auffassung vertritt, dass „auch“ Rechtssätze Tatsachen i.S.d. § 263 StGB sein können,²¹² ändert sich das Ergebnis nicht. Denn in den Fällen, in denen der Anbieter „nur“ über das Bestehen eines Widerrufsrechts hinwegtäuscht, wird es regelmäßig an einer kausalen Vermögensverfügung in Form eines Vertragsabschlusses fehlen. Man kann nicht davon ausgehen, dass die fehlerhafte Bele-

²¹⁰ BGH NJW 2005, 53 (54 ff.) – *Vertragsabschluss bei eBay*. Die Ausführungen des BGH zum Vertragsabschluss sind im Schrifttum sowohl auf Zustimmung (vgl. *Hoeren/Müller*, NJW 2005, 948, 949; *Staudinger/Schmidt-Bendun*, BB 2005, 732, 733 f.; *Stern*, CR 2005, 57, 59; *Wimmer-Leonhardt*, JR 2005, 353, 358) als auch auf Ablehnung gestoßen, wobei die Kritik vor allem mit einer unzutreffenden Beurteilung des historischen Gesetzgeberwillens als auch von Sinn und Zweck der § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 BGB durch den BGH begründet wird (vgl. *Aunert-Micus*, JA 2005, 741, 743 f.; *Bernhard*, ZGS 2005, 226, 227 ff., *Borges*, DB 2005, 319, 320 ff.; *Leible/Wildemann*, K&R 2005, 26, 29; *Obergfell*, MMR 2005, 495, 497 ff.; *Wiebe*, CR 2005, 56, 56 f.).

²¹¹ Zu beachten ist aber, dass die Entscheidung nur für eBay-Auktionen bzw. für alle Langzeit-Auktionen sowie für Aufwärtsauktionen gilt, nicht aber für Echtzeit-Auktionen, *Heckmann*, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.3 Rdn. 65, sowie für Abwärtsauktionen, *Schulze*, Internetauktionen aus vertragsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, S. 88 f. Kommt es bei einer Online-Auktion im B2C-Bereich zu einem sofortigen Vertragsabschluss mittels einer Sofortkauf-Option, ist die Diskussion über das Bestehen eines Widerrufsrechts überflüssig, weil es sich nicht mehr um einen Vertragsabschluss im Wege einer Versteigerung handelt, *Heckmann*, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.3 Rdn. 54.

²¹² Siehe hierzu ausführlich Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) bb).

zung eines Widerrufsrechts für eine Vermögensverfügung mitbestimmend war. In diesen Fallgruppen ist daher lediglich ein versuchter Betrug anzunehmen.²¹³ Diese Fallgruppe sollte deshalb grundsätzlich zum Wettbewerbsrecht gehören (§§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7, 5a Abs. 3 Nr. 5 UWG).²¹⁴

3. Der Anbieter macht über das von ihm versteigerte Produkt eine *irreführende* Angabe. Er belehrt darüber hinaus den Bieter über sein Widerrufsrecht entgegen der gesetzlichen Vorschriften *nicht ordnungsgemäß*: Diese Fallgruppe, in denen der Anbieter nicht nur über eine für den Vertragsschluss relevante Tatsache täuscht, sondern darüber hinaus gerade das Bestehen eines Widerrufsrechts leugnet, gehört unzweifelhaft zu beiden Rechtsgebieten (§§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 5a Abs. 1, 5a Abs. 3 Nr. 1, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7, 5a Abs. 3 Nr. 5 UWG). Die betrugsstrafrechtliche Behandlung dieser Fallgruppen ist allerdings uninteressant, weil es kein Gegenrecht gibt, das in die Gesamtsaldierung einbezogen werden kann. Es sind lediglich Leistung und Gegenleistung vor und nach der Vermögensverfügung zu vergleichen.²¹⁵

4. Der Anbieter macht eine über das von ihm versteigerte Produkt *irreführende* Angabe. Er belehrt aber den Bieter über sein Widerrufsrecht *ordnungsgemäß*: Auch diese Fallgruppe gehört unzweifelhaft zu beiden Rechtsgebieten (§§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 5a Abs. 1, 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG). Auch die betrugsstrafrechtliche Behandlung dieser Fallgruppen ist interessant, weil es ein Gegenrecht des Bieters gibt, das in die Gesamtsaldierung einbezogen werden kann. Im Folgenden wird daher lediglich diese Fallgruppe untersucht.

3. Auswirkungen des Widerrufsrechts auf den Schadenseintritt

Nach dieser Abgrenzung kann man sich mit der Frage der Auswirkungen des Widerrufsrechts auf den Vermögensschaden beschäftigen.

a) Die Bedeutung des Widerrufsrechts für das Schadensmerkmal bei erfüllten Verträgen

Die Annahme eines Vermögensschadens trotz des Bestehens eines Widerrufsrechts ist wenig problematisch in den Fällen, in denen die vertraglich geschuldeten Leistungen bereits ausgetauscht waren. Denn bei der Chance des Bieters, von dem Anbieter die eigene Leistung zurückholen zu können, vermutet man vielmehr nur eine Schadenswiedergutm-

²¹³ Denn für die Annahme eines versuchten Betruges reicht die Vornahme einer Täuschungshandlung aus.

²¹⁴ Siehe hierzu ausführlich Gliederungspunkte Teil 2 C II 5 g) aa) und dd).

²¹⁵ Diese Vorgehensweise ist daher lediglich als ein Fall einer Nicht-Lieferung bzw. einer Lieferung einer minderwertigen Ware zu behandeln, siehe Gliederungspunkte Teil 2 A II und Teil 2 A III.

chung, welche nach h.L. nicht kompensationsfähig ist, weil das Risiko wieder in ungleicher Weise beim übertölpelten Bietern liegt.²¹⁶

Zum selben Ergebnis kam auch der BGH in der sog. „*Wundermittel*“-Entscheidung, obwohl er darauf hingewiesen hat, dass die Frage, welchen Einfluss ein Rücktrittsrecht²¹⁷ auf die Entstehung eines Vermögensschadens beim Betrug hat, nicht generell beantwortet werden könne.²¹⁸ In der Begründung greift der BGH allerdings auf die Unsicherheitsmomente zurück, mit denen auch ein Eingehungsbetrug begründet werden kann. Durch die Unsicherheit der Betroffenen, ob das Rücktrittsrecht überhaupt ausgeübt werden könne, die durch die Geschäftungewandtheit und Unerfahrenheit des angesprochenen Personenkreises verstärkt werde, sei die Ausübung des Rücktrittsrechts faktisch erheblich erschwert.²¹⁹

Der Entscheidung kann im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung gefolgt werden. Abgesehen davon, ob die Geschäftungewandtheit und die Unerfahrenheit überhaupt in die wirtschaftliche Gesamtsaldierung einbezogen werden können, hat der BGH die Begründung des Vermögensschadens unnötig erschwert, da er die Grundsätze zur Bedeutung eines vertraglichen Rücktrittsrechts beim Eingehungsbetruges heranzieht,²²⁰ obwohl es sich hier um einen Erfüllungsbetrug handelt.²²¹ Da es nicht bei der Belastung des Vermögens mit einer Verbindlichkeit geblieben ist, sondern diese Verpflichtung durch die Zahlung des Kaufpreises bei Lieferung erfüllt wurde, sollte der BGH einen Vermögensschaden schon deshalb annehmen, weil die Geschädigten weniger erhalten haben, als ihr Anspruch wert war.²²²

Dies erkannte der BGH auch selbst.²²³ Man kann daher vermuten, dass der BGH auf den Eingehungsbetrug deshalb eingegangen ist, weil die Vorinstanz – wie das OLG Köln im

²¹⁶ *Luipold*, Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes, S. 189, 202 ff., 204, 207 f.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 131; *Rengier*, Strafrecht BT 1, § 13 Rdn. 194; *Walter*, in: FS-Herzberg, S. 763 (768 f.).

²¹⁷ Man kann die zum vertraglich eingeräumten Rücktrittsrecht ergangene Rechtsprechung deshalb in Betracht ziehen, weil das Widerrufsrecht „rücktrittsähnlich“ ausgestaltet ist, *Coester-Waltjen*, Jura 2009, 820 (820).

²¹⁸ BGHSt 34, 199 (202) – *Wundermittel-Fall*.

²¹⁹ BGHSt 34, 199 (203) – *Wundermittel-Fall*.

²²⁰ Missverstanden von *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 179: „In BGHSt 34, 199 geht der BGH für den Fall, dass ein wirtschaftlicher Wert noch nicht vom Getäuschten herausgegeben wurde und er nur Vertragsansprüchen ausgesetzt ist, eindeutig davon aus, dass mit der Vereinbarung eines Rücktrittsrechts eine der Vermögensschädigung gleichzusetzende Vermögensgefährdung abzulehnen sei, weil der Getäuschte den ungünstigen Vertrag durch einfache einseitige Erklärung beseitigen könne.“

²²¹ Zutreffend *Bottke*, JR 1987, 428 (430).

²²² *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 239 f.; siehe auch *Sonnen*, JA 1987, 212 (214).

²²³ BGHSt 34, 199 (203) – *Wundermittel-Fall*.

sogenannten „*Massagebürste*“-Fall²²⁴ – zu dem Schluss kam, dass das vertragliche Rücktrittsrecht einen objektiv-wirtschaftlich vollwertigen Ausgleich für die nutzlosen Produkte darstelle. Zu Recht ist der BGH dieser Auffassung entgegengetreten. Die Einstufung des erst nach erfolgtem Leistungsaustausch ausübbareren Rücktrittsrechts als ein ausreichendes Äquivalent ist nicht vereinbar mit dem Grundsatz, dass ein nachträglicher Ausgleich bei der Schadensberechnung außer Betracht bleiben muss, weil im Erfüllungsstadium ein Rücktrittsrecht (bzw. das Widerrufsrecht bei Online-Auktionen) den Bietern nicht mehr Rechte gibt, als ihnen nach den gesetzlichen Vorschriften ohnehin zustehen. Sowohl im „*Wundermittel*“-Fall als auch im „*Massagebürste*“-Fall hätten die Verbraucher wegen der arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) und der Minderwertigkeit der Produkte den Vertrag anfechten bzw. kaufrechtliche Gewährleistungsrechte geltend machen und dadurch die Rückzahlung des Kaufpreises erreichen können.²²⁵

b) Die Bedeutung des Widerrufsrechts für das Schadensmerkmal bei noch nicht erfüllten Verträgen

Nun sind die Fälle zu untersuchen, in denen der Bieter die Täuschung vor der Leistungserbringung erkennt und sein Widerrufsrecht geltend macht. Es stellt sich also wiederum die Frage, ob schon mit dem Vertragsabschluss eine konkrete Vermögensgefährdung entstehen kann.

aa) Rechtsprechung

Der BGH hat sich zu der Frage, ob das Widerrufsrecht bei der Beurteilung von Vermögensgefährdung relevant sein kann, noch nicht geäußert. Er hat aber eine schadensgleiche Vermögensgefährdung in einem Fall, in dem dem Vertragspartner ein Rücktrittsrecht eingeräumt worden war, abgelehnt. Denn dieser Partner könne durch einseitige Erklärung den Vertrag zu Fall bringen. Bei diesem Partner liege also eine der Vermögensschädigung

²²⁴ OLG Köln MDR 1975, 244 (244). In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der u.a. wegen Betruges angeklagte Betreiber einer Versandhandelsfirma in Zeitschrifteninseraten für ein „Sport-Reducer“ genanntes Gerät geworben, welches schon bei einfacher Berührung überflüssiges Fett verschwinden lasse. In Wirklichkeit handelte es sich bei dem Gerät um eine einfache Massagebürste, die in ihrem Marktpreis bzw. Verkehrswert weit unter dem verlangten und von zahlreichen Bestellern gezahlten Preis lag.

²²⁵ Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 239; Müller-Christmann, JuS 1988, 108 (114); a.A. Riemann, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, S. 84 (dort Fn. 66); Hefendehl, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 302: „Keine Bedeutung hat grundsätzlich der Unterschied zwischen der *Schadenswiedergutmachung* und der *Schadensverhinderung*. Gesetzliche Rechte, die der Schadenswiedergutmachung dienen, müssen im Rahmen des Betruges oder der Untreue also nicht außer Betracht bleiben, sofern sie einen aktuellen bilanzierungsfähigen Wert haben. (...). Das OLG Köln (MDR 1975, 244) hat demzufolge den Fall des vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts zutreffend entschieden, nicht aber der BGH in BGHSt 34, 199.“

gleichzuachtende Vermögensgefährdung nicht vor. Daher sei insoweit nicht vollendeter, sondern nur versuchter Betrug gegeben.²²⁶

Die einzige zu den gesetzlichen Widerrufsrechten ergangene Entscheidung ist BayObLGSt 1986, 62. Das Gericht hat festgestellt, dass die durch die Widerrufsmöglichkeit gekennzeichnete Rechtslage vergleichbar mit der Rechtslage bei vertraglich eingeräumtem Rücktrittsrecht sei.²²⁷ Es kam daher zu dem folgenden Ergebnis: „In der innerhalb der Wochenfrist frei widerrufbaren Willenserklärung des Getäuschten kann eine zu einer Vermögensminderung führende Willenserklärung jedenfalls dann nicht gesehen werden, wenn die getäuschte Person die Widerrufsmöglichkeit kennt. (...). Wird vom Widerrufsrecht rechtzeitig Gebrauch gemacht, liegt deshalb in aller Regel kein Vermögensschaden – auch nicht in Form der Vermögensgefährdung – vor. Ein vollendeter Betrug scheidet dann aus.“²²⁸

bb) Literatur

Wenn man die in der Literatur geäußerten Ansichten betrachtet, findet man grundsätzlich zwei Lösungsansätze, einerseits die Literaturstimmen, die das Widerrufsrecht für relevant halten, andererseits die Literaturstimmen, die das Widerrufsrecht für nicht relevant halten. Die Ansichten unterscheiden sich jedoch nur in der Formulierung. Im Ergebnis kommen beide Autorengruppen grundsätzlich zum selben Ergebnis. Während *Krey/Hellmann/Heinrich* eine Vollendungsstrafbarkeit befürworten, solange der Getäuschte die Widerrufsmöglichkeit nicht kennt,²²⁹ bevorzugt *Tiedemann* eine Versuchslösung mit der Argumentation, dass ein Gefährdungsschaden nur dann in Betracht kommt, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die Lossagungsmöglichkeit unsicher oder dem Opfer unbekannt ist.²³⁰ Damit stellen sowohl die „vollendungsfreundlichen“ als auch die „vollendungsfeindlichen“ Literaturstimmen – wie das BayObLG – auf die „Kenntnis“ des Verbrauchers ab.²³¹

²²⁶ BGH MDR/D 1971, 546 (546); zustimmend *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rdn. 549.

²²⁷ Das Gericht stützt sich in seinem Urteil auf die oben zitierte Entscheidung des OLG Köln MDR 1975, 244. Allerdings war dieser Verweis nicht richtig. Wie gezeigt, ging es im Fall des OLG Köln, wie auch in BGHSt 34, 199, darum, ob das Rücktrittsrecht einen Ausgleich für die schon weggegebene Leistung des Getäuschten darstellen kann. Man kann aber davon ausgehen, dass dieser Verweis in den folgenden Argumentationen des BayObLG keine Rolle spielt.

²²⁸ BayObLGSt 1986, 62 (62 f.) – *Vermögensschaden bei Abzahlungsgeschäften*.

²²⁹ *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht BT 2, Rdn. 637.

²³⁰ *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 176.

²³¹ Vgl. *Brammsen/Apel*, WRP 2011, 1254 (1256); *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 189 ff.; *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, § 39 Rdn. 18; *Eisele*, NStZ 2010, 193 (198); *Eisele*, MMR 2011, 273 (275); *Fischer*, StGB, § 263 Rdn. 176a; *Gaede*, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 119; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 520 ff.; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, S. 338 f.; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 263 Rdn. 237; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 254 f., 320 f.; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rdn. 44; *Luipold*, Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes, S. 156 ff., 163 ff.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, §

cc) Bewertung

Nach § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB ist ein Verbraucher an seine auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. Nach § 355 Abs. 2 BGB beträgt die Frist 14 Tage. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (§ 355 Abs. 1 Satz 5 BGB). Der Widerruf muss keine Begründung enthalten (§ 355 Abs. 1 Satz 4 BGB), wobei aus der Widerrufserklärung der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrages eindeutig hervorgehen muss (§ 355 Abs. 1 Satz 3 BGB). Dafür genügt eine unterschriebene schriftliche Erklärung oder eine Rücksendung der Sache. Der Widerruf ist also eine bedingungsfeindliche und eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Er ist an keine Voraussetzung geknüpft. Es ist deshalb mit dem BayObLG und der Literatur davon auszugehen, dass eine konkrete Vermögensgefährdung nicht vorliegt, solange der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Kenntnis hat.

Nicht überzeugend ist daher die „extensive“ Ansicht von *Bohnenberger*. Er nimmt trotz des Widerrufsrechts eine einem Vermögensschaden gleichkommende Gefährdung schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an. Er differenziert zunächst, ob eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erteilt wurde oder nicht. In beiden Fällen kommt er aber zu dem Ergebnis, dass der strafrechtliche Schutz nicht ausreichend sei. Bei der nicht ordnungsgemäßen Belehrung müsse es prognostiziert werden, ob der Verbraucher unter lebensnahen Umständen der Gefahr ausgesetzt sei, in Anspruch genommen zu werden. Es müsse deshalb bezweifelt werden, ob dem durchschnittlichen juristischen Laien bei unterbliebener Widerrufsbelehrung überhaupt bekannt sei, dass das betreffende Rechtsgeschäft § 355 BGB unterliege. Außerdem sei wegen der Komplexität der Widerrufsbestimmungen ungewiss, ob der Verbraucher davon Kenntnis habe, dass er zur Bewirkung der Leistung nicht verpflichtet sei.²³² Bei der ordnungsgemäßen Belehrung müsse bezweifelt werden, ob der Verbraucher innerhalb der Widerrufsfrist auch bei Kenntnis seines Widerrufsrechts von diesem Gebrauch machen werde. *Bohnenberger* greift auf die auch von *Arzt*²³³ angeführten individuellen Faktoren wie Vergesslichkeit, Arbeitsüberlastung usw. zurück.²³⁴

263 Rdn. 131; *Rengier*, Strafrecht BT 1, § 13 Rdn. 192 f.; *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 238; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 250; *Sonnen/Hansen-Siedler*, JA 1988, 17 (27); *Tenckhoff*, in: FS-Lackner, S. 677 (683 f.); *Walter*, in: FS-Herzberg, S. 763 (768); *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 14 Rdn. 105; **a.A.** (soweit ersichtlich) *Arzt*, in: Arzt/Weber, Strafrecht BT, LH 3 (1986), Rdn. 460 (Fn. 56); *Bohnenberger*, Betrug durch Vertragserschleichung, S. 53 ff.

²³² *Bohnenberger*, Betrug durch Vertragserschleichung, S. 54 f.

²³³ *Arzt*, in: Arzt/Weber, Strafrecht BT, LH 3 (1986) Rdn. 453 (Fn. 56) vgl. auch BGHSt 23, 300 (304) – Zeitschriftenabonnement.

²³⁴ *Bohnenberger*, Betrug durch Vertragserschleichung, S. 53 f.

Vor allem ist festzustellen, dass die Unterscheidung zwischen einer ordnungsgemäßen und einer nicht ordnungsgemäßen Belehrung von vorneherein verfehlt ist. Soweit ersichtlich, wird weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur die Auffassung vertreten, dass „auch“ im Fall der nicht ordnungsgemäßen Belehrung das Widerrufsrecht des Verbrauchers einen schadenshindernden Charakter hat. Überspringt man dies aber zunächst, begegnet man bei *Bohnenberger* einem noch gravierenderen Fehler. Es ist nicht ersichtlich, was er unter der Aussage der „nicht ordnungsgemäßen“ Belehrung versteht. Es gibt zwei Möglichkeiten: Denkbar ist zunächst, dass der Anbieter den Verbraucher nicht nur über eine für den Vertragsabschluss relevante Produkteigenschaft, sondern darüber hinaus über das Bestehen eines Widerrufsrechts täuscht (Fallgruppe 3). Denkbar ist aber auch, dass der Anbieter den Verbraucher nur über das Bestehen eines Widerrufsrechts täuscht (Fallgruppe 2). Wie zuvor bereits festgestellt wurde, hat der Verbraucher in der ersten Möglichkeit (Fallgruppe 3) kein Gegenrecht, das in die Gesamtsaldierung einbezogen werden kann. Damit bleibt logischerweise kein Raum für eine Diskussion um die Auswirkungen der in die Gesamtsaldierung einzubeziehenden Zuflüsse. In der zweiten Möglichkeit (Fallgruppe 2) fehlt es beim vollendeten Betrug in der Regel schon an einer kausalen Vermögensverfügung in Form eines Vertragsabschlusses. *Bohnenberger* hat also wettbewerbs(straf)rechtlich relevante Fallgruppen unter dem Betrugsstrafrecht diskutiert, was sicherlich anfechtbar ist. Einen ähnlichen Fehler findet man auch bei *Dingler*: „Das BayObLG stellt also lediglich fest, wann ein Schaden jedenfalls nicht bejaht werden kann. Keine Aussage trifft das Gericht hingegen über, ob und wann auch bei Unkenntnis des Getäuschten vom Widerrufsrecht ein Schaden angenommen werden kann.“²³⁵ Eine solche Aussage musste aber das Gericht nicht treffen, weil die Auswirkungen des bestehenden Widerrufsrechts nur dann zu diskutieren sind, wenn der Verbraucher davon Kenntnis hat (Fallgruppe 4).

In diesem Zusammenhang ist auch die extreme Gegenauffassung von *Luipold* abzulehnen: „Wurde dagegen dem Opfer keine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erteilt, dann ist entscheidend, ob es erkennen kann, dass es übervorteilt worden ist. Hat es das erkannt, dann wird von ihm verlangt, sich über seine Rechte zu informieren und sie dementsprechend auszuüben. (...). Bei mangelnder Rechtskenntnis wird vom Opfer verlangt, dass es sich über seine Rechte kundig macht, genauso wie bei § 17 StGB dem Täter eine Erkundigungspflicht auferlegt wird.“²³⁶

²³⁵ *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 165.

²³⁶ *Luipold*, Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes, S. 159.

Dies geht sicherlich zu weit. Wenn der Unternehmer gesetzliche Hinweis- und Belehrungspflichten bezüglich des Widerrufsrechts nach dem Verbraucherschutzrecht nicht erfüllt, hat der Verbraucher keine Gelegenheit, sich selbst zu schützen. Selbst wenn man der viktimodogmatischen Auffassung folgt und von dem Verbraucher einen möglichen und zumutbaren Selbstschutz verlangt, bedeutet das nicht, dass von ihm auch im Fall der Informationspflichtverletzung verlangt wird, sich über seine Rechte zu informieren und sie dementsprechend auszuüben. Denn die richtig verstandene Viktimodogmatik ist nichts anderes als eine Konkretisierung des Herrschaftsprinzips über die dem Einzelnen zur Verfügung stehenden Disposition über seine Rechtsgüter. Die Viktimodogmatik propagiert dementsprechend nur in denjenigen Fällen eine tatbestandliche Reduktion, in denen der Rechtsgutträger die konkrete Gefahrintensität bewusst erhöht hat, obwohl ihm ein alternatives Verhalten zumutbar war.²³⁷ Der Versuch von *Luipold*, die Eigenverantwortlichkeit des Opfers für seinen Selbstschutz einem strafrechtlichen Schutz vorzuziehen, beruht deshalb auf einem fehlerhaften Verständnis des Subsidiaritätsprinzips, dessen Heranziehung es hier nicht bedarf.²³⁸ Für *Luipold* spricht auch die UGP-Richtlinie²³⁹ nicht. Zwar ist der Betrugsschutz aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung auf den Durchschnittsverbraucher zu begrenzen,²⁴⁰ der seine Rechte kennt und ggf. geltend macht. Denn das europäische Verbraucherleitbild ist ein Modell, in dem den Verbrauchern mehr Eigenverantwortung zugetraut wird,²⁴¹ es ähnelt deshalb dem Opferleitbild der Viktimodogmatik.²⁴² Aber auch in diesem Modell greift die Subsidiarität des strafrechtlichen Schutzes nur dann, wenn dem Verbraucher die zutreffenden Informationen ausreichend zur Verfügung gestellt werden²⁴³.

Diese extremen Positionen in der Literatur beruhen also auf dem Durcheinander der oben dargestellten Fallgruppen. Unternimmt man aber eine saubere Trennung zwischen den wettbewerbsstrafrechtlich relevanten Fallgruppen einerseits und den betrugsstrafrechtlichen andererseits, sprechen ferner weitere Gründe für das Abstellen auf die „Kenntnis“ des Verbrauchers – mit erheblichen Folgen. Wenn der Verbraucher vom Widerrufsrecht Kenntnis hat, dürfen z.B. individuelle Faktoren nicht mehr berücksichtigt werden. Wie schon an anderer Stelle festgestellt wurde, ist es nach herrschender Lehre – trotz aller dogmatischen Bedenken – durchaus möglich, bei der Feststellung vermögensgefährden-

²³⁷ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) aa) (2).

²³⁸ Zutreffend *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rdn. 549.

²³⁹ Richtlinie 2005/29/EG, ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22; siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (2) (a) (bb).

²⁴⁰ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc) (4); *a.A. Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rdn. 488.

²⁴¹ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (1).

²⁴² Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) cc) (1); siehe auch Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc) (1).

²⁴³ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (1).

der Faktoren ebenso wie sonst bei der Schadensberechnung eine Individualisierung vorzunehmen.²⁴⁴ Das geht aber zu weit, wenn die Berechnung nur durch subjektiv-individuelle Maßstäbe erfolgt. Die Auffassung von *Bohnenberger* und *Arzt* führt aber gerade dazu. Es erscheint als falsch, dass die Strafbarkeit des Täters wegen Betruges allein von der Persönlichkeit des Opfers abhängen soll. Es kann nicht gerechtfertigt sein, einen Verkäufer als „Täter“ eines Betruges zu bestrafen, wenn er seinen gesetzlichen Hinweispflichten nachgekommen ist, das Opfer aber aus Überlastung nicht von seinem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat. Wenn der Verbraucher seine Rechte aus Bequemlichkeit, Gleichgültigkeit, Unerfahrenheit, Geschäftungewandtheit nicht durchsetzen möchte, verzichtet er bewusst auf ihren Schutz.²⁴⁵ Sorglose Menschen gegen die Folgen ihrer eigenen Sorglosigkeit zu schützen, ist nicht Aufgabe des Strafrechts.²⁴⁶ Es ist ferner nicht außer Acht zu lassen, dass bei Online-Auktionen eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung in der Regel gleich neben der Artikelbeschreibung erfolgt. Von einem an einer Online-Auktion beteiligten Verbraucher zu fordern, dieses Formular zu lesen und zu verstehen, ist keine unzumutbare Aufgabe. Schon 1971 hat *Lenckner* zu Recht festgestellt, dass kein Anlass besteht, den Satz „leges vigilantibus scriptae sunt“ dort preiszugeben, wo es sich um „relativ einfache Rechtsbeziehungen des Alltags handelt und dem Einzelnen mit der Bejahung seiner Eigenverantwortlichkeit nichts Unbilliges zugemutet wird.“²⁴⁷

4. Zwischenfazit

Es ist somit festzuhalten, dass ein Vertrag vor der Leistungserbringung keinen Vermögensschaden begründet, auch nicht in Form einer Vermögensschädigung, wenn der Verbraucher vom seinem bedingungsfeindlichen Widerrufsrecht Kenntnis hat. Dies ist der Fall, wenn der Anbieter eine ordnungsgemäße Belehrung erteilt. Das Widerrufsrecht, das den Zivilrechtsschutz des Verbrauchers ausdehnen will, verkürzt also den Strafrechtsschutz durch § 263 Abs. 1 StGB.²⁴⁸ Es besteht aber kein Grund, an der Richtigkeit dieses

²⁴⁴ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 A III 2 b) bb).

²⁴⁵ *Lenckner*, JZ 1971, 320 (324): „Noch kein vollendeter Eingehungsbetrug liegt vor, wenn lediglich die ‚Gefahr‘ besteht, dass der Getäuschte aus Bequemlichkeit, Gleichgültigkeit usw. seine Rechte nicht wahrnimmt. Dasselbe gilt, wenn sich der Getäuschte nur aus Unerfahrenheit oder weil er in geschäftlichen Dingen ungewandt ist, nicht zur Wehr setzt, obwohl alle Voraussetzungen für einen Erfolg gegeben wären. Zwar (...) eine Individualisierung möglich und geboten, doch kann diese nicht so weit gehen, dass dabei auch die Unfähigkeit, die eigenen Interessen zu wahren, berücksichtigt wird. Es ist nicht Aufgabe des Rechts und schon gar nicht des Strafrechts, jedem denkbaren Risiko Rechnung zu tragen, zumal wenn es in der eigenen Person begründet ist.“

²⁴⁶ BGHSt 3, 99 (103) – *Gewinnaussicht bei einer Verlosung*; BGHSt 47, 1 (4) – *Insertionsoffertenbetrug*; BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 20) – *Routenplaner*.

²⁴⁷ *Lenckner*, JZ 1971, 320 (324).

²⁴⁸ Der für einen Betrug erforderliche Vermögensschaden kann auch nicht in den Kosten der Rücksendung angesehen werden. Insoweit mangelt es sowohl an der Unmittelbarkeit des Schadens als auch an der Stoffgleichheit zwischen dem erstrebten Vermögensvorteil und dem Vermögensschaden des Getäuschten.

Ergebnisses zu zweifeln, weil der Betrugstatbestand allein dem Schutz des Vermögens dient und ein einheitliches Nacheinander von Vermögensverfügung und Schädigung voraussetzt. Hier zeigt sich der Unterschied zum Wettbewerbsrecht, welches das Fehlverhalten der Marktteilnehmer unterbinden will. In der Folge muss man deshalb, wenn man es so nennen will, die Strafbarkeitslücke im vermögensbezogenen Strafrechtsschutz hinnehmen. Alle anderen auf sonstige Individualfaktoren abstellende Ansichten sind abzulehnen.

In den Fällen dagegen, in denen die vertraglich geschuldeten Leistungen bereits ausgetauscht waren, ist der Vermögensschaden anzunehmen, wenn sich Leistung und Gegenleistung nicht entsprechen. Auch in diesen Fällen sollte aber eine Strafbarkeit gemäß § 16 Abs. 1 UWG immer noch gesondert untersucht werden, weil das Widerrufsrecht in der Rechtsprechung zwar als bloße Schadenswiedergutmachung angesehen wird, aber gleichzeitig als strafmildernd zu berücksichtigender Umstand qualifiziert wird.²⁴⁹ In diesen Fällen kann also die Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG zur Verhängung einer Strafe führen, welche die Grenze des § 56 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB überschreitet, weil §§ 16 Abs. 1 UWG, 263 StGB zwar in Tateinheit stehen,²⁵⁰ von ihnen aber verschiedene Rechtsgüter geschützt sind.²⁵¹ Wenn man sogar noch einen Schritt weiter geht und unter Hinweis auf die gleichgelagerte Problematik bei § 266 StGB²⁵² die Auffassung vertritt, dass „sichere“ Ausgleichansprüche dann als Kompensation bei § 263 StGB berücksichtigt werden können, wenn der Täter fähig und willens sei, ihnen jederzeit nachzukommen,²⁵³ würde § 16 Abs. 1 UWG sogar die einzige Handhabe gegen solche Werbeschwindel darstellen.²⁵⁴

²⁴⁹ Vgl. BGHSt 34, 199 (202) – *Wundermittel-Fall*.

²⁵⁰ AllgM: *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 30; *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 73; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 113; *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 343; *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 323; **a.A.** *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 878.

²⁵¹ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 a).

²⁵² *Matt*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 266 Rdn. 145; *Otto*, Strafrecht BT, § 54 Rdn. 34; *Schünemann*, in: LK, § 266 Rdn. 171; *Waßmer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 266 StGB Rdn. 179; **a.A.** *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 266 Rdn. 42; siehe auch *Seier*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Teil Kap. 2 Rdn. 180 ff.

²⁵³ *Eser*, Strafrecht IV, Fall 13 A. Rdn. 22 (S. 137); *Lackner*, in: LK (10. Auflage), § 263 Rdn. 188; v. *Ungern-Sternberg*, ZStW 88 (1976), 653 (687).

²⁵⁴ Vgl. BGHSt 34, 199 (200) – *Wundermittel-Fall*.

B. IRREFÜHRENDE WERBUNG IM ANWENDUNGSFELD DES § 16 ABS. 1 UWG

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass auf der Basis der herrschenden Betrugskonzeption eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB ausscheidet, wenn die Täuschung – auch unter Berücksichtigung der normativen Gesichtspunkte – letztlich zum Abschluss eines wirtschaftlich ausgewogenen Austauschgeschäftes geführt hat. Dies hat zur Folge, dass § 263 Abs. 1 StGB eigentlich kein geeignetes Instrument angesehen werden kann, die auktionsspezifischen Manipulationen zu pönalisieren, weil in meisten Fällen ein vollendeter Betrug mangels materiellen Schadens – auch in Form der Vermögensgefährdung – ausscheidet. Andererseits soll kein Zweifel daran bestehen, dass nach dem Unwertgehalt der derartigen Handlungen eine Strafbarkeit angemessen ist.²⁵⁵ Daher ist nun die Frage zu erörtern, ob und inwieweit § 16 Abs. 1 UWG etwaige Strafbarkeitslücken schließt, die § 263 StGB offen lässt. Um diese Frage zu beantworten, soll herausgefunden werden, wo sich § 16 Abs. 1 UWG im System des Täuschungsschutzrechts befindet und welche Aufgabe der Vorschrift zukommt.

I. Regelungsgegenstand:

Entwicklung von § 4 UWG a.F. zu § 16 Abs. 1 UWG

Der heutige Straftatbestand irreführender Werbung geht zurück auf § 4 UWG a.F., der unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben über geschäftliche Verhältnisse unter Strafe stellte und diese in einem nicht abschließenden Katalog gesetzlicher Beispiele näher konkretisierte.²⁵⁶ Der Gesetzgeber der UWG-Reform 2004²⁵⁷ hat den Straftatbestand

²⁵⁵ Ein Beleg dafür ist § 298 StGB. Angesichts der betrugsstrafrechtlichen Probleme hat der Gesetzgeber 1997 einen eigenen Tatbestand gegen wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen geschaffen.

²⁵⁶ § 4 UWG a.F. lautete: „(1) ¹Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart, oder die Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlass oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte wissentlich unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. ²Angaben über geschäftliche Verhältnisse im Sinne des Satzes 1 sind auch Angaben im Rahmen vergleichender Werbung. (2) Werden die im Absatz 1 bezeichneten unrichtigen Angaben in einem geschäftlichen Betriebe von einem

im Wesentlichen ohne inhaltliche Änderung in § 16 Abs. 1 UWG übernommen. Es wurde lediglich die in § 4 Abs. 2 UWG a.F. getroffene Sonderregelung zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers gestrichen²⁵⁸ und die in § 4 UWG a.F. genannten Beispiele zur Konkretisierung der tatbestimmenden Bezugsgegenstände irreführender Werbung wurden auf § 5 UWG transportiert. Die Vorschrift selbst enthält deshalb keinen Beispielskatalog mehr. Die neuerliche Reform des UWG durch die Novelle von 2008²⁵⁹ und weitere Änderung im UWG²⁶⁰ führten hinsichtlich des § 16 Abs. 1 UWG zu keinen Neuerungen.

§ 16 Abs. 1 UWG lautet: „Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

II. Bedeutung der systematischen Stellung der Norm

Der Regelungsgegenstand der strafbaren Werbung kann allerdings nicht an der Norm selbst abgelesen werden, sondern vielmehr an ihrer systematischen Stellung. Wenn man den Wortlaut der Norm näher betrachtet, stellt man fest, dass mit der als „irreführende Werbung“ durch unwahre Angaben beschriebenen Tathandlung die Vorschrift an den zivilrechtlichen Irreführungsverbotstatbestand des § 5 UWG anknüpft und im Gegensatz zum Betrug gemäß § 263 StGB keinen Irrtum und keinen Vermögensschaden verlangt und damit einen Schutz im Vorfeld des Betruges bietet. Da die zivilrechtliche Bestimmung des § 5 UWG grundsätzlich alle irreführenden Angaben verbietet und § 16 Abs. 1 UWG vom Vermögensschadenstatbestand befreit ist, sollte daher die Frage, ob § 16 Abs. 1 UWG etwaige Strafbarkeitslücken schließt, die § 263 StGB offen lässt, eigentlich klar und kurz beantwortet werden. Doch dies ist nicht der Fall, weil die Normen so sehr unterschiedlich ausgestaltet sind, dass in der Folge das Verhältnis des § 16 Abs. 1 UWG zu § 5

Angestellten oder Beauftragten gemacht, so ist der Inhaber oder Leiter des Betriebs neben dem Angestellten oder Beauftragten strafbar, wenn die Handlung mit seinem Wissen geschieht.“

²⁵⁷ Gesetz vom 3.7.2004, BGBl. I vom 7.7.2004, S. 1414.

²⁵⁸ Im geltenden Recht kommt in diesem Bereich deshalb § 13 StGB zur Anwendung, siehe Gliederungspunkt Teil 3 B II.

²⁵⁹ Gesetz vom 22.12.2008, BGBl. I vom 29.12.2008, S. 2949. Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG (UGP-RL, ABl. EG Nr. L 149 S. 22) in das deutsche Recht, siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (2) (a) (bb).

²⁶⁰ Gesetz vom 29.7.2009, BGBl. I vom 3.8.2009, S. 2355; Gesetz vom 29.7.2009, BGBl. I vom 3.8.2009, S. 2413; Gesetz vom 20.9.2013, BGBl. I vom 27.9.2013, S. 3642; Gesetz vom 1.10.2013, BGBl. I vom 8.10.2013, S. 3714. Auch der im September 2014 vorgelegte UWG-Referentenentwurf des BMJV (Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, abgedruckt in GRUR 2014, 1180, dazu aus dem Schrifttum: *Ohly*, GRUR 2014, 1137, sowie die Beiträge in WRP 2014, 1373 ff.), der ausweislich der Begründung keineswegs die materielle Rechtslage ändert, sondern lediglich die Vorgaben der UGP-Richtlinie (Richtlinie 2005/29/EG, Fn. 259) besser als bisher im Gesetzestext deutlich macht (*Köhler*, WRP 2014, 1410, Rdn. 1), führt zu keiner Änderung des Wortlauts des § 16 Abs. 1 UWG, genauso wenig wie der Regierungsentwurf (abgedruckt in GRUR 2015, 341, dazu *Ohly*, GRUR 2015, 318).

UWG einerseits und zu § 263 StGB andererseits näher zu beleuchten ist. Insbesondere das Verhältnis zu § 263 StGB ist ausführlich zu behandeln, weil gerade die gefundenen Ergebnisse den Ausgangspunkt weiterer Überlegungen darstellen.

1. Verhältnis zu § 5 UWG

Nach dem Willen des Gesetzgebers setzt der Straftatbestand das Vorliegen einer irreführenden Werbung i.S.d. § 5 UWG voraus.²⁶¹ Nach der bis zum 29.12.2008 geltenden Fassung des § 5 UWG war dies besonders eindeutig, da sich § 5 UWG a.F. seiner Überschrift und dem Abs. 1 nach *expressis verbis* auf irreführende Werbung beschränkte.²⁶² Obwohl mit der UWG-Novelle 2008 der Begriff der Werbung in § 5 UWG a.F. durch „irreführende geschäftliche Handlungen“ ersetzt und demzufolge der Anwendungsbereich des § 5 UWG n.F. in den Bereich der Vertragsdurchführung bzw. Vertragsabwicklung ausgedehnt wurde, während sich der Anwendungsbereich des § 5 UWG a.F. aufgrund des Begriffs der „Werbung“ nur auf den Zeitraum „vor“ Vertragsabschluss beschränkte,²⁶³ ändert sich nichts daran, dass das Vorliegen einer irreführenden Werbung i.S.d. § 5 UWG immer noch als *Grundvoraussetzung* für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 16 Abs. 1 UWG erachtet werden soll. Denn der Begriff der Werbung bildet letztendlich nur einen Unterfall der geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG).²⁶⁴ Tatbestandsmäßig sind deshalb nur die irreführenden Werbeangaben über die in § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 UWG genannten Umstände, die im Rahmen einer geschäftlichen Handlung vorgenommen sind,²⁶⁵ weil eine Werbung immer ein absatzförderndes Verhalten des eigenen oder eines fremden Unternehmens ist.

Aus dem Verweis auf § 5 UWG ergeben sich weiterhin folgende Ergebnisse:

(1) Nicht erforderlich zur Tatbestandserfüllung des § 5 UWG ist das tatsächliche Eintreten einer Irreführung („Eignungselement“). Vielmehr genügt eine Angabe, die geeignet

²⁶¹ BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

²⁶² § 5 UWG a.F. „Irreführende Werbung“: (1) „Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer irreführend wirbt.“

²⁶³ Siehe nur Fezer, in: Fezer-UWG, § 2 B Rdn. 81 ff.; Götting, in: Götting/Nordemann, UWG, § 2 Rdn. 4; Hammer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 5; Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 2 Rdn. 30 ff.; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 2 Rdn. 22 ff.

²⁶⁴ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 5: „eine Werbung ist stets eine geschäftliche Handlung, während nicht jede geschäftliche Handlung Werbung ist.“

²⁶⁵ AllgM: Alexander, WRP 2004, 407 (413); Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 9; Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 16 Rdn. 27; Hammer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 5; Kilian, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 81 ff.; Kugler, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 80 ff., 84 ff., 86 ff.; Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 60; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 16 Rdn. 5; Trepper, in: Götting/Nordemann, UWG, § 16 Rdn. 4; Wolters, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 5, 16; a.A. Lettl, Das neue UWG, Rdn. 746; Ruhs, Strafbare Werbung, S. 151 mit der Begründung, dass § 16 Abs. 1 UWG zwar auf § 5 UWG a.F. verweise, nicht aber auch auf § 3 UWG a.F. Dieser Auffassung fehlt allerdings seit der UWG-Novelle 2008 jegliche argumentative Basis, weil der Begriff der geschäftlichen Handlung nunmehr in § 5 UWG ausdrücklich genannt wird.

ist, die Umworbenen irrezuführen, selbst wenn sie von niemandem wahrgenommen wurde. Es reicht die Eignung zur Irreführung aus (die „*tatbestandsausweitende Wirkung*“ des Eignungselements).²⁶⁶ Für § 16 Abs. 1 UWG kann nichts anderes gelten.²⁶⁷ Wie § 5 UWG ist daher auch § 16 Abs. 1 UWG ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

(2) Da die irreführende Werbung nach § 5 UWG nur eine nähere Präzisierung der Generalklausel des § 3 UWG darstellt, ist eine irreführende geschäftliche Handlung nach § 5 UWG nur unter den in § 3 UWG genannten Voraussetzungen unzulässig.²⁶⁸ Dennoch ist die Überschreitung einer Wesentlichkeits- bzw. einer Spürbarkeitsschwelle i.S.d. § 3 UWG („wenn die irreführenden Angaben geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern *spürbar* zu beeinträchtigen“) nicht erforderlich. Denn das Irreführungsverbot des § 5 UWG setzt stets eine wettbewerblich relevante Irreführung voraus („zur Täuschung *geeignete* Angaben“). Angaben müssen also *nicht nur* irreführend, *sondern darüber hinaus* auch „*geeignet*“ sein, die Umworbenen in die Irre zu führen (die „*tatbestandsbegrenzende Wirkung*“ des Eignungselements).²⁶⁹ In den Fällen also, in denen es an einer solchen Beeinträchtigung i.S.d. § 3 UWG fehlt, ist bereits eine zur Irreführung geeignete Angabe i.S.d. § 5 UWG zu verneinen.²⁷⁰ Dies muss uneingeschränkt auch für § 16 Abs. 1 UWG gelten, weil auch bei § 16 Abs. 1 UWG die von der Werbebotschaft ausgehende Täuschungsgefahr in qualitativer Hinsicht nur dann die von dem Irreführungsmerkmal geforderte Intensität aufweist, wenn die tatgegenständliche Werbebotschaft bei dem Adressaten eine entsprechende Fehlvorstellung hervorrufen kann. Einer eigenständigen Prüfung der Spürbarkeitsklausel des § 3 UWG bedarf es deshalb nicht.²⁷¹ Nur diese Auslegung steht mit der doppelten Rolle des Eignungselements in Einklang. Wenn man eine Überschreitung der Spürbarkeitsschwelle i.S.d. § 3 UWG verlangt, kann man nicht erklären, wie das Merkmal des Eignungselements nicht nur eine

²⁶⁶ Statt vieler *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.65.

²⁶⁷ BGHSt 52, 227 (Rdn. 48) – *Strafbare Werbung im Versandhandel*; *Alexander*, WRP 2004, 407 (415); *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 9; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rdn. 219; *Többens*, WRP 2005, 552 (553); *Wolters*, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 23.

²⁶⁸ Siehe *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 1.5; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 A Rdn. 13.

²⁶⁹ Statt vieler *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.169.

²⁷⁰ Zutreffend BGH GRUR 2009, 888 (Rdn. 18) – *Thermoroll*; BGH GRUR 2012, 1273 (Rdn. 25) – *Stadwerke Wolfsburg*; BGH GRUR 2012, 208 (Rdn. 31) – *10% Geburtstags-Rabatt*; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.20; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 31; *Köhler*, GRUR 2005, 1 (7 und 9); *Ohly*, GRUR 2004, 889 (895).

²⁷¹ *A.A.* *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 16 Rdn. 25; *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 44; *Janssen/Maluga*, in: MüKo-StGB, UWG, § 16 Rdn. 40 ff.; *Kilian*, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 79 f.; *Kugler*, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 163 ff.; *Ruhs*, Strafbare Werbung, S. 151 ff.; *Wolters*, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 24; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 78 und 46, wo er auf § 5a Abs. 2 i.V.m. § 3 Abs. 2 UWG verweist. Allerdings wird der in § 5a Abs. 2 UWG enthaltene Verweis auf § 3 Abs. 2 UWG in der zivilrechtlichen Literatur anders ausgelegt als *Rengier* behauptet, bzw. gänzlich abgelehnt, *Alexander*, WRP 2013, 716 (Rdn. 16 ff.); *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5a Rdn. 28.

tatbestandsausweitende, sondern auch tatbestandseinschränkende Wirkung haben kann,²⁷² weil diese Aufgabe von der Spürbarkeitsklausel übernommen würde.

Obwohl § 16 Abs. 1 UWG seinen Kern im zivilrechtlichen Irreführungsverbotstatbestand findet, ist § 16 Abs. 1 UWG aber keine Blankettstrafrechtsnorm. Strafbare sind irreführende Angaben i.S.d. § 5 UWG nur dann, wenn sie zusätzlich „unwahr“ sind, in einer bestimmten Form öffentlich oder zumindest einem unbegrenzten Personenkreis gegenüber verbreitet werden und schließlich vorsätzlich und in der Absicht gemacht werden, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Bei § 16 Abs. 1 UWG handelt es sich also keineswegs um eine strafrechtliche Untermauerung des allgemeinen zivilrechtlichen Wettbewerbsrechts.²⁷³

2. Verhältnis zu § 263 StGB

Zwar bewegt sich § 16 Abs. 1 UWG im Vorfeld von § 263 StGB, trotzdem soll diese systematische Stellung der Norm nicht dahingehend missverstanden werden, dass § 16 Abs. 1 UWG alle Betrugsfälle erfasst, bei denen es nicht zu einem Vermögensschaden kommt. Bei geschützten Rechtsgütern (a) und deren Schutzhöhe (b) sowie auf der Tatbestandsebene (c) sind zahlreiche Unterschiede auffällig.

a) Das Rechtsgut

aa) Der Schutz des Vermögens versus die Schutzzwecktrias des § 1 UWG

Als Unterschied kommt vor allem das geschützte Rechtsgut in Betracht. Während im Rahmen des § 263 StGB weitgehend Einigkeit über das geschützte Rechtsgut Vermögen besteht, ist dies bei § 16 Abs. 1 UWG nicht so eindeutig. In der Literatur wird für jede denkbare Konstellation gesprochen. Es lassen sich Auffassungen finden, dass § 16 Abs. 1 UWG ausschließlich dem Verbraucherschutz,²⁷⁴ ausschließlich dem Schutz der Allgemeinheit²⁷⁵ oder ausschließlich dem Schutz der Mitbewerber²⁷⁶ dient. Nach einigen Auto-

²⁷² Siehe Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (c) (aa) und (bb).

²⁷³ Das war aber nicht immer so. Das Irreführungsverbot des § 3 UWG a.F. (heute: § 5 UWG) beschränkte sich bis UWG-Novelle 1969 (Gesetz vom 26.6.1969, BGBl. I vom 28.6.1969, S. 633) zunächst auf „öffentliche Bekanntmachungen oder Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind“, also auf die Publikumswerbung. Außerdem mussten die „unrichtigen Angaben“ geeignet sein, „den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen“. Damit kann man den Schluss ziehen, dass die Anwendungsbereiche des zivilrechtlichen Irreführungsverbots und des Straftatbestandes ursprünglich weitgehend deckungsgleich waren. Erst mit der UWG-Novelle von 1969 wurde das Irreführungsverbot in drei Punkten erweitert: (1) Das Erfordernis der Publikumswerbung wurde gestrichen, um auch die Irreführung im individuellen Kundengespräch zu erfassen. (2) Das Merkmal „unrichtige Angaben“ wurde durch „irreführende Angaben“ ersetzt. Damit wurde die Möglichkeit einer Irreführung durch wahre Angaben anerkannt. (3) Auch das Merkmal, dass die Angaben das Angebot als besonders günstig erscheinen lassen müssen, wurde ersatzlos gestrichen.

²⁷⁴ *Hernández*, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung, S. 42 ff., 74 ff., 101 ff., 106 ff.; 142 ff.; *Lampe*, in: FS-Lange, S. 455 (456); *Vergho*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, S. 164 ff.

²⁷⁵ *Gribkowsky*, Strafbare Werbung, S. 34 ff.; *Otto*, in: GK-UWG (1. Auflage), § 4 Rdn. 3 f.

ren ist als Rechtsgut der Schutz der Verbraucher und Mitbewerber anzusehen.²⁷⁷ Die herrschende Meinung kumuliert dagegen diese unterschiedlichen Rechtsgüter und sieht in § 16 Abs. 1 UWG einen mehrfachen Schutz, also sowohl den Schutz der Mitbewerber, als auch den Schutz der Verbraucher und des Interesses der Allgemeinheit an der Erhaltung eines leistungsfähigen Wettbewerbs. Ausgangspunkt der herrschenden Meinung ist die in § 1 UWG beschriebene Schutzzwecktrias.²⁷⁸

Im Ergebnis ist der herrschenden Meinung ohne weiteres zuzustimmen. Kritikwürdig erscheint aber der Ausgangspunkt. Übernimmt man die Schutzzwecktrias des § 1 UWG unbesehen auf § 16 Abs. 1 UWG, wird übersehen, dass § 1 UWG dem gesamten UWG als Gesetzeszweck vorangestellt ist. Der Zweck des Gesetzes ist aber von dem geschützten Rechtsgut strikt zu trennen, weil er insbesondere mit deliktsprägendem strafrechtlichem Rechtsgut oft nichts zu tun hat.²⁷⁹ So kann bei den anderen, ebenfalls im UWG geregelten Strafnormen (§§ 17-19 UWG) nicht von einer Schutzzwecktrias in vollem Umfang gesprochen werden.²⁸⁰ Darüber hinaus ist zu beachten, dass § 1 Satz 1 UWG lediglich die Mitbewerber und die Verbraucher als Schutzobjekt ansieht, die Allgemeinheit zumindest nach der Stellung im Gesetz nachrangig erst in § 1 Satz 2 UWG genannt wird.

Der verfehltete Ausgangspunkt der herrschenden Meinung ändert aber nichts an dem Ergebnis. Eine Schwerpunktsetzung ist abzulehnen:

An der Berechtigung des Verbraucherschutzgedankens im Bereich der strafbaren irreführenden Angaben soll kein Zweifel bestehen. Der Verbraucher entscheidet über „Sieg“ oder „Niederlage“ im Wettbewerb. In diesem Zusammenhang spricht man schlagwortartig von einer „Schiedsrichterfunktion des Verbrauchers im Wettbewerbsrecht.“²⁸¹ Die Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist daher, vor allem den Verbraucher generalpräventiv

²⁷⁶ Klug, GRUR 1975, 217 (227).

²⁷⁷ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 2; Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 16 Rdn. 9; Janssen/Maluga, in: MüKo-StGB, UWG, § 16 Rdn. 13 ff.; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 33 Rdn. 5.

²⁷⁸ Alexander, WRP 2004, 409 (410 ff.); Brammsen, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 11; Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 6; Dornis, GRUR 2008, 742 (747 f.); Ebert-Weidenfeller, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Teil Kap. 3 Rdn. 11; Ernst, in: Ullmann, jurisPK-UWG, § 16 Rdn. 1; Hammer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 2; Heghmanns, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 7 A, Rdn. 63; Kilian, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 19 ff.; Kunkel, Zur Strafbarkeit unwahrer, irreführender Absatzwerbung im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG, S. 43 ff.; Nestoruk, Strafrechtliche Aspekte des unlauteren Wettbewerbs, S. 111; Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 9 ff.; Roth, Strafbare Werbung und die Neuen Medien, S. 44 ff.; Ruhs, Strafbare Werbung, S. 146; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 16 Rdn. 4; Soyka, HRRS 2008, 418 (419); Többens, WRP 2005, 552 (553); Trepper, in: Götting/Nordemann, UWG, § 16 Rdn. 2; Wolters, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 6.

²⁷⁹ Vgl. Janssen/Maluga, in: MüKo-StGB, UWG, § 16 Rdn. 13.

²⁸⁰ Siehe nur Hammer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 17 UWG Rdn. 2; 18 UWG Rdn. 2; § 19 UWG Rdn. 2; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 17 Rdn. 2; § 18 Rdn. 2; § 19 Rdn. 2.

²⁸¹ Siehe nur Alexander, WRP 2004, 407 (411).

vor unzulässigen Beeinflussungen zu schützen und auf diese Weise die Überwachung des Wettbewerbs durch die Verhaltensfreiheit des Verbrauchers zu gewährleisten.²⁸²

§ 16 Abs. 1 UWG schützt neben dem Verbraucher aber auch die Interessen der Mitbewerber. Denn die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers bildet das notwendige Pendant zur Unabhängigkeit der Konkurrenten. Die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers über konkurrierende Angebote kann man daher nur dann sicherstellen, wenn gleichzeitig die freie Entfaltungsmöglichkeit der Mitbewerber gewährleistet wird. Wenn es aber aufgrund der irreführenden Angaben zu einem Geschäftsabschluss kommt, ist deshalb davon auszugehen, dass nicht nur die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers, sondern auch das Recht der Mitbewerber auf wirtschaftliche Betätigung am Markt als gleichberechtigte Mitkonkurrenten (Art. 12, 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt wird. Denn dem redlichen Mitbewerber kann so die Gewinnaussicht entzogen werden.²⁸³ Hieraus rechtfertigt sich sein Schutz im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG.²⁸⁴

Sind sowohl Verbraucher als auch Mitbewerber die Benachteiligten einer irreführenden Werbung, so gilt dies gleichsam für den Wettbewerb als Institution. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem europäischen Recht. § 1 Satz 2 UWG ist vielmehr so auszulegen, dass der Begriff des „unverfälschten Wettbewerbs“ dort an die Terminologie des AEU-Vertrages²⁸⁵ anknüpft und sich nicht nur auf das Kartellrecht, sondern auch auf das Lauterkeitsrecht bezieht.²⁸⁶ Damit stellt der unverfälschte Wettbewerb ein originäres, unionsrechtlich fundiertes Rechtsgut der EU dar. Deshalb ist es geboten, auch das Interesse der Allgemeinheit an einem freien Wettbewerb in den Schutzkanon des modernen Wirtschaftsstrafrechts der nationalen Rechtsordnungen aufzunehmen,²⁸⁷ was durch § 16 Abs.

²⁸² Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 1 Rdn. 17.

²⁸³ Abzulehnen ist daher die Auffassung, dass Mitbewerber durch irreführende Werbung nur mittelbar betroffen werden. Wenn der Verbraucher aufgrund täuschender Angaben einen Vertrag geschlossen habe, besage dies beispielsweise noch nichts darüber, ob er ohne die Täuschung den Vertrag mit einem anderen Anbieter geschlossen hätte. Die entzogene Gewinnaussicht sei deshalb noch nicht konkret und daher nicht schutzwürdig, so etwa *Vergho*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, S. 167 ff. Selbstverständlich ist die Aufgabe des Strafrechts nicht der Schutz von bloßen, nicht fassbaren Hoffnungen auf Gewinnerzielung. Es ist aber nicht außer Acht zu lassen, dass § 16 Abs. 1 UWG nicht jeden Mitbewerber, sondern nur diejenigen schützt, dessen Interessen hinreichend konkret sind. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 1 UWG. Das UWG definiert „Mitbewerber“ in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG als „jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht“. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen ist jedenfalls anzunehmen, wenn sie die gleichen oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Abnehmerkreises abzusetzen versuchen mit der Folge, dass die beanstandete geschäftliche Handlung das andere Unternehmen beeinträchtigen, d.h. in seinem Absatz behindern oder stören kann, vgl. BGH GRUR 2014, 1114 (Rdn. 24, 26) – *Nickelfrei*; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rdn. 96, 104. Geschützt ist also nur derjenige Mitbewerber, dessen leistungsgerechteres Angebot einen Wettbewerbsnachteil erleiden soll.

²⁸⁴ Vgl. auch Gliederungspunkt Teil 2 C I 1 a).

²⁸⁵ Vgl. Art. 101 Abs. 1 AEUV: „Verfälschung des Wettbewerbs“.

²⁸⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 1 Rdn. 43.

²⁸⁷ Vgl. Dannecker, in: FS-Tiedemann, S. 789 (799).

1 UWG im Wettbewerbsstrafrecht geschehen ist. Geschützt ist deshalb *nicht nur* „das Interesse“ der Allgemeinheit an der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, weil dies durch den Schutz des Mitbewerbers und des Verbrauchers gewährleistet wird, *sondern auch* „das Vertrauen“ der Allgemeinheit auf einen unverfälschten Wettbewerb. Das bedeutet natürlich nicht, dass jeder einzelne Umworbene in jedem konkreten Fall dem Werbenden unkritisch vertrauen darf. Geschützt ist aber auf jeden Fall das „abstrakte“ Vertrauen in die Richtigkeit der Wirtschaftswerbung, die partiell Inhalt und Voraussetzung der Wirtschaftsordnung ist, und daher auch selbst schutzwürdig ist.²⁸⁸

bb) Dispositionsfreiheit der Verbraucher

Die entscheidende Frage bleibt aber offen. Denn die Aussage, dass § 16 Abs. 1 UWG den Verbraucher schützt, sagt noch nichts darüber aus, welches konkrete Rechtsgut des Verbrauchers geschützt werden soll.

Denkbar ist zunächst, dass die Vorschrift die Dispositionsfreiheit schützt. Dies entspricht dem – meistens unbegründeten – Standpunkt der herrschenden Meinung.²⁸⁹

Unter der Dispositionsfreiheit ist das Belieben zu verstehen, über den Einsatz von persönlichen Gütern frei zu entscheiden. Auf deren rechtliche Qualität, insbesondere auf die Frage, ob sie Teil des strafrechtlichen Vermögens ist, kommt es nicht an. Demzufolge ist die Dispositionsfreiheit bei jedem Fall der täuschungsbedingten Veranlassung einer Leistung betroffen, die den mit ihr verfolgten Zweck nicht erreicht.²⁹⁰ Verfassungsrechtlich betrachtet handelt es sich bei der Dispositionsfreiheit um das Mutter- oder Auffanggrundrecht der persönlichen Freiheit (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG).²⁹¹

Die Annahme der Dispositionsfreiheit ohne nähere Begründung als geschütztes Rechtsgut erscheint allerdings problematisch, wenn man daran denkt, dass die Vorschrift nicht einmal eine tatsächliche Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit voraussetzt und sie auch dann erfüllt ist, wenn die irreführende Angaben von niemandem wahrgenommen werden.²⁹²

Denkbar ist deshalb auch, dass die Vorschrift das Vermögen des Verbrauchers in Form eines abstrakten Vermögensgefährdungsdelikts schützt. Tatsächlich geht ein Teil der Lite-

²⁸⁸ Zutreffend Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität AT, S. 84 f.

²⁸⁹ Statt vieler siehe nur BGHSt 52, 227 (Rdn. 48) – *Strafbare Werbung im Versandhandel*; Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 7; Dornis, GRUR 2008, 742 (747); Hammer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 2; Lampe, in: FS-Lange, S. 455 (474); Nestoruk, Strafrechtliche Aspekte des unlauteren Wettbewerbs, S. 111; Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 31; Ruhs, Strafbare Werbung, S. 23; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rdn. 217; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 33 Rdn. 5; Wolters, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 8.

²⁹⁰ Göbel, Die strafrechtliche Bekämpfung der unseriösen Geschäftstätigkeit, S. 155.

²⁹¹ Tiedemann, in: LK, Vor § 263 Rdn. 28.

²⁹² Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 1.

ratur davon aus, dass § 16 Abs. 1 UWG als ein Vermögensdelikt in Form eines Vermögensgefährdungstatbestandes zu interpretieren sei. Ihr Fazit lautet, dass der Schutz der Dispositionsfreiheit nicht legitimierbar sei. Es liege ein Fall strafwürdiger und strafbedürftiger Irreführung nur vor, wenn die Angabe darauf abziele, den Adressaten zu einer *vermögensschädigenden* Handlung zu veranlassen. Die bloße Lüge ohne Tendenz einer Vermögensschädigung sei nicht strafwürdig.²⁹³

Konsequenz dieser Auffassung ist die Tatbestandslosigkeit bloß anlockender irreführender Angaben. Es geht dabei um die Fälle, in denen von vornherein und selbst unter Heranziehung der individuellen Verhältnisse des Betroffenen²⁹⁴ die Möglichkeit eines Vermögensschadens ausgeschlossen zu sein scheint. Folgt man dieser Auffassung, so ist es nicht strafbar, wenn z.B. die als extrem günstig angepriesenen Objekte nicht oder nicht in hinreichender Menge vorhanden sind (sog. „Lockvogelangebote“).²⁹⁵ Denn das Angebot hat hier nur die Funktion, Kunden in die Verkaufsräume zu locken oder den Kontakt mit ihnen zu ermöglichen. Ähnliches gilt etwa für Werbungen, bei denen der Verbraucher durch unwahre und irreführende Angaben über Anlass und Zweck eines Verkaufs²⁹⁶ oder über die Preisbemessung – insbesondere durch falsche Preisgegenüberstellung²⁹⁷ – getäuscht wird. Als weiteres Beispiel ist irreführende Werbung mit einem Testergebnis zu nennen, die den Zweck hat, den Bieter zum Kauf eines brauchbaren Produkts zu einem realen Marktpreis zu veranlassen. In diesen Fällen erleidet der Bieter eindeutig keinen Vermögensschaden. Auch kann keine Rede von einer Vermögensgefährdung sein.

Diese Auffassung überzeugt aber nicht. Eine derartige dogmatische Einordnung führt zu der berechtigten Frage, worin die Auffangfunktion des § 16 Abs. 1 UWG besteht. Qualifiziert man § 16 Abs. 1 UWG als Vermögensgefährdungsdelikt, müsste die Vorschrift in jedem Fall, in dem der Betrugstatbestand am Schädigungsvorsatz oder an den Voraussetzungen des § 22 StGB scheitert, versagen.²⁹⁸ Umgekehrt würde diese Qualifizierung weiterhin zu der falschen Annahme führen, dass – wie es auch in der amtlichen Begründung vertreten wird²⁹⁹ – in Fällen des § 16 Abs. 1 UWG „zugleich“ der – versuchte – Betrugstatbestand des § 263 StGB erfüllt sei. Logische Konsequenz dieser Einordnung wäre, dass auf der Konkurrenzebene eine Gesetzeskonkurrenz vorliegt, was ein Zurücktreten der

²⁹³ *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 12 f.; *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 878; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, Rdn. 445; *Hernández*, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung, S. 142 ff., 157; *Verghe*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, S. 183 f., 187 ff.

²⁹⁴ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 A III 2 b) bb).

²⁹⁵ Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 7.22 ff.

²⁹⁶ Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 6.1 ff.

²⁹⁷ Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 7.44 ff.

²⁹⁸ Zutreffend *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 29.

²⁹⁹ BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

Strafbarkeit wegen irreführender Werbung hinter die Betrugsstrafbarkeit zur Folge habe.³⁰⁰ Infolge dieses Gedankengangs sollte man letztendlich am Sinn einer gesonderten Regelung im UWG zweifeln,³⁰¹ weil der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG immer durch den versuchten Betrug übernommen wird. § 16 Abs. 1 UWG wäre damit überflüssig.

Daher ist richtigerweise davon auszugehen, dass § 16 Abs. 1 UWG im Vergleich zum *versuchten* Betrug vorverlagert wird.³⁰² Dem entgegen könnte man natürlich argumentieren, dass für die Annahme eines versuchten Betruges grundsätzlich die Vornahme einer Täuschungshandlung ausreicht und gerade dieses Tatbestandsmerkmal den wichtigsten Berührungspunkt der beiden Strafvorschriften bildet. Daher solle auch bei § 16 Abs. 1 UWG an dieselbe Tathandlung angeknüpft werden mit der Folge, dass der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG erst dort beginnen könne, wo eine Täuschung i.S.d. § 263 StGB vorliege, weil in der irreführenden Werbung gleichfalls das unmittelbare Ansetzen zum versuchten Betrug liege.³⁰³

Dem ist darin beizupflichten, dass die „Täuschung“ i.S.d. § 263 StGB und die „Irreführung“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG *nahezu*³⁰⁴ immer sinnidentisch zu interpretieren sind. Es soll aber nicht außer Acht bleiben, dass im System des Betruges der Täter zwar nicht wissen soll, wer der Geschädigte ist,³⁰⁵ die Täuschungshandlung sich aber auf jeden Fall über das objektive Ansetzen hinaus subjektiv auf eine Vermögensschädigung auf der Seite des *einzelnen* Opfers richten muss, was allerdings in vielen Fällen der Täuschung des Publikums durch Werbung nicht vorhanden sein wird. Man kann auch die strafschärfende Regelung des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 2. Alt. StGB nicht heranziehen, da mit dieser Regelung nur die Fälle erfasst werden sollen, in denen der Täter mit sicherer Kenntnis vom Eintritt des Gefährdungserfolges durch eine Mehrzahl von rechtlich *selbstständigen* Täuschungshandlungen eine Vielzahl von Personen schädigen will.³⁰⁶

Die Vorlagerung der Strafbarkeit durch § 16 Abs. 1 UWG ist daher gerade darin zu sehen, dass das geschützte Rechtsgut unabhängig neben dem Vermögen stehen sollte.³⁰⁷ § 16 Abs. 1 UWG ist daher auch und gerade dort zu verorten, wo die Täuschungshandlung

³⁰⁰ So etwa *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 878. Missverständlich ist daher die Aussage von *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 73, der zwar davon ausgeht, dass § 16 Abs. 1 UWG ein Vermögensgefährdungsdelikt sei (a.a.O. Rdn. 12 f.). Dennoch nimmt er eine Tateinheit an.

³⁰¹ So etwa *Hefendehl*, GA 1997, 119 (129 f.).

³⁰² Zur auktionsspezifischen Konkretisierung dieser Aussage siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (c) (bb).

³⁰³ Vgl. *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 278 in Bezug auf das Verhältnis von § 298 StGB und § 263 StGB.

³⁰⁴ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1).

³⁰⁵ Siehe nur *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 287.

³⁰⁶ Siehe nur *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 299.

³⁰⁷ Vgl. *Tiedemann*, in: LK, Vor § 263 Rdn. 28a.

i.S.d. § 263 StGB den Schädigungsvorsatz nicht umfasst und sie somit selbst eine konkrete Vermögensgefährdung des Einzelnen nicht begründen kann. § 16 Abs. 1 UWG soll also auch dort eingreifen, wo sich der Täter lediglich zweckverfehlten irreführenden Angaben bedient. Man erreicht damit also den Bereich der Dispositionsfreiheit.³⁰⁸ Nur wenn dies der Fall ist, kann der Tatbestand seine Auffangfunktion erfüllen.

Die Frage, ob eine derartige Vorverlagerung legitim ist, steht auf einem anderen Blatt, kann aber zumindest bei § 16 Abs. 1 UWG zunächst wegen seinem Kollektivcharakter und der Opfervielheit unproblematisch bejaht werden.³⁰⁹ Wie im Folgenden gezeigt wird, wirkt ferner das Leitbild eines Durchschnittsverbrauchers tatbestandseinschränkend. Es ist ein geeigneter Maßstab zur Begrenzung der Reichweite des Schutzes der Dispositionsfreiheit, da es aufgrund seiner normativen Struktur offen für Interessenabwägungen ist und deswegen im Wege der praktischen Konkordanz Werbefreiheit und Verbraucherschutz berücksichtigen kann. Es ist insoweit ein interessengerechtes Regulativ, welches in vielen Fällen dem ultima-ratio Charakter des Strafrechts mehr Rechnung trägt als das Opferleitbild des § 263 StGB.

b) Das Opferleitbild

Die Feststellung, dass das Vermögen des Verbrauchers durch § 263 StGB und dessen Entscheidungsfreiheit durch § 16 Abs. 1 UWG geschützt sind, sagt allerdings noch nichts über die Schutzhöhe der Rechtsgüter. Das ist eine Frage der Wertung und die Antwort darauf hängt von den jeweils herrschenden wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Anschauungen ab. Damit ist das sog. Verbraucher- bzw. Opferleitbild angesprochen.

³⁰⁸ Folge dieser Einordnung ist, dass neben der bloß anlockenden Werbeaussage *auch* alle mit der Versteigerung einer markenrechtsverletzenden Plagiatsfelge vergleichbaren Fälle unproblematisch unter § 16 Abs. 1 UWG subsumierbar sind. Denn nach § 16 Abs. 1 UWG ist strafbar, wer ein längst auf dem Markt befindliches Produkt als „neue Erfindung“ zu einem angeblich günstigen „Einführungspreis“ anbietet, oder wer Produkte unter Vorspiegelung wertsteigernder Eigenschaften zu einem angeblichen „Schnäppchenpreis“ offeriert, während der verlangte Preis in Wirklichkeit dem Wert der Kaufobjekte entspricht (z.B. Gebrauchtwagenhandel). Da das geschützte Rechtsgut die Dispositionsfreiheit ist, spielt es keine Rolle mehr, ob die gelieferte Ware trotz vertraglicher Minderwertigkeit ihren Preis wert ist. Wenn die produktbezogenen Angaben der Wahrheit nicht entsprechen, sind diese irreführend und unzulässig, selbst wenn die beworbene Ware letztlich die vom Verbraucher erwartete Qualität aufweist. Wird z.B. ein in Schottland hergestellter Whisky auf dem Flaschenetikett als „Scotch-Whisky“ bezeichnet, obwohl er keine drei Jahre gelagert hat, so wird der Verbraucher über die Eigenschaften eines Scotch-Whisky getäuscht. Es spielt keine Rolle, ob der Whisky in Bezug auf Qualität und Geschmack einem Whisky gleichsteht, der wegen dreijähriger Lagerung als „Scotch-Whisky“ bezeichnet werden darf, oder ob der Verbraucher (k)eine konkrete Vorstellungen über die Eigenschaften eines Scotch-Whisky hat, vgl. BGH GRUR 1969, 280 (282) – *Scotch-Whisky*.

³⁰⁹ Vgl. nur BT-Drucks. 15/1487, S. 26; Otto, GRUR 1979, 90 (92 f.); Otto, GRUR 1982, 274 (277 f.); Tiedemann, in: Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, S. 279 (285); Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rdn. 217; siehe auch Wolters, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 8; ferner Waßmer, JZ 1999, 1099 (1101).

aa) § 263 StGB

(1) Die Position der herrschenden Meinung

Vorherrschend ist in Deutschland die Meinung, dass das Opferverhalten bei der Beurteilung der Strafbarkeit wegen Betruges keine Berücksichtigung finden dürfe. Der Tatbestand des Betruges schütze auch leichtfertige Opfer; ob die Verfügung des Vermögens durch eine sorgfältige Prüfung vermeidbar gewesen wäre, spiele keine Rolle.³¹⁰ So wurde etwa im „Sirius“-Fall, bei dem sich der Täter als Sendbote des Sternes Sirius ausgab, neben versuchtem Mord und vorsätzlicher Körperverletzung auch ein vollendeter Betrug angenommen. Selbst für diesen extremen Fall des Betruges hält der BGH fest, es sei rechtlich irrelevant, dass das Opfer „völlig unglaublichen Suggestion erlag“. „Das Erstaunliche des Vorganges entlastet den Täter nicht.“³¹¹ Im berühmten „Wundermittel“-Fall erklärt der BGH für unerheblich, dass die Besteller bei hinreichend sorgfältiger Prüfung die Täuschung hätten erkennen können.³¹² Zwar hat der BGH in mehreren Entscheidungen darauf hingewiesen, § 263 StGB solle nicht „sorglose Menschen gegen die Folgen ihrer eigenen Sorglosigkeit schützen.“³¹³ Der Satz blieb aber nicht nur folgenlos,³¹⁴ sondern wurde als überraschend und „aus dem Vollen geschöpft“ bezeichnet.³¹⁵

(2) Die Lehre von der Viktimodogmatik

Im Gegensatz zur herrschenden Meinung wollen dagegen die Vertreter der Viktimodogmatik,³¹⁶ unter Berufung vor allem auf die Subsidiarität und ultima-ratio-Funktion des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes sowie die Selbstschutzmöglichkeiten des Opfers, eine generelle teleologische Reduktion des § 263 StGB erreichen.

³¹⁰ BGHSt 57, 95 (Rdn. 73) – *Abrechnungsbetrug eines privatliquidierenden Arztes*; BGH NStZ 2003, 313 (Rdn. 5) – *Irrtum des Opfers beim Betrug*; BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 20) – *Routenplaner*; BGH BeckRS 2014, 15319 (Rdn. 23) – *Betrug durch Versendung von „Angebotsrechnungen“*; BGH BeckRS 2014, 20657 (Rdn. 29) – *Betrug bei der Immobilienvermittlung*; OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 44) – *Betrug durch „Abo-Fälle“ im Internet*; Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 20 Rdn. 49 f., 68; Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 StGB Rdn. 7; Fischer, StGB, § 263 Rdn. 55; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 2, Rdn. 544; Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdn. 18, 20; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 41 Rdn. 61; Otto, JZ 1993, 652 (654); Otto, Strafrecht BT, § 51 Rdn. 23; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 32a, 40; Rengier, Strafrecht BT 1, § 13 Rdn. 51; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 126; Tiedemann, in: LK, Vor § 263 Rdn. 38 f.; § 263 Rdn. 86.; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, Rdn. 487, 512 f.

³¹¹ BGHSt 32, 38 (43) – *Sirius-Fall*.

³¹² BGHSt 34, 199 (201) – *Wundermittel-Fall*.

³¹³ BGHSt 3, 99 (103) – *Gewinnaussicht bei einer Verlosung*; BGHSt 47, 1 (4) – *Insertionsoffertenbetrug*; BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 20) – *Routenplaner*.

³¹⁴ Stuckenberg, ZStW 118 (2006), 878 (896).

³¹⁵ Arzt, in: FS-Tiedemann, S. 595 (602); Tiedemann, in: LK, Vor § 263 Rdn. 37 dort Fn. 64.

³¹⁶ Die Lehre der Viktimodogmatik wird zwar typischerweise im Zusammenhang mit dem Irrtumsmerkmal diskutiert. Innerhalb der viktimodogmatischen Lehre gibt es jedoch verschiedene Ansichten, wie der viktimodogmatische Gedanke in den Betrugstatbestand zu transferieren ist. Zur besseren Übersichtlichkeit werden die verschiedenen dogmatischen Ansätze nachfolgend im Zusammenhang dargestellt, auch wenn das Irrtumsmerkmal zum Teil nicht der Anknüpfungspunkt ist.

Der erste Vorschlag setzt an einer restriktiven Auslegung des Tatsachenbegriffs an. *Hilgendorf* unterscheidet zwischen betrugsrelevanten und betrugsirrelevanten Tatsachenaussagen. Betrugsirrelevant seien Tatsachenaussagen dann, wenn ihr Geltungsanspruch „aus Sicht eines durchschnittlich gebildeten und geschäftserfahrenen Bürgers“ abgeschwächt sei. Werbebotschaften, bei denen jedem Durchschnittsbürger klar sein müsse, dass sie nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen können, sollten auf diesem Weg aus dem Tatbestand des § 263 StGB ausgeschieden werden.³¹⁷ Andere Autoren verankern die betrugsrelevante Opfermitverantwortung bei dem Tatbestandsmerkmal „Irrtum“. Ein „Irrtum“ i.S.d. § 263 StGB sei nur anzunehmen, wenn der Getäuschte an die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Angaben des Täuschenden glaube.³¹⁸ So wird im Wege einer teleologischen Interpretation des Irrtumsmerkmals ein Irrtum bei Zweifel ausgeschlossen, wenn die Zweifel auf konkreten Anhaltspunkten beruhen. Derartige „konkrete Anhaltspunkte“ sollen z.B. vorliegen, wenn die behaupteten Tatsachen unwahrscheinlich, widersprüchlich oder mit anderen Informationen des Verfügenden unvereinbar sind.³¹⁹ Für andere soll die Opfermitverantwortung schon im Bereich der Täuschung zu einer Kriminalisierung nur konkret gefährlicher Täuschungshandlungen führen, wobei die konkrete Gefährlichkeit zu verneinen sei, wenn der Irrtum auf grober Fahrlässigkeit des Opfers basiert.³²⁰ Andere wollen den Gedanken der Opfermitverantwortung bei dem Kausalzusammenhang verorten und fordern einen adäquaten Zusammenhang,³²¹ während die herrschende Meinung die Kausalität zwischen Täuschung und Irrtumserregung sowie zwischen Irrtum und Vermögensverfügung strikt nach der Äquivalenztheorie beurteilt und somit einem mitwirkenden Verschulden des Opfers an der Entstehung des Irrtums keine tatbestandliche Relevanz beimisst.³²² Andere Autoren wollen die insbesondere im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte weitgehend anerkannte Lehre der objektiven Zurechnung auch für § 263 StGB fruchtbar machen. Danach sei der Täter nur dann für die durch seine Täuschung ausgelösten Folgen verantwortlich, wenn ihm der Irrtum des Opfers (als Zwischenerfolg) auch objektiv als sein Werk zugerechnet werden kann.³²³ *Vogel* schlägt für den Fall der konkludenten Täuschung eine Abgrenzung mit Hilfe der „Verletzung kommunikativer

³¹⁷ *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, S. 192 ff.

³¹⁸ *Giehring*, GA 1973, 1 (16 ff.).

³¹⁹ *Amelung*, GA 1977, 1 (4 ff., 7); ihm zustimmend *Schünemann*, in: FS-Bockelmann, S. 117 (130 f.); *Schünemann*, in: FS-Faller, S. 357 (362 ff.); *Schünemann*, in: FS-Schneider, S. 407 (415).

³²⁰ *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 287 ff.

³²¹ *Krack*, JR 2003, 384 (386); *Naucke*, in: FS-Peters, S. 109 (118 f.).

³²² AllgM: *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 StGB Rdn. 68; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 263 Rdn. 81; *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 93.

³²³ *Gaede*, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 21 ff., 61; *Gaede*, in: FS-Roxin (2011), S. 967 (974 ff.); *Harbort*, Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug, S. 185 ff., 192 f.; *Kurth*, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, S. 169 ff., 197, 245; *Rengier*, in: FS-Roxin, S. 811 (820 ff.); *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 96.

Verkehrspflichten“ vor, deren Relevanz er durch den Rückgriff auf die Lehre von der objektiven Zurechnung in den Betrugstatbestand einbringen will.³²⁴ Andere vertreten die Auffassung, dass eine teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes insgesamt zu erreichen sei. Diese ermögliche es, Täter- und Opferperspektive gleichermaßen zu berücksichtigen. Ein Betrug sei daher abzulehnen, wenn das Opfer bewusst gegen seine eigenen Interessen handelt und außerdem nicht besonders schutzbedürftig ist.³²⁵ Andere wollen die Solidaritätspflicht und den sich aus dieser Solidaritätspflicht ergebenden Abwägungsgedanken zwischen den Interessen von Täter und Opfer des § 291 StGB für § 263 StGB fruchtbar machen. Der Täter sei verantwortlich für alle Fälle, in denen zwar eine Schwächesituation des Opfers ausgenutzt wird, aber mangels auffälligen Missverhältnisses keine Wucherstrafbarkeit vorliege, wenn der Täter auf das Geschehen gleichsam einer „(Vor-)Inszenierung des geschäftlichen Kontakts“ Einfluss nimmt. In diesen Konstellationen bleibe der Täter kraft einer Sonderzuständigkeit für die Folgen seines Verhaltens und des Irrtums des Opfers verantwortlich.³²⁶ Für eine allgemeine Abwägung der Interessen von Täter und Opfer plädiert auch *Wittig*. Ein Betrug solle nur dann möglich sein, wenn dem Opfer die Sorge um die Informationsbeschaffung abgenommen sei, die zur Wahrung seiner Vermögensinteressen erforderlich sei.³²⁷ Schließlich wird die Strafzumessung als der am besten geeignete Bereich für eine Berücksichtigung des Opferverhaltens empfohlen.³²⁸

Auch „die Lehre vom Recht auf Wahrheit“ steht den viktimodogmatischen Ansätzen unmittelbar nahe,³²⁹ da nach dieser Lehre selbst die ausdrückliche Täuschung nur bei Verletzung eines solchen Rechts strafbar sein soll.³³⁰ Nach diesem Ansatz bedinge eine betrugsrelevante Täuschung eine Wahrheitspflichtverletzung, die anzunehmen sei, wenn eine Person tatsächlich nicht die Informationen vom Täter erhält, die sie für ihre Entscheidung über das Vermögen erwarten darf. Der Hintergrund dafür ist die Idee, dass der Betrugstatbestand dazu dienen soll, die Beteiligten in ihrem Vertrauen zu bestätigen, dass

³²⁴ *Vogel*, in: GS-Keller, S. 313 (322 ff.).

³²⁵ *Hennings*, Teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes aufgrund von Mitverantwortung des Opfers, S. 169 ff., 191 ff.

³²⁶ *Schwarz*, Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug, S. 145 ff., 179.

³²⁷ *Wittig*, Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs, S. 366 ff., 406.

³²⁸ *Petropoulos*, Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrugstatbestand, S. 171 ff., 211. Ebenso im Fall des Verkaufs von Illusionen *Arzt*, in: FS-Hirsch, S. 431 (447). Auch die traditionelle Betrugslehre erkennt die Opfermitverantwortung als relevanter Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen der Strafzumessung an. Anders als viktimodogmatische Ansätze aber nicht als „Muss“: *Müller-Christmann*, JuS 1988, 108 (111); *Tiedemann*, in: LK, Vor § 263 Rdn. 39.

³²⁹ Zutreffend *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 94; *Tiedemann*, in: LK, Vor § 263 Rdn. 35; *Vogel*, in: GS-Keller, S. 313 (320).

³³⁰ Die Diskussion über die differenzierte, konkrete Herleitung des Rechts auf Wahrheit, vor allem ob § 263 StGB als „vermögensschädigendes Freiheitsdelikt“ zu begreifen ist, so z.B. *Kindhäuser*, ZStW 103 (1991), 398 (399), soll mangels Relevanz nicht vertieft werden, siehe nur *Kindhäuser*, in: FS-Bemmann, S. 339 (354, dort Fn. 40), wo er seine Meinung aufgibt.

sie von den Rechtspersonen, mit denen sie vermögensbezogen interagieren, jene Mitteilung erhalten, von deren Verschaffung sie nach der konkreten Ausgestaltung der betreffenden Interaktion ausgehen dürfen. Mit diesem Recht auf Wahrheit werden so die Informationsansprüche bezeichnet.³³¹ Daraus ergibt sich *zunächst* „die gebotene Selbstsorge“, *aber auch* „die berechtigte Erwartung“ des Opfers. Beide seien nicht subjektiv unter Beachtung der individuellen Besonderheiten des Opfers, sondern auf der Basis einer rollenmäßig präformierten Durchschnittsverständigkeit zu ermitteln.³³² Die Frage nach der objektiven Zurechnung im Sinne von § 263 StGB,³³³ bzw. in deren besonderer Ausprägung die Eigenschaft des Betruges als Delikt mit vertypter mittelbarer Täterschaft,³³⁴ müsse Ausgangspunkt jeder weiteren Überlegung sein: Ein allgemeiner, unbeschränkter Anspruch auf Vermittlung von Information stehe dem Opfer grundsätzlich nicht zu.³³⁵ Der Anbieter einer Leistung könne deshalb bei seinem Interaktionspartner ein klugverständiges Verhalten und die Wahrung seiner Interessen voraussetzen.³³⁶ Für die Folgen etwaiger Organisationsmängel, beispielsweise gebotenes Nachforschen unterlassen zu haben, sei das Opfer selbst zuständig.³³⁷ Die Obliegenheit zur Selbstsorge ende erst, wenn der Täter widersprüchliche Angaben macht und das Opfer diese nicht erkennen kann.³³⁸ Die Konsequenz aus der Orientierung am Recht des Opfers auf Wahrheit sei, dass es nicht darauf ankomme, ob die Täuschung ausdrücklich, konkludent oder durch Unterlassen erfolge. Maßgeblich sei ausschließlich, ob der Täter für eine bestimmte Ausstattung des Opfers mit Mitteilungen für dessen Informationsdefizit zuständig sei.³³⁹ Die Zuständigkeitskriterien werden aber unterschiedlich festgelegt: *Pawlik* rekurriert auf strafrechtsautonome, betrugsrelevante Garantenstellungen.³⁴⁰ *Kindhäuser* hingegen bestimmt anhand der üblichen Auslegungsregeln aus der Perspektive eines objektiven Dritten in Abhängigkeit von Umständen des Einzelfalls.³⁴¹

(3) Kritik an der Viktimodogmatik aus der herrschenden Lehre

Bei aller Verschiedenheit im Detail verfechten die Vertreter der Viktimodogmatik die gemeinsame Grundüberzeugung, es sei Aufgabe bestimmter Betrugsmerkmale, das im

³³¹ *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 74 ff.

³³² *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 61; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 148 ff.

³³³ *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 65 ff.

³³⁴ *Kindhäuser*, in: FS-Bemmann, S. 339 (351 ff., 354).

³³⁵ *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 61, 63, 93; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 153 f. Im Ergebnis unterscheidet sich auch der Ansatz von *Kasiske* kaum. Er stellt darauf ab, ob es dem Opfer möglich und zumutbar ist, sich die Informationen zu beschaffen, über die der Täter verfügt, GA 2009, 360 (367).

³³⁶ *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 171 f.

³³⁷ *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 172.

³³⁸ *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 158, 162 f., 172.

³³⁹ *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 97 ff., 100 ff., 106 ff.

³⁴⁰ *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 127 ff.

³⁴¹ *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 61.

Vergleich zu anderen Rechtsordnungen zu weit gehende deutsche Betrugsstrafrecht³⁴² mithilfe des Prinzips der Eigenverantwortlichkeit zu beschränken. Auch in der traditionellen Lehre besteht zwar Einigkeit über das Erfordernis einer Abgrenzung zwischen zulässiger Übervorteilung durch besondere Geschäftstüchtigkeit einerseits und strafbarer Täuschungshandlungen andererseits.³⁴³ Dennoch lehnt die herrschende Lehre jegliche tatbestandreduzierenden Ansätze mit dem Argument ab, dass der Betrugstatbestand hierdurch eine Einschränkung erfahre, die im gesetzlichen Wortlaut nicht vorgesehen sei. Es gehe also darum, den Wortlaut zu korrigieren, und damit um eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung. Ob und ggf. inwieweit ein strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter Berücksichtigung der Opfermitverantwortung sachgerecht sei oder nicht, unterliege aber der weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Diese Interpretation liege im Übrigen nicht nur näher an dem Wortlaut des § 263 Abs. 1 StGB, der nicht den geringsten Anhaltspunkt für einen Tatbestandsausschluss bei mitwirkendem Opferverschulden liefert, sondern sie deckt sich auch mit der kriminalpolitischen Zweckbestimmung, die der historische Gesetzgeber dem Betrugstatbestand beigemessen habe. Dieser habe bewusst die leichtgläubigen Betrugsoffer in den strafrechtlichen Schutzbereich einbezogen.³⁴⁴

bb) Wettbewerbsrecht

Die Idee der Selbstverantwortung, die im Rahmen des § 263 StGB weitgehend abgelehnt wird, wird dagegen in das Wettbewerbsrecht integriert, um eine angemessene Abwägung zwischen den Interessen des Werbenden und der Verbraucher zu finden.

(1) Opferleitbild i.S.d. § 5 UWG

Der BGH ging in seinen früheren Entscheidungen von einem „flüchtigen, unaufmerksamen“ Verbraucher aus, der Werbebehauptungen gewohnheitsmäßig und oberflächlich wahrnimmt. Er stellte auf das Verständnis der unkritischen und unaufmerksamen Werbeadressaten ab.³⁴⁵ Der Verbraucher wurde daher selbst dann geschützt, unabhängig davon,

³⁴² Einen ausführlich Überblick findet man bei Tiedemann, in: LK, Vor § 263 Rdn. 51 ff.

³⁴³ Z.B. Tiedemann, in: LK, Vor § 263 Rdn. 35.

³⁴⁴ Vgl. zur – teilweise weitergehenden – Kritik an den viktimodogmatischen Ansätzen insgesamt: Arzt, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 20 Rdn. 49 f., 68; Arzt, in: FS-Tiedemann, S. 595 (601 f.); Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 274 ff.; Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, S. 21 ff., 34 f., 36 ff., 85 ff., 153 ff., 175 ff.; Hoyer, in: SK-StGB, § 263 Rdn. 5, 71 ff.; Kargl, in: FS-Lüderssen, S. 613 (614 f., 617 f.); Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 41 Rdn. 61; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 40; Petropoulos, Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrugstatbestand, S. 105 ff., 123 f., 126 ff.; Rengier, Strafrecht BT 1, § 13 Rdn. 51; Tiedemann, in: LK, Vor § 263 Rdn. 38; § 263 Rdn. 86; siehe auch (mit teilweisen Verteidigung der Viktimodogmatik) Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 28. Insgesamt aber gegen allen Kritikpunkte aus der herrschenden Lehre sehr überzeugend Schünemann, NStZ 1986, 439 (441 f.): „Kritik und Antikritik“.

³⁴⁵ Z.B. BGH GRUR 1960, 567 (569) – Kunstglas; BGH GRUR 1988, 459 (460) – Teilzahlungsankündigung; BGH GRUR 1990, 604 (605) – Dr. S.-Arzneimittel; BGH GRUR 1991, 546 (547) – „... aus Altpapier“; BGH GRUR 1992, 450 (452 f.) – Beitragsrechnung.

ob die Fehlvorstellung für den Verbraucher zu verhindern gewesen wäre.³⁴⁶ Aufgrund des hohen Schutzniveaus wurde diese Rechtsprechung des BGH jedoch heftig kritisiert.³⁴⁷ Es wurde gefordert, der BGH solle sein Leitbild des flüchtigen Verbrauchers aufgeben und sein Verbraucherleitbild nach dem des EuGH umgestalten, der schon seit Langem von einem durchschnittlich³⁴⁸ informierten, aufmerksamen und verständigen³⁴⁹ Verbraucherleitbild³⁵⁰ ausgeht.³⁵¹ Der geforderte Wandel hat sich schrittweise seit Mitte der 90er Jahre in der Rechtsprechung des BGH vollzogen.³⁵² Eine vollständige Übernahme des Verbraucherleitbildes des EuGH zur Auslegung des Irreführungsbegriffs erfolgte aber erstmals mit der Entscheidung im „Orient-Teppichmuster“-Fall.³⁵³ Erst nach dieser Entscheidung wird das Vorliegen einer Irreführung auch im deutschen Wettbewerbsrecht aus Sicht eines durchschnittlich aufmerksamen, informierten und verständigen Verbrauchers ermittelt, welcher weder naiv noch ohne Kenntnis von den Anforderungen im Geschäftsleben ist. Er ist vielmehr mit dem Wirtschafts- und Rechtssystem vertraut und kann das Waren- und Dienstleistungsangebot kritisch beurteilen.³⁵⁴ Er ist daher in der Lage, am Marktgeschehen eigenverantwortlich teilzunehmen und seine Entscheidungen auf dem Markt frei zu treffen.³⁵⁵ Er informiert sich aktiv, d.h. er nutzt die ihm zugänglichen Informationsquellen, liest Produktbeschreibungen und würdigt die ihm übermittelten Informationen

³⁴⁶ Aus strafrechtlicher Sicht entspricht dies der herrschenden Ansicht beim Betrug (263 StGB), die den Schutz vor Täuschungen auch dann gewährleisten will, wenn der Verfügende die Angabe für möglicherweise wahr hält.

³⁴⁷ So wurde vorgebracht, der BGH orientiere sich am Leitbild eines absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Verbrauchers (so der Angeklagte im Bocksbeutel-Verfahren vor dem EuGH, wiedergegeben in EuGH Slg. 1984, 1299, 1306 – *Prantl*). Der BGH stelle auf den Horizont eines an der Grenze zur Debilität verharrenden, unmündigen, einer umfassenden Betreuung bedürftigen, hilflosen Verbrauchers, der auch noch gegen die kleinste Gefahr einer Irreführung durch Werbung geschützt werden muss, ab, *Emmerich*, in: FS-Gernhuber, S. 857 (870).

³⁴⁸ Das Adjektiv „durchschnittlich“ bezieht sich nicht nur auf die „Informiertheit“, sondern auch auf die „Aufmerksamkeit“ und die „Verständigkeit“ des Durchschnittsverbrauchers, *Helm*, in: FS-Tilman, S. 135 (140); *Lettl*, GRUR 2004, 449 (453); *Sack*, WRP 2004, 521 (523); *a.A. Ackermann*, WRP 2000, 807 (808).

³⁴⁹ Zu den drei Merkmalen Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit des europäischen Verbraucherleitbildes siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 2 b).

³⁵⁰ Das Verbraucherleitbild des EuGH geht auf eine rechtsvergleichende Betrachtung zurück, da es sich exakt um das Verbraucherleitbild handelt, das im Vereinigten Königreich und in Frankreich seit jeher insbesondere zur Auslegung der strafrechtlich sanktionierten Irreführungsverbotstatbestände herangezogen wird, um die Schwelle für Verurteilungen nicht zu tief anzusetzen, *Lettl*, Das neue UWG, Rdn. 44.

³⁵¹ Mit verbalen Abweichungen in einzelnen Formulierungen, die aber keine Sachunterschiede zur Folge hatten (ebenso *Scherer*, WRP 2013, 977, Rdn. 20 ff.; *a.A. Helm*, WRP 2013, 710, Rdn. 10, 19); EuGH GRUR-Int. 1998, 795 (Rdn. 37) – *Gut Springenheide*; EuGH GRUR-Int. 1999, 345 (Rdn. 36) – *Sektellerei Kessler*; EuGH GRUR-Int. 1999, 734 (Rdn. 26) – *Lloyd*; EuGH GRUR-Int. 2000, 354 (Rdn. 27) – *Estée Lauder/Lancaster*; EuGH GRUR-Int. 2003, 742 (Rdn. 55) – *Pippig Augenoptik/Hartlauer*; EuGH GRUR 2007, 69 (Rdn. 78) – *Lidl Belgium/Colruyt*; EuGH GRUR 2011, 159 (Rdn. 47) – *Lidl/Vierzon Distribution*; EuGH GRUR 2011, 930 (Rdn. 23) – *Konsumentombudsmann/Ving Sverige*.

³⁵² Vgl. BGH GRUR 1996, 910 (912) – *Der meistverkaufte Europas*.

³⁵³ BGH GRUR 2000, 619 (620) – *Orient-Teppichmuster*. In der Folgezeit: (exemplarisch) BGH GRUR 2011, 1050 (Rdn. 24) – *Ford-Vertragspartner*; BGH GRUR 2012, 1053 (Rdn. 19) – *Marktführer Sport*; BGH GRUR 2014, 879 (Rdn. 24) – *Good News II*.

³⁵⁴ *Pahlow*, in: GK-UWG, § 4 Nr. 2 Rdn. 76.

³⁵⁵ *Kemper/Rosenow*, WRP 2001, 370 (371); *Micklitz/Keßler*, WRP 2003, 919 (924).

aufmerksam und kritisch.³⁵⁶ Er ist auch in der Lage, sich ggf. selbst mit den notwendigen Informationen zu versorgen.³⁵⁷ Er ist auch bereit, bei neu auf den Markt kommenden Produkten zu lernen und umzudenken.³⁵⁸ Das europäische Verbraucherleitbild ist also nichts anderes als ein Modell, in welchem dem Verbraucher mehr Eigenverantwortung zugetraut wird.³⁵⁹

Dies soll aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass das europäische Verbraucherleitbild von der erhöhten Eigenverantwortlichkeit einseitig zu Lasten der Verbraucher geht. Die dem Verbraucher zugemutete erhöhte Eigenverantwortlichkeit ist vielmehr als ein Teil des „Informationsmodells des EuGH“ zu verstehen, wonach der Verbraucher kraft seiner „Schiedsfunktion“ das Leistungsangebot des Marktes steuert und damit eine unerlässliche, ganz zentrale Funktion der Wettbewerbsordnung ausübt.³⁶⁰ Um diese zentrale Funktion überhaupt wahrnehmen zu können, bedarf es eines Leitbildes eines kritischen, verständigen und aufmerksamen Verbrauchers. Nur dieser Verbraucher kann gewährleisten, dass das Wettbewerbssystem funktionsfähig bleibt. Aus diesem Grund ist nur dieser Idealtyp zu schützen.³⁶¹ Die Kehrseite dieses Modells ist aber, dass der Verbraucher die ihm zugewiesene „Funktion im Wirtschaftsleben“ nur dann wahrnehmen kann, wenn ihm die inhaltlich richtigen Informationen ausreichend zur Verfügung gestellt werden.³⁶² Das europäische Verbraucherleitbild kann deshalb schlagwortartig mit der Formel „*Verbraucherschutz durch Information*“, oder umgekehrt „*Informationspflicht statt Verbot*“,³⁶³ beschrieben werden. Das europäische Verbraucherleitbild versucht also, die dem Verbraucher zugemutete erhöhte Eigenverantwortung durch die vermehrte Einführung von Informationspflichten abzufedern.³⁶⁴ Daraus ergibt sich das „*Recht auf Wahrheit*“ des Verbrauchers, welches im Wettbewerbsrecht als das „*Recht auf Information*“ beschrieben werden kann. Aus der europäischen Verbraucherschutzkonzeption ergeben sich daher zahlreiche Informationsrechte des Verbrauchers,³⁶⁵ die diesem aber gleichzeitig auch entsprechende „*Informationsobliegenheiten*“³⁶⁶ auferlegen. Wenn der Verbraucher als umsichtiger Wirtschaftsteilnehmer die naheliegenden Informationsmöglichkeiten nicht aus-

³⁵⁶ Scherer, WRP 2013, 705 (Rdn. 2 f.).

³⁵⁷ Fritzsche, in: GK-UWG, § 2 Rdn. 804.

³⁵⁸ Fritzsche, in: GK-UWG, § 2 Rdn. 808; Scherer, WRP 2013, 705 (Rdn. 3).

³⁵⁹ Becker, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 36 AEUV, Rdn. 47: „Selbstverantwortung tritt an die Stelle staatlicher Umsorgung“.

³⁶⁰ Vgl. Lettl, GRUR 2004, 449 (452); Micklitz/Keßler, GRUR-Int. 2002, 885 (890).

³⁶¹ Scherer, WRP 2004, 1355 (1356); Scherer, WRP 2013, 705 (Rdn. 40 f.).

³⁶² Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919 (921 f., 930); Ulbrich, Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Lauterkeits- und Markenrecht, S. 34 f.

³⁶³ Oppermann/Müller, GRUR 2005, 280 (286).

³⁶⁴ Vgl. Apostolopoulos, GRUR-Int. 2005, 292 (297); Soyka, wistra 2007, 127 (132).

³⁶⁵ Onlineauktionsspezifisch siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 b).

³⁶⁶ Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370 (371).

reichend nutzt und es unterlässt, sich in zumutbare Weise zu informieren,³⁶⁷ dann muss er die nachteiligen Folgen selbst tragen, weil ihm ein gewisses Maß an Selbstverantwortung nicht abgenommen wird.³⁶⁸ Ob der Verbraucher diese Informationen tatsächlich oder intellektuell richtig versteht, spielt keine Rolle, ebenso wenig, ob er die ihm angebotenen Informationen aus Desinteresse, Zeitnot, Arbeitsüberlastung, psychologischen Zuständen (z.B. Trauer) oder anderen Gründen bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigt oder nicht.³⁶⁹ Es kommt lediglich darauf an, ob der Werbende seinen Informationspflichten nachkommt. Wenn aber der Verbraucher trotz seiner Bemühung darum, die inhaltlich richtigen Informationen zu finden, nicht fündig geworden ist, weil der Werbende seine Informationspflichten verletzt, kann man von einer Enttäuschung der „berechtigten Verbrauchererwartung“ sprechen. Das „Recht auf Information“ stellt also einen roten Faden dar. Wettbewerbsrechtliche Maßnahmen greifen deshalb nur dort, wo der Verbraucher aufgrund des Verhaltens des Unternehmens seine Schiedsrichterfunktion nicht wahrnehmen kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ihm die Informationen nicht zur Verfügung gestellt werden, die er für eine sachgerechte Entscheidung benötigt.

(2) Opferleitbild i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass § 5 UWG die Grundvoraussetzung für § 16 UWG ist. § 16 Abs. 1 UWG bewegt sich im Vorfeld des § 263 StGB. § 5 UWG und § 263 StGB gehen aber von einem anderen Opferleitbild aus. Dies führt zu der Frage, welches Opferleitbild beim § 16 Abs. 1 UWG maßgeblich sein soll.

Um ein besseres Verständnis zu schaffen, muss man die Rechtslage bis Inkrafttreten des „Vertrages von Lissabon“³⁷⁰ ebenso wie die Rechtslage nach dem Inkrafttreten des „Vertrages von Lissabon“ gesondert untersuchen. Denn während sich bis Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon die europarechtliche Verpflichtung zur Berücksichtigung des Leitbildes eines Durchschnittsverbrauchers im Wettbewerbsstrafrecht aus einer richtlinienkonformen Auslegung³⁷¹ ergibt, kann sich diese Verpflichtung nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon unmittelbar aus dem Primärrecht ergeben.

³⁶⁷ Fezer, WRP 1995, 671 (675): „Informationslast des Verbrauchers“.

³⁶⁸ Vgl. nur EuGH GRUR-Int. 1991, 215 (Rdn. 21) – *Pall Corp./P.J. Dahlhau*; EuGH GRUR-Int. 1995, 804 (Rdn. 24 f.) – *Mars*; BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*.

³⁶⁹ Köhler, GRUR 2001, 1067 (1069).

³⁷⁰ ABl. EU Nr. C 115 vom 09.05.2008, S. 1 ff.

³⁷¹ Zur richtlinienkonformen Auslegung im Strafrecht: BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 24 f.) – *Routenplaner*; Hecker, Europäisches Strafrecht, § 10 Rdn. 1 ff.

(a) Die Rechtslage bis Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon

(aa) Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung

Die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung (WerbeRL 2006)³⁷² löst die mehrfach geänderte Irreführungsrichtlinie 84/450/EWG (WerbeRL 1984)³⁷³ ab, ohne dass damit wesentliche Änderungen einhergehen. Sie bezweckt nach Art. 1 den Schutz der Gewerbebetreibenden vor irreführender Werbung und deren unlautere Auswirkungen sowie die Festlegung der Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung. Das Tatbestandsmerkmal der Werbung wird in Art. 2 lit. a näher definiert, die Irreführung in Art. 2 lit. b. Danach ist jede Werbung irreführend, die in irgendeiner Weise – einschließlich ihrer Aufmachung – die Personen, an die sie sich richtet oder die von ihr erreicht werden, täuscht oder zu täuschen geeignet ist und die infolge der ihr innewohnenden Täuschung deren wirtschaftliches Verhalten beeinflussen kann oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist.

Ob die Richtlinie 2006/114/EG unmittelbar auf das Leitbild eines Durchschnittsverbrauchers abstellt, wird in der Literatur negativ beurteilt. Denn die Richtlinie beschränkt sich nach Art. 8 Abs. 1 WerbeRL (sog. Öffnungsklausel) auf eine Teilharmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften über irreführende Werbung, da sie lediglich objektive Mindestkriterien für die Beurteilung wettbewerbsrechtlich zu beanstandender irreführender Werbung festsetzt.³⁷⁴ Die Mindestvorgaben dürfen vom nationalen Recht dementsprechend nicht unter-, wohl aber überschritten werden. Aus diesem Grund wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass das alte nationale Leitbild vom flüchtigen Verbraucher im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie steht. Aus Art. 8 Abs. 1 WerbeRL resultiere keine Pflicht zur Übernahme des vom EuGH entwickelten Verbraucherleitbildes auf § 16 Abs. 1 UWG.³⁷⁵

Dies ist aber nicht richtig. Art. 8 Abs. 1 WerbeRL ist ein gutes Beispiel dafür, dass sich die richtlinienkonforme Auslegung als mehrphasiger Interpretationsakt darstellt, der sich nicht nur auf eine reine Richtlinienexegese beschränken darf, sondern auch das vorrangige Primärrecht zu berücksichtigen hat.³⁷⁶ Die Notwendigkeit dieser mehrphasigen Prüfung zeigt sich insbesondere dann, wenn ein Artikel der Richtlinie ausdrücklich strengere

³⁷² ABl. Nr. L 376 vom 27.12.2006, S. 21.

³⁷³ ABl. Nr. L 250 vom 19.9.1984, S. 17.

³⁷⁴ Nach Art. 8 Abs. 1 UA 2 gilt die Öffnungsklausel allerdings nicht für „vergleichende Werbung“. Dies bedeutet, dass für den Bereich der vergleichenden Werbung eine Vollharmonisierung erfolgt. Daher ist es unzulässig, strengere nationale Vorschriften zum Schutze vor Irreführung auf vergleichende Werbung anzuwenden.

³⁷⁵ Kugler, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 54; Ruhs, Strafbare Werbung, S. 121 ff.

³⁷⁶ Hecker, Europäisches Strafrecht, § 10 Rdn. 2, 22.

Vorschriften zulässt, jedoch der höhere nationale Standard seinerseits eine Begrenzung im Primärrecht findet.³⁷⁷ Die Tücke dieser Fallkonstellation liegt also darin, dass der Rechtsanwender davon ausgeht, dass die strengere und strafrechtlich relevante Regelung des nationalen Rechts unionsrechtlich zulässig sei.³⁷⁸ Die nationale Regelung findet aber eine primärrechtliche Begrenzung.³⁷⁹

Das ist buchstäbliche der Fall bei Art. 8 Abs. 1 WerbeRL:

Diese primärrechtlichen Normen sind Art. 34 ff. AEUV („Warenverkehrsfreiheit“), die im Laufe der Zeit insbesondere durch die „*Dassonville*“³⁸⁰, „*Cassis de Dijon*“³⁸¹ und „*Keck*“³⁸² Entscheidungen des EuGH ständig fortentwickelt wurden.

In all diesen Entscheidungen ging der EuGH von einem einheitlichen Verbraucherleitbild aus. Ausgangspunkt des EuGH war es, dass, wäre den Mitgliedstaaten das Recht zuzugestehen, den jeweils autonomen nationalen Rechtsordnungen ein beliebig vom gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbild abweichendes Verbraucherleitbild zu Grunde zu legen, die erwünschte Rechtsangleichungswirkung der Richtlinien in keinster Weise erreicht würde.

Am deutlichsten wurde diese Überlegung in der „*Cassis de Dijon*“-Entscheidung zum Ausdruck gebracht. Danach sind „Maßnahmen gleicher Wirkung“ ausnahmsweise – und selbständig neben den in Art. 36 AEUV genannten Rechtfertigungsgründen – zulässig,

³⁷⁷ Hecker, Europäisches Strafrecht, § 10 Rdn. 23.

³⁷⁸ Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, S. 410.

³⁷⁹ Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, S. 414 f.

³⁸⁰ Mit der Frage, wann eine nationale Anordnung „eine Maßnahme gleicher Wirkung“ i.S.d. Art. 34 AEUV darstellt, hat sich der EuGH erstmals in der „*Dassonville*“-Entscheidung auseinandergesetzt. Nach „*Dassonville*“-Formel des EuGH fallen unter den Begriff der „Maßnahme gleicher Wirkung“ alle staatlichen Maßnahmen, „die geeignet sind, unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern“, EuGH BeckEuRS 1974, 40237 (Rdn. 5).

³⁸¹ Der EuGH baute in der „*Cassis de Dijon*“-Entscheidung die „*Dassonville*“-Formel dahingehend weiter aus, dass „Maßnahmen gleicher Wirkung“ auch dann vorliegen, wenn eine Regelung inländische Waren und Importwaren aus einem anderen Mitgliedstaat gleichermaßen treffe. Danach ist die Warenverkehrsfreiheit auch dann tangiert, wenn ausländische Waren dem ausländischen Recht entsprechen, ihr Import oder Parallelimport in das Land jedoch erschwert wird, in dem etwa alle derartigen Waren im Inland bestimmte Zusammensetzungen aufweisen müssen, EuGH BeckEuRS 1979, 74722 (Rdn. 14). Mit dieser Entscheidung führte der EuGH das sog. *Herkunftslandsprinzip* ein. Folge dieses Prinzips ist, dass jedes in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnis grundsätzlich auf dem Markt der anderen Mitgliedstaaten zuzulassen ist.

³⁸² Einen weiteren Meilenstein in der Judikatur des EuGH zu Art. 34 AEUV stellt die „*Keck*“-Entscheidung dar. Der EuGH führte erstmals eine Unterscheidung ein: Er differenzierte zwischen „produktbezogenen Maßnahmen“ und „vertriebsbezogenen Maßnahmen“. Nur Maßnahmen, welche sich auf das Produkt und dessen Qualität beziehen („produktbezogenen Maßnahmen“) seien nach den durch die „*Dassonville*“ und „*Cassis de Dijon*“ Entscheidungen entwickelten Rechtsgrundsätzen der Warenverkehrsfreiheit zu überprüfen, EuGH BeckEuRS 1993, 197884 (Rdn. 15-17). Dazu gehören Regelungen, denen Waren entsprechen müssen, wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihren Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung. Maßnahmen demgegenüber, welche lediglich die Vermarktung oder den Vertrieb eines Produktes reglementieren (z.B. Fernsehwerbebeschränkungen), fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV, wenn sie für inländische und ausländische Wirtschaftsteilnehmer gleich gelten und den Absatz inländischer und ausländischer Erzeugnisse gleichermaßen betreffen.

wenn die staatlichen Regelungen unterschiedslos für in- und ausländische Waren gelten, d.h. die ausländischen Waren gegenüber den inländischen nicht diskriminiert werden, und wenn mitgliedstaatliche Maßnahmen erforderlich sind, um den „*zwingenden Erfordernissen*“ des Gemeinwohls, das tatsächlich gefährdet ist, gerecht zu werden, insbesondere einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, der Lauterkeit des Handelsverkehrs oder dem *Verbraucherschutz*.³⁸³ Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist also, dass der EuGH zwar den Verbraucherschutz zu den „*zwingenden Erfordernissen*“ zählt, ihn aber gleichzeitig im Rahmen der „*zwingenden Erfordernisse*“ nur als Rechtfertigungsgrund der Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit ansieht und ihn deswegen dem Zweck des gemeinsamen Marktes unterordnet. Damit kann der Verbraucherschutz nicht mehr allein mit nationalen, sondern muss darüber hinaus mit unionsweiten Maßstäben gemessen werden. Diese Feststellung ist im Hinblick auf das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild ganz entscheidend. Denn nur aufgrund eines unionsweiten Verständnisses des Verbraucherschutzes konnte der EuGH auch ein unionsweites Verbraucherleitbild entwickeln. Dieser Ansatz, sowohl im Primärrecht als auch im Sekundärrecht ein und dasselbe Verbraucherleitbild zu Grunde zu legen, ist deshalb erforderlich, um Wertungswidersprüche zu vermeiden und eine kohärente Systematik zu entwickeln. Da das Sekundärrecht auch für reine Inlandssachverhalte gilt, das Primärrecht aber nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung findet, könnte es zu dem unbefriedigenden Ergebnis der Inländerdiskriminierung infolge eines gespaltenen Rechts kommen.³⁸⁴ Deshalb soll auch in den Teilen des nationalen Strafrechts das unionsrechtliche Verbraucherleitbild der strafrechtlichen Beurteilung der Irreführung zu Grunde gelegt werden.

(bb) Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken

Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)³⁸⁵ regelt unlautere Geschäftspraktiken im Verhältnis von Unternehmen zu Verbrauchern (sog. B2C-Verhältnis).³⁸⁶ Sie erreicht in diesem Bereich eine Vollharmonisierung.³⁸⁷ Inhaltlich regelt sie daher im Bereich des Verbraucherschutzes gegen irreführende Geschäftspraktiken alle denkbaren Konstellationen abschließend.

³⁸³ EuGH BeckEuRS 1979, 74722 (Rdn. 8) – *Cassis de Dijon*.

³⁸⁴ *Kemper/Rosenow*, WRP 2001, 370 (372); *Lettl*, WRP 2004, 1079 (Rdn. 43); *Lettl*, Das neue UWG, Rdn. 51; *Ahrens*, WRP 1999, 389 (397), der auf Berufsausübungsfreiheit des Werbenden abstellt.

³⁸⁵ ABl. Nr. L 149 vom 11.6.2005, S. 22.

³⁸⁶ Die Richtlinie 2005/29/EG löst also innerhalb ihres Anwendungsbereichs die Richtlinie 2006/114/EG ab. Die Richtlinie 2006/114/EG gilt nur noch zum Schutz von Gewerbetreibenden, was auch als B2B-Bereich bezeichnet wird.

³⁸⁷ Unstrittig: EuGH GRUR 2011, 76 (Rdn. 30) – *Mediaprint*; *Henning-Bodewig*, GRUR-Int. 2005, 629 (630); *Lettl*, GRUR-RR 2009, 41 (41); *Sosnitza*, WRP 2008, 1014 (1015); *Steinbeck*, WRP 2006, 632 (632); abweichend nur *Sosnitza*, WRP 2006, 1 (2 f.).

Nach Art. 1 ist es der Zweck der Richtlinie 2005/29/EG, durch Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.³⁸⁸

Auffällig ist, dass weder der Schutz der Mitbewerber noch der Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb in Art. 1 UGP-RL keine ausdrückliche Erwähnung findet. Der europäische Gesetzgeber hat also die im deutschen Recht geltende Schutzzwecktrias aufgegeben.³⁸⁹ Die Richtlinie ist daher ihrer Intention nach keine wettbewerbsrechtliche Regelung, sondern eine reine Verbraucherschutzbestimmung.³⁹⁰ Zwar spricht Art. 1 der UGP-RL auch von einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts. Diese Formulierung ändert aber nichts an der Verbraucherschutzbestimmung der Richtlinie, weil damit nicht anders als die EuGH-Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild bzw. zu Art. 34 ff. AEUV zur Sprache gebracht ist. Bereiche, die vom EuGH früher anhand der Warenverkehrsfreiheit entschieden wurden, sind also nun sekundärrechtlich vollharmonisiert. Der Begriff des Durchschnittsverbrauchers wird daher im Sekundärrecht erstmals in dieser Richtlinie, im Erwägungsgrund 18 und in Art. 5 Abs. 2, ausdrücklich aufgegriffen.

Art. 5 der Richtlinie ist die Zentralnorm, die auch Generalklausel genannt wird. In Art. 5 Abs. 1 heißt es knapp: „Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten“.³⁹¹ Der Begriff der Geschäftspraktik ist in Art. 2 lit. d näher definiert, die Unlauterkeit in Art. 5 Abs. 2. Liest man diese Verweise zusammen, so ergibt sich folgende Definition: Verboten ist „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbebetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes an Verbraucher zusammenhängt, wenn sie der beruflichen Sorgfältigkeit (Art. 2 lit. h) widerspricht und sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten eines *Durchschnittsverbrauchers* (...) oder des *durchschnittlichen Mitglieds* einer Gruppe von Verbrauchern,

³⁸⁸ EuGH GRUR 2012, 1269 (Rdn. 44) – *Purely Creative*; EuGH GRUR 2013, 1159 (Rdn. 34) – *BKK Mobil Oil*; EuGH GRUR 2014, 196 (Rdn. 31) – *Trento Sviluppo/AGCM*.

³⁸⁹ Aus diesem Grund ist die Beschränkung der Richtlinie auf das Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer in der Literatur überwiegend kritisiert worden: *Glöckner*, WRP 2004, 936 (938); *Henning-Bodewig*, GRUR-Int. 2004, 183 (188); *Köhler*, GRUR 2005, 793 (Rdn. 57); *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019 (Rdn. 156).

³⁹⁰ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, Einführung C, Rdn. 43; siehe auch *Bornkamm*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 5 Rdn. 1.12.

³⁹¹ Als Beispiele unlauterer Geschäftspraktiken werden – neben den aggressiven Geschäftspraktiken (Art. 8, 9), die im Rahmen des Täuschungsmerkmals nicht relevant sein können – irreführende Handlungen (Art. 6) und irreführende Unterlassungen (Art. 7) genannt.

wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, wesentlich beeinflusst oder wesentlich zu beeinflussen geeignet ist.“

Die Richtlinie hat für das Wettbewerbs- und Verbraucherschutzstrafrecht besondere Bedeutung, weil sie eine Vollharmonisierung erreicht, so dass der von der Richtlinie vorgegebene Schutzstandard von den Mitgliedstaaten weder über- noch unterschritten werden darf – unabhängig davon, ob es sich um eine grenzüberschreitende oder rein innerstaatliche Produktvermarktung handelt. Alle Geschäftspraktiken, die nicht unlauter im Sinne der Richtlinie sind, dürfen von nationalem Recht nicht verboten werden. Deshalb scheidet eine Strafbarkeit wegen irreführender Werbung aus, als sich das beanstandete Verhalten nicht unter den weitesten der als unlauter untersagten Tatbestände subsumieren lässt. Da die Richtlinie exakt das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild als maßgebliches Verbraucherschutzniveau aufgreift, kann nichts anderes für § 16 Abs. 1 UWG gelten.

(b) Die Rechtslage nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon

Mit dem am 01.12.2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon ist zweifelsohne ein neues Kapitel der Europäisierung des Strafrechts aufgeschlagen worden. Er löst die bisherige Säulenstruktur der Europäischen Gemeinschaft auf. Die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJJS), die bisher in der 3. Säule der EG intergouvernemental organisiert war, überführt er in die Supranationalität der Europäischen Union. Diese strukturelle Änderung hat für den Bereich der *Harmonisierung des Strafrechts* enorme Bedeutung, weil das nationale Strafrecht, anstatt wie bisher allein durch Rahmenbeschlüsse, nun durch *Richtlinien* vereinheitlicht wird.³⁹²

Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich die Verpflichtung zur Berücksichtigung des Leitbildes eines Durchschnittsverbrauchers im nationalen Wettbewerbsstrafrecht nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon – über die bloße Verpflichtung der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Strafrechts hinaus – nun unmittelbar aus der Strafrechtskompetenz³⁹³ der EU ergeben könnte.³⁹⁴

³⁹² Über die Änderungen liefert *Zimmermann*, Jura 2009, 844 einen guten Überblick.

³⁹³ Siehe zur sog. Kompetenz zur Setzung supranationalen Strafrechts, die allerdings im Rahmen des Verbraucherschutzstrafrechts nicht relevant sein kann, *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 14 Rdn. 43 f.; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 10 Rdn. 41 f.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 8 Rdn. 24.

³⁹⁴ Zwar hat die EU von der Strafrechtskompetenz im Wettbewerbs- bzw. im Verbraucherschutzstrafrecht noch keinen Gebrauch gemacht. Ein Ausblick darauf scheint aber erforderlich.

Die in Art. 83 Abs. 1 AEUV geregelte Angleichungskompetenz scheidet von vornherein aus. Denn der strafrechtliche Schutz des Verbrauchers vor irreführender Werbung wird in der abschließenden Aufzählung möglicher Regelungsgegenstände nicht genannt.³⁹⁵

Die Antwort darauf ist daher in der im Art. 83 Abs. 2 AEUV geregelten Anweisungs- bzw. Annexkompetenz zu untersuchen, wonach der EU-Gesetzgeber in *bereits harmonisierten* Politikbereichen durch Richtlinien eine *Mindestharmonisierung* schaffen kann, wenn diese für die Durchführung der Politik der Union *unerlässlich* sind. Die erste Voraussetzung des Art. 83 Abs. 2 AEUV, nämlich dass im jeweiligen Politikbereich bereits Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind, ist im Bereich des Verbraucherschutzes durch die Richtlinie 2005/29/EG erfüllt. Alles dreht sich also um die Frage, wie weit oder eng der Begriff „*unerlässlich*“ auszulegen ist.

Man kann das Kriterium der Unerlässlichkeit mit der Übereinstimmung der Entscheidungen des EuGH aus den Jahren 2005³⁹⁶ und 2007³⁹⁷, in denen der EuGH sich für eine extensive, am „*effet utile*“³⁹⁸ orientierte Auslegung des EG-Vertrages aussprach und die Annexkompetenz der EG für strafrechtsharmonisierende Richtlinien trotz gewisser Einschränkungen grundsätzlich bejahte, zunächst so interpretieren, dass der Bedeutungsgehalt des Erfordernisses der Unerlässlichkeit sich darin erschöpft, dass der fraglichen Unionspolitik Wirksamkeit verliehen werden müsse.³⁹⁹

Dieser Ansatz geht aber sicherlich zu weit. Zwar handelt es sich bei dem Art. 83 Abs. 2 AEUV darum, Politik der EU im Sinne eines „*effet utile*“ effektiver durchsetzen zu können.⁴⁰⁰ Allgemeine „*effet utile*“ Erwägungen können aber nicht zur Begründung strafrechtlicher Kompetenzen der EU herangezogen werden. Sonst würde das Erfordernis der Unerlässlichkeit jegliche einschränkende Wirkung verlieren.⁴⁰¹

Abzulehnen ist aber auch die extreme Gegenpositionierung des BVerfG. Im Hinblick auf die bisherigen zahlreichen außerstrafrechtlichen Rechtsakte und das instrumentelle Strafrechtsverständnis des EuGH hat das Gericht gegen die Annexkompetenz schwerste Be-

³⁹⁵ Zwar kann der abschließend gefasste Katalog des Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV gemäß Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV „je nach der Entwicklung der Kriminalität“ auf weitere Kriminalitätsbereiche ausgedehnt werden. Trotz dieser Möglichkeit ist die Feststellung der Mindestvorschriften durch Richtlinien im Bereich des Schutzes des Verbrauchers vor zweckverfehlten Mitteilungen nach Art. 83 Abs. 1 AEUV nicht möglich, weil der Anwendungsbereich des Art. 83 Abs. 1 UA 3 AEUV sich derzeit auf die anderen Taten, die in ihrer Sozialschädlichkeit mit den in UA 2 genannten Deliktskategorien vergleichbar sind, beschränkt, vgl. Heger, ZIS 2009, 406 (412); Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rdn. 36.

³⁹⁶ EuGH NStZ 2008, 702 (Rdn. 48) – *Rahmenbeschluss Umweltstrafrecht*.

³⁹⁷ EuGH NStZ 2008, 703 (Rdn. 66) – *Rahmenbeschluss Meeresverschmutzung*.

³⁹⁸ Mit „*effet utile*“ wird das Auslegungsprinzip des EuGH für das EU-Recht bezeichnet, das der Auslegung den Vorzug einräumt, die die Verwirklichung der Vertragsziele am meisten fördert, siehe nur EuGH BeckRS 2006, 70196 (Rdn. 20) – *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*.

³⁹⁹ So etwa Zerdick, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 83 AEUV Rdn. 17.

⁴⁰⁰ Vgl. hierzu Meyer, NStZ 2009, 657 (661).

⁴⁰¹ Zutreffend Böxler, wistra 2011, 11 (15).

denken geäußert, nämlich dass das Strafrecht künftig nur noch als reiner Durchsetzungsmechanismus für EU-Politiken dienen und eine massive Harmonisierungstätigkeit auf dem Gebiet des Strafrechts ermöglichen könnte. Art. 83 Abs. 2 AEUV stelle daher „eine gravierende Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege“ dar, die mit dem Einzelmächtigungs- und dem Demokratieprinzip „an sich“ nicht vereinbar sei. Diese Zuständigkeit sei daher eng auszulegen.⁴⁰² Das Gericht fordert daher: „Damit dieser *Ausnahmetatbestand* erfüllt ist und die Ermächtigung zur Strafgesetzgebung im Annex als übertragen angenommen werden kann, muss *nachweisbar* feststehen, dass ein *gravierendes* Vollzugsdefizit *tatsächlich* besteht und *nur* durch *Strafandrohung* beseitigt werden kann.“⁴⁰³

Das Gericht verdient Zustimmung lediglich im Hinblick auf den ultima ratio-Charakter des Strafrechts („*nur* durch *Strafandrohung*“). Dass nicht jeder Verstoß gegen ein unionsrechtliches Verbot die Androhung von Kriminalstrafe rechtfertigt, ist selbstverständlich.⁴⁰⁴ Dem Unionsgesetzgeber kann aber nicht abverlangt werden – was auch auf nationaler Ebene kaum jemals zu leisten ist – empirisch nachzuweisen, dass ein harmonisiertes Strafrecht „*conditio sine qua non*“⁴⁰⁵ zur Zielerreichung ist.⁴⁰⁶ Deshalb ist der Beurteilungsspielraum des europäischen Gesetzgebers zu respektieren und das Kriterium der Unerlässlichkeit unionsspezifisch auszulegen. Eine Unerlässlichkeit ist deshalb dann anzunehmen, wenn erhebliche Strafbarkeitsdivergenzen in den einzelnen Mitgliedstaaten die Gefahr von Strafbarkeitsinseln mit sich führen.⁴⁰⁷ Zu denken sind etwa wettbewerbs- und lebensmittelstrafrechtliche Irreführungsverbote, die nachteilige Auswirkungen auf den Binnenmarkt entfalten. Wenn eine gleichartige Irreführungshandlung in einem Mitgliedstaat mit Kriminalstrafe bedroht, in einem anderen als bloße Ordnungswidrigkeit eingestuft und im dritten als nicht sanktionierbare Tätigkeit gewertet wird, so entsteht hierdurch ein Strafrechtsgefälle, das territorial unterschiedliche Zugangsbedingungen für die Marktteilnehmer schafft.⁴⁰⁸ Gerade hier ist das Strafrecht als Annex der außerstrafrechtlichen Regelungen zu sehen und muss deshalb nach der Harmonisierung der außerstrafrechtlichen Regelungen ebenfalls angeglichen werden, um gravierende nationale Un-

⁴⁰² BVerfG NJW 2009, 2267 (Rdn. 361) – *Lissabon*. Ähnlich Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397 (403): „das potenziell wohl breiteste Einfallstor für unterlegitimierte Strafrechtsharmonisierung“; zur entsprechenden Regelung in Art. III-172 Abs. 2 EVV; Weigend, ZStW 116 (2004), 275 (284): „inhaltlich völlig offene Akzessorietätsklausel“.

⁴⁰³ BVerfG NJW 2009, 2267 (Rdn. 362) – *Lissabon*.

⁴⁰⁴ Böse, ZIS 2010, 76 (87).

⁴⁰⁵ So aber Walter, ZStW 117 (2005), 912 (928 f.).

⁴⁰⁶ Wie hier Kubiciel, GA 2010, 99 (105 f.).

⁴⁰⁷ Mansdörfer, HRRS 2010, 11 (17).

⁴⁰⁸ Hecker, Europäisches Strafrecht, § 8 Rdn. 39.

terschiede der Rechtsfolgen zu beseitigen und Gleichwertigkeit der Funktionsbedingungen auf den Märkten sicherzustellen.⁴⁰⁹

Auch die systematischen Gesichtspunkte sprechen dafür, eine im Vergleich zu Art. 83 Abs. 1 AEUV weitergehende Kompetenz zu akzeptieren, weil die Harmonisierung im Rahmen des Art. 83 Abs. 2 AEUV vor allem die Bereiche betrifft, die weniger stark von national-gesellschaftlichen Wertvorstellungen geprägt sind. Zu denken ist etwa an die Legitimation der Harmonisierungsmaßnahmen von Antiterrorstrafatbeständen im Sinne des Art. 83 Abs. 1 AEUV. Während die besonders gefährdete Mitgliedstaaten stärkerer Schutzvorkehrungen bedürfen als Staaten, die ein eher unwahrscheinliches Ziel von Terrorangriffen sind und deren Bürger demzufolge den intensivierten staatlichen Eingriffsbefugnissen skeptisch gegenüberstehen, haben alle Bürger in Europa ähnliche Vorstellungen davon, welche Eigenschaften von Waren oder Dienstleistungen ein Anbieter in seinem Angebot verbindlich zusagt. Schon dieses Beispiel zeigt, dass die schützenswerten Gemeinschaftsziele als legitime Rechtsgüter anzunehmen, bzw. einheitliche Regelungen für Verbraucherschutzstandards aufzustellen und strafrechtlich abzusichern sind.⁴¹⁰ Diese Überlegungen gelten erst recht für die Harmonisierungsmaßnahmen, wenn die Ausübung strafrechtlicher Annexkompetenz den *grenzüberschreitenden Bereich* der gemeinsamen Politik betrifft, in der die Verwirklichung der Unionsziele die Überwindung divergierender nationaler Schutzstandards und Wettbewerbsbedingungen erforderlich ist,⁴¹¹ was im Bereich des Verbraucherschutzstrafrechts der Fall ist.

Es soll deshalb kein Zweifel über die Zulässigkeit bzw. die Notwendigkeit bestehen, den Bereich des strafrechtlichen Schutzes des Verbrauchers vor irreführender Werbung in Anlehnung an die Richtlinie 2005/29/EG zu harmonisieren.

Mit dieser Aussage ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob die Kompetenzausübungsbefugnis des Unionsgesetzgebers unbegrenzt ist und welches Opferleitbild maßgeblich sein soll. Denn Art. 83 Abs. 2 AEUV erlaubt nur Mindestvorschriften. Dazu gehören zunächst in einem sehr eingeschränkten Maß Vorschriften zum Allgemeinen Teil, solange sie die grundlegenden Aspekte der deutschen Strafrechtsordnung nicht berühren. Unzulässig ist daher die Definitionen des Versuchs, der Täterschaft und Teilnahme oder sons-

⁴⁰⁹ Dannecker, Jura 2006, 95 (97).

⁴¹⁰ Kubiciel, GA 2010, 99 (112 f.).

⁴¹¹ Hecker, Europäisches Strafrecht, § 8 Rdn. 50. Abzulehnen ist daher der Vorschlag, die Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 1 AEUV bezüglich der zu bekämpfenden Straftaten für die Auslegung des Erfordernisses der Unerlässlichkeit auf Art. 83 Abs. 2 AEUV zu übertragen und folglich für die Unerlässlichkeit eine besondere Schwere der Straftat zu fordern, z.B. zur entsprechenden Regelung in Art. III-172 Abs. 2 EVV: Bacigalupo, ZStW 116 (2004), 326 (329); Walter, ZStW 117 (2005), 912 (929). Denn er widerspricht der Systematik des Art. 83 AEUV. Art. 83 Abs. 2 AEUV sollte bewusst einen weiteren Spielraum eröffnen als Art. 83 Abs. 1 AEUV. Dies würde konterkariert, wenn man die Voraussetzungen des Abs. 1 in Abs. 2 hineinläse, ebenso Böse, ZIS 2010, 76 (87); Böxler, wistra 2011, 11 (15).

tiger Elemente des Allgemeinen Teils, oder aber die Erlassung solcher Vorschriften, die etwa gegen das Schuldprinzip, Rückwirkungsverbot, Bestimmtheitsgebot, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie die Fahrlässigkeitshaftung bei Eigentums- und Vermögensdelikten verstoßen.⁴¹² Zu der Mindestharmonisierung gehört ferner – und in diesem Fall sehr großzügig – der Erlass von Mindestvorschriften zur Ausgestaltung der einschlägigen Tatbestände des Besonderen Teils. So können die Definitionen zentraler Begrifflichkeiten sowie diejenigen Verhaltensweisen, die jedenfalls strafbar sein müssen, formuliert werden.⁴¹³ Der Unionsstrafgesetzgeber kann, wenn er in Zukunft von seiner Harmonisierungskompetenz im Bereich des Wettbewerbsstrafrechts Gebrauch machen will, deshalb den zentralen Begriff der strafbaren Werbung, und zwar den Begriff der „Irreführung“, definieren. Da nach dem Wortlaut des Art. 83 Abs. 2 AEUV die Angleichung der Strafvorschriften gleichzeitig mit einer erstmaligen außerstrafrechtlichen Rechtangleichung nicht möglich ist, hat er keine andere Möglichkeit, als sich an bisherigen Rechtsakten zu orientieren und auf Art. 5 UGP-RL Bezug zu nehmen, weil die Richtlinie eine Vollharmonisierung erreicht.⁴¹⁴

cc) Folgen des unterschiedlichen Opferleitbildes

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, dass auch für das Wettbewerbsstrafrecht kein anderes Opferleitbild gelten kann als § 5 UWG, obwohl § 16 Abs. 1 UWG im Vorfeld des § 263 StGB verankert ist. Es stellt sich daher die Frage, zu welchen Ergebnissen die unterschiedlichen Opferleitbilder im Verhältnis zu § 263 StGB führen soll.

(1) Anlehnung an viktimodogmatische Ansätze i.S.d. § 263 StGB

Ohne Mühe lässt sich feststellen, dass das europäische Verbraucherleitbild vergleichbar ist mit den „viktimodogmatischen“ Erwägungen im Rahmen des § 263 StGB.⁴¹⁵ Aus diesem Grund soll der dort zum Ausdruck gebrachte Gedanke, das Täuschungsstrafrecht solle an seine Grenze stoßen, wo das Opfer trotz Bestehens der Selbstschutzmöglichkeiten ihm obliegende Sorgfaltspflichten in erhebliche Weise missachte, auch für § 16 Abs. 1 UWG gelten. Insbesondere ist die Grundidee des europäischen Verbraucherleitbildes „Schutz durch Information“ als Spiegelbild der Lehre vom „Recht auf Wahrheit“ zu interpretieren. Denn sowohl die Lehre vom „Recht auf Wahrheit“ als auch das „Informationsmodell“ des EuGH stellen auf „die Selbstsorge“ einerseits und „die berechtigte Erwartung“ des Opfers andererseits ab. Danach beginnt der Anwendungsbereich des Täu-

⁴¹² Vgl. Heger, ZIS 2009, 406 (414 f.); Walter, ZStW 117 (2005), 912 (925).

⁴¹³ Hecker, Europäisches Strafrecht, § 8 Rdn. 38; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rdn. 43.

⁴¹⁴ Auch bei der Umsetzung dieser Richtlinie würde kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG vorliegen, vgl. nur die auf nationaler Ebene durchgeführte Diskussion: Böse, in: FS-Krey, S. 7 (14 ff.).

⁴¹⁵ Ebenso Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 6.

scheidungsstrafrechts erst dort, wo das Opfer ein solches Recht hat und der Täter seine Wahrheitspflicht in unerlaubter Weise missachtet. Der speziell zur Lehre vom „Recht auf Wahrheit“ angebrachte Kritikpunkt in der Betrugsliteratur, dass nicht konturenscharf festgelegt werden könne, anhand welcher Maßstäbe diese Wahrheitspflichten zu bestimmen seien,⁴¹⁶ gilt für § 16 Abs. 1 UWG nicht, weil § 5 UWG diesen Anhaltspunkt normativ liefert.⁴¹⁷ Das Abstellen auf einen Durchschnittsverbraucher sollte deshalb dort zu denselben bzw. zumindest vergleichbaren Ergebnissen führen, wo die Betrugsstrafbarkeit aufgrund der Opfermitverantwortung nach dem Standpunkt der Viktimodogmatik zu verneinen ist. Die praktische Relevanz dieser Annäherung tritt insbesondere bei der Fallgruppe der „*Täuschung trotz wahrer Angaben*“ zutage, etwa bei der Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben. In diesen Fallgruppen verneinen die Vertreter der Viktimodogmatik entweder eine Täuschung oder einen Irrtum i.S.d. § 263 StGB, weil das Opfer es in der Hand hatte, durch einen Vergleich von Rechnungsersteller bzw. Leistungserbringer den Inhalt der Erklärung zu erfassen.⁴¹⁸ Dementsprechend soll man der Bejahung des Vorliegens einer Täuschung oder wenigstens der Annahme einer zur Fehlvorstellung geeigneten Irreführung i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG in diesen und ähnlichen Fällen mit Skepsis gegenüberstehen. Da diese Fallgruppe später ausführlich diskutiert wird, bedarf es keiner näheren Erörterung an dieser Stelle.⁴¹⁹

(2) „Angaben“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG – „Tatsachen“ i.S.d. § 263 StGB

Man kann aber schon an dieser Stelle zeigen, dass aufgrund der unterschiedlichen Opferleitbilder reklamehaft übertreibende (marktschreierische) Anpreisungen schon vor der Prüfung des Vorliegens einer zur Fehlvorstellung geeigneten Irreführung aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG ausgenommen sind, indem sie aus dem Kreis der tatbestandsmäßigen Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen werden. Denn der Begriff der Angabe i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG entspricht zwar dem der Tatsachenbehauptung i.S.d. § 263 StGB und erfasst alle Aussagen, die zumindest im Kern eine konkret fassbare und der Nachprüfung zugängliche Tatsachenbehauptungen enthalten.⁴²⁰ Die Abgrenzung der Tatsachenbehauptungen von bloßen Werturteilen erfolgt aber im Wettbewerbsstrafrecht nach der Auffassung eines Durchschnittsverbrauchers. Die – im Bereich des § 263 StGB

⁴¹⁶ Z.B. Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 5a f.

⁴¹⁷ Auch das gegen die gesamten viktimodogmatischen Ansätze angebrachte Hauptgegenargument, dass man für eine tatbestandliche Restriktion bei § 263 StGB keinen normativen Anhaltspunkt finden könne, kann auf § 16 Abs. 1 UWG nicht übertragen werden, weil die Rechtsprechung des EuGH, zahlreiche Rechtsakte der EU sowie §§ 3, 5 UWG solche normative Anhaltspunkte liefern.

⁴¹⁸ Z.B. Pawlik, StV 2003, 297 (299 ff.).

⁴¹⁹ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc) (3).

⁴²⁰ Statt vieler siehe nur Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 50. Es ist aber zu beachten, dass, während sich die Angaben i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG auf die in § 5 UWG abschließend genannten Umständen beziehen müssen, der Betrugstatbestand diese Einschränkung nicht kennt.

verwirrenden – Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Tatsachenbehauptungen und reinen Werturteilen tauchen also im Wettbewerbsstrafrecht nicht auf. Der aus der Betrugsliteratur stammenden Abgrenzungsvorschläge, die bisher keine überzeugenden Kriterien entwickeln können,⁴²¹ bedarf es deshalb nicht.⁴²² Versteht der Durchschnittsverbraucher eine Werbeaussage als Meinungsäußerung, obgleich es sich um eine Angabe im Sinne der bisherigen Rechtspraxis handelt,⁴²³ so ist der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG nicht eröffnet.

Dies lässt sich am Beispiel der berühmten „Wundermittel“-Entscheidung des BGH aus den 80er Jahren zeigen. In diesem Fall verurteilte der BGH einen Anbieter verschiedener Wundermittel wegen Betruges. In dessen Sortiment befanden sich u.a. folgendermaßen in Anzeigen beworbene Präparate: das „Hollywood-Lifting-Bad“ angeblich aus „taufri-schem Frischzellenextrakt“, das „mit 100%iger Figurgarantie“ im Blitztempo von nur zwölf Bädern wieder schlank, straff und jung forme; die „Schlank-Pille MED 300“, nach deren Einnahme man sogar reichlich essen müsse, „damit die ungeheure Fettabschmelz-kraft mit genügend Nahrung ausgeglichen“ werde; sowie ein Produkt namens „Haarver-dicker-Doppelhaar“, das das Haar binnen zehn Minuten verdopple.

Der BGH war der Ansicht, dass der Angeklagte trotz marktschreierischer Reklame in den Anzeigen nicht lediglich ein persönliches Werturteil abgegeben, sondern über der Nach-prüfung zugängliche Tatsachen getäuscht habe. Eine Tatsache i.S.d. § 263 StGB sei daher zu bejahen.⁴²⁴ Auch die Literatur hat sich dem angeschlossen.⁴²⁵ Es ist aber offensichtlich, dass diese unglaublichen Werbeaussagen keine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG auslösen können, weil sie – unter Zugrundelegung des geltenden Leitbildes des europäi-schen Durchschnittsverbrauchers – aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise keine ernstzunehmenden Tatsachenbehauptungen darstellen. Vom Durchschnittsverbraucher ist

⁴²¹ Nachweise bei *Hennings*, Teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes aufgrund von Mitverantwortung des Opfers, S. 88 ff.; *Thomma*, Die Grenzen des Tatsachenbegriffs, S. 278 ff.

⁴²² In der Betrugsliteratur besteht mehr oder weniger Einigkeit lediglich darüber, dass sich eine nachvoll-ziehbare Abgrenzung kaum finden lässt. Denn letztlich stecke in jedem vermeintlichen Werturteil irgendeine Tatsachenaussage – sei es auch nur über innere Tatsachen, siehe nur *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Straf-recht BT 1, § 41 Rdn. 31. Daher vertritt man zwar die Auffassung, dass „marktschreierische Anpreisungen“ wie „reklamehafte Übertreibungen“ von dem Anwendungsbereich des § 263 StGB ausgeschnitten werden sollen, z.B. *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rdn. 5; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 263 Rdn. 9; *Tiedemann*, in: *LK*, § 263 Rdn. 13 ff. Die Wendung der „marktschreierischen Werbung“ beschränkt den Anwen-dungsbereich des Betruges in der Praxis aber bis heute kaum.

⁴²³ Siehe nur BGH GRUR 1998, 951 (952) – *Die große deutsche Tages- und Wirtschaftszeitung*, wo der BGH nach der Übernahme des Leitbildes des Durchschnittsverbrauchers eine Tatsachenbehauptung ver-neint; anders aber in einem ähnlich gelagerten Fall, BGH GRUR 1957, 600 (602) – *Westfalen-Blatt I*.

⁴²⁴ BGHSt 34, 199 (201) – *Wundermittel-Fall*.

⁴²⁵ Zustimmend im Hinblick auf das Vorliegen von Tatsachenbehauptungen *Bottke*, JR 1987, 428 (429); *Hefendehl*, in: *MüKo-StGB*, § 263 Rdn. 84; *Müller-Christmann*, JuS 1988, 108 (110); *Perron*, in: *Schön-ke/Schröder*, StGB, § 263 Rdn. 9; *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 263 Rdn. 22; *Tiedemann*, in: *LK*, § 263 Rdn. 15.

zu erwarten, dass er zwischen humorvollen oder nicht ernst gemeinten Behauptungen zu unterscheiden weiß. Ihm ist bekannt, dass im Rahmen einer Werbung nicht alles für bare Münze genommen werden darf und insbesondere auch Übertreibungen verwendet werden.⁴²⁶ Die von der herrschenden Lehre abweichende „viktimodogmatische“ Auffassung von Hilgendorf⁴²⁷ ist daher ohne weiteres auf § 16 Abs. 1 UWG zu übertragen: „Die Behauptungen des Vertreibers sind aber so abenteuerlich, dass sie von vornherein nicht ernstgenommen werden konnten. Jedem ‚Durchschnittsbürger‘ musste klar sein, dass die Reklame nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen konnte. Deshalb möchte ich im Fall von BGHSt 34, 199 bloße Meinungsäußerungen annehmen, die aus dem Tatbestand des § 263 StGB herausfallen.“⁴²⁸

c) Der Tatbestand

Auch auf der Tatbestandsebene sind zahlreiche Unterschiede zwischen § 263 StGB und § 16 Abs. 1 UWG auffällig.

aa) Der objektive Tatbestand

(1) Tathandlung:

„Irreführung“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG – „Täuschung“ i.S.d. § 263 StGB

Die wichtigste Gemeinsamkeit zwischen § 16 Abs. 1 UWG und § 263 StGB ist die Tathandlung, also die Täuschungshandlung. Die beiden Vorschriften stellen den Einsatz bestimmter Täuschungsmittel unter Strafe, welches im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG als „Irreführung“ zum Ausdruck gebracht wird. Diese Aussage bedarf aber einer weiteren Präzisierung, weil schon hier erhebliche Unterschiede auffällig sind.

(a) Zeitpunkt der Irreführung

§ 16 Abs. 1 UWG setzt eine „Werbung“ voraus. Der Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkt sich daher nur auf irreführende Angaben, die „vor“ dem Vertragsabschluss gemacht worden sind. Die Verletzung vertraglicher Pflichten, insbesondere die Nicht- oder Schlechterfüllung, begründet daher keine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG. Mit Abschluss des Vertrages endet der Einsatz der Vorschrift.

Diese Einschränkung kennt das Betrugsstrafrecht nicht. Die bereits „vor“ Vertragsabschluss verübte Täuschung ist ausreichend gehalten, wenn aufgrund dieser Täuschung ein Vertrag zustande kommt („Eingehungsbetrug“). Wirkt diese Täuschung im Bereich der

⁴²⁶ Vgl. BGH GRUR 2000, 820 (821) – *Space Fidelity Peep-Show*; BGH GRUR 2002, 828 (830) – *Lottoschein*; BGH GRUR 2002, 982 (984) – *Die Steinzeit ist vorbei*; BGH GRUR 2010, 161 (Rdn. 20, 23) – *Gib mal Zeitung*.

⁴²⁷ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) aa) (2).

⁴²⁸ Hilgendorf, *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, S. 194.

Vertragsabwicklung fort, spricht man von „unechtem Erfüllungsbetrug“. Der zeitliche Anwendungsbereich des § 263 StGB wird also in den Bereich der Vertragsdurchführung ausgedehnt. Der sog. „echte Erfüllungsbetrug“ stellt die Täuschung sogar erst nach dem Vertragsabschluss unter Strafe. Damit nähert sich die Tathandlung des § 263 StGB dem zivilrechtlichen Irreführungsverbot (§ 5 UWG), das i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jede irreführende Angabe „vor“, „bei“ und „nach“ einem Geschäftsabschluss verbietet.

Dieser Unterschied führt zwar auf den ersten Blick nicht zu divergierenden Ergebnissen, weil die Anwendungsbereiche aller Normen deckungsgleich sind, solange aufgrund des fehlerhaften Inhalts der Angaben über z.B. Produkteigenschaften beim Bieter eine Fehlvorstellung hervorgerufen wird. Dennoch begegnet man in manchen Fällen einer fragwürdigen Rechtslage. Belehrt der Anbieter den Bieter z.B. über sein Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß, was im System der vollharmonisierenden UGP-RL als eine „nachvertragliche Irreführung“⁴²⁹ zu behandeln ist,⁴³⁰ liegt zwar eine Irreführung i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG und eine Täuschung i.S.d. § 263 StGB vor, weil auch „Rechtssätze“ Tatsachen i.S.d. § 263 StGB sein können.⁴³¹ Der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG ist aber ausgeschlossen.⁴³²

(b) Unterschiedliche Handlungsalternativen

Eine Werbeangabe kann den Tatbestand des Betruges erfüllen, wenn mit ihr falsche Tatsachen vorgespielt oder wahre entstellt oder unterdrückt werden. § 16 Abs. 1 UWG spricht dagegen nur von „unwahren“ irreführenden Angaben. Die Handlungsalternativen „Unterdrückung und Entstellung wahrer Tatsachen“ werden in § 16 Abs. 1 UWG nicht genannt. Dies hat zur Folge, dass nur die Konstellationen tatbestandsmäßig sind, die als ausdrückliche Täuschung i.S.d. § 263 StGB bezeichnet sind. Denn die als Täuschung unter Verwendung (auch) wahrer Erklärungen bezeichneten Konstellationen werden im heutigen Täuschungsschutzstrafrecht einhellig als konkludente Täuschung eingeordnet.⁴³³

⁴²⁹ Schon an dieser Stelle ist auf Folgendes hinzuweisen: Die „nachvertraglichen irreführenden Angaben“ sind nicht mit den „nachvertraglichen Informationspflichten“ zu verwechseln. Unter dem Begriff der nachvertraglichen Irreführung versteht man die irreführenden Angaben über die Durchführung, Beendigung oder Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses. Unter dem Begriff der nachvertraglichen Informationspflicht versteht man dagegen lediglich die Informationen, die von einem Unternehmen dem Verbraucher spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages offengelegt werden müssen, siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 b) bb). Es ist offensichtlich, dass die nachvertraglichen Informationspflichten keine strafrechtliche Relevanz haben, weil sie lediglich der dauerhaften Verfügbarkeit der Informationen dienen, siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) bb).

⁴³⁰ Siehe hierzu ausführlich Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) dd).

⁴³¹ Siehe hierzu ausführlich Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) bb).

⁴³² Siehe hierzu ausführlich Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) dd).

⁴³³ Siehe nur (**Abo-Fälle**) OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 30) – *Betrug durch „Abo-Fälle“ im Internet*; Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, § 39 Rdn. 8; Eisele, NSTZ 2010, 193 (195); Fischer, StGB, § 263 Rdn. 28b f.; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 16, 16f; Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 38, 55; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn.

Nicht tatbestandsmäßig sind deshalb die Fälle, in denen der Anbieter z.B. mit unauffälligen Hinweisen lediglich eine leere Verpackung versteigert, und wo der Versteigerungsgegenstand ausschließlich die Verpackung und nicht der ursprüngliche Inhalt ist.⁴³⁴ Also auch bezüglich der Handlungsalternativen unterscheidet sich § 16 Abs. 1 UWG von §§ 5 UWG, 263 StGB erheblich, nach deren Wortlaut der Verbraucher auch durch objektiv zutreffende Angaben in die Irre geführt werden kann.

Geht man mit der absolut herrschenden Lehre sogar noch einen Schritt weiter und schließt sämtliche Erklärungen des Anbieters, die sich logischerweise aus dem unmittelbar Erklärten ergeben, aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG aus, weil bei der Ermittlung der „Unwahrheit“ im System des § 16 Abs. 1 UWG die Verkehrsauffassung keine Rolle spielen könne,⁴³⁵ führt der Unterschied bezüglich der Handlungsalternativen zu noch gravierenderen Schutzlücken. Der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG würde sich lediglich auf die Fälle beschränken, in denen der Anbieter z.B. wahrheitswidrig angebe, es handle sich um hochwertige Originalfelgen der Marke Porsche, obwohl es sich in Wahrheit lediglich um Plagiatsfelgen handle.⁴³⁶ In den Fällen dagegen, in denen der Anbieter *schlüssig* erklärt, dass die positiven Bewertungen nicht von ihm selbst stammen (Feedback-Manipulation)⁴³⁷ oder in denen er *schlüssig* erklärt, dass er die Preisentwicklung durch die Scheingebote nicht manipuliert (Shill-Bidding),⁴³⁸ würde § 16 Abs. 1 UWG nicht in Betracht kommen.

(c) Das Eignungselement

Als ein weiterer und ganz entscheidender Unterschied ist das Eignungselement zu nennen. Während das Eignungselement dem Betrugstatbestand fremd ist, setzt § 16 Abs. 1 UWG dieses voraus.⁴³⁹

Dem Eignungselement kommen zwei verschiedene Aufgaben zu, die miteinander nicht zu verwechseln sind:

45; Schröder, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 5 A, Rdn. 21, 25; (**Gewinnmitteilung**) Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 StGB Rdn. 276; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 16, 16c; (**Insertionsoffertenbetrug**) Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 StGB Rdn. 469 ff.; Fischer, StGB, § 263 Rdn. 28 f.; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 16, 16c; Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 38, 54. Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 66; Schröder, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 5 A, Rdn. 21, 24.

⁴³⁴ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 b).

⁴³⁵ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 2.

⁴³⁶ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 A III.

⁴³⁷ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 A V.

⁴³⁸ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 A IV.

⁴³⁹ Dies ergibt sich aus dem Verweis auf § 5 UWG, siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 1.

(aa) Die tatbestandsbegrenzende Wirkung des Eignungselements

Für die Annahme einer Täuschung i.S.d. § 263 StGB genügt jede Lüge, auf die die Gegenpartei hereinfällt. Einer „Arglist“ i.S.d. schweizerischen StGB⁴⁴⁰ oder „besonderer Maßnahmen zur Wahrheitsdeckung“ i.S.d. französischen Code Pénal⁴⁴¹ bedürfte es nicht. Nach § 16 Abs. 1 UWG ist Täuschung dagegen nicht per se, sondern nur dann verboten, wenn sie geeignet ist, den Entschluss der Verbraucher zu beeinträchtigen. Bei § 16 Abs. 1 UWG ist daher ein „2-Stufen-Test“ vorzunehmen. Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob die Angaben i.S.d. § 5 UWG irreführend sind. Bejaht man dies, ist auf der zweiten Stufe festzustellen, ob die irreführenden Angaben geeignet sind, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen.⁴⁴²

Dieser „2-Stufen-Test“ kann wiederum am Beispiel der marktschreierischen Reklame verdeutlicht werden:

Selbst wenn man entgegen der gerade eben vertretenen Auffassung die Aussage des Werbenden im „Wundermittel“-Fall als Tatsachenbehauptung einordnet, weil die gegebenen Angaben grundsätzlich überprüfbar und darüber hinaus objektiv unrichtig seien, sodass eine ausdrückliche Täuschung vorliege und so der Täter für die Fehlvorstellung des Opfers zuständig und daher eine Betrugsstrafbarkeit immer zu bejahen sei,⁴⁴³ sollte man dennoch – im Gegensatz zu § 263 StGB – eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG unter dem Aspekt der zweiten Stufe verneinen.⁴⁴⁴ Denn Werbebotschaften, die in einer rhetorisch übertreibenden Form verbreitet werden – man denke an die Verwendung von Wunder- und Sensationsversprechungen wie in dem hier konkret vorliegenden Fall – stellen für den Durchschnittsverbraucher keine Gefahr dar, da er ihnen mit Skepsis und Vorsicht begegnet und sie nicht ihrem Wortsinne nach glaubt. Kaum ein Fall ist daher denkbar, in welchem sich der maßgebende Durchschnittsverbraucher durch diese offensichtlich nicht zutreffenden Werbeangaben täuschen lässt. Ihnen ist daher die Täuschungseignetheit abzusprechen.⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ Vgl. Tiedemann, in: LK, Vor § 263 Rdn. 52.

⁴⁴¹ Vgl. Tiedemann, in: LK, Vor § 263 Rdn. 63.

⁴⁴² Auf den ersten Blick hat man Eindrücke, dass ein ähnlicher Prüfungsaufbau auch beim Betrug vorliegen sollte, weil es beim Betrug zu einem Irrtum beim Getäuschten kommen muss. Das Tatbestandsmerkmal des Irrtums sollte also ähnliche Funktion haben. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass sich die bisherigen teleologischen Reduktionsversuche im Rahmen des Betruges überwiegend auf das Tatbestandsmerkmal des Irrtums im weiteren Sinne orientiert haben.

⁴⁴³ So etwa Heim, Die Vereinbarkeit der deutschen Betrugsstrafbarkeit (§ 263 StGB) mit unionsrechtlichen Grundsätzen und Regelungen zum Schutz der Verbraucher vor Irreführungen, S. 159.

⁴⁴⁴ Vgl. auch Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.51; Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 58.

⁴⁴⁵ So auch Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 226.

(bb) Die tatbestandsausweitende Wirkung des Eignungselements

Das Eignungselement hat aber auch eine tatbestandsausweitende Wirkung. Dementsprechend erfordert § 16 Abs. 1 UWG kein tatsächliches Eintreten einer Irreführung. Ausreichend ist die bloße Eignung der unwahren und irreführenden Angaben zur Erregung eines solchen Irrtums. § 16 Abs. 1 UWG wird also bereits dann erfüllt, wenn der Anbieter sein Angebot mit irreführenden Angaben (*erste Stufe* des „2-Stufen-Tests“), die auch geeignet sind, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen (*zweite Stufe* des „2-Stufen-Tests“), in die Auktion setzt, doch noch kein Vertrag zwischen dem Anbieter und dem Bieter zustande gekommen ist. Es kommt also nicht darauf an, ob ein Anfangsgebot von Seiten des Bieters abgegeben wird.

Was diese Aussage konkret bedeutet, kann zunächst am Beispiel von „*Shill-Bidding*“-Fällen verdeutlicht werden:

Sowohl in der Literatur⁴⁴⁶ als auch in dieser Arbeit wird die Frage, ob in diesen Fällen ein Vermögensschaden vorliegt, lediglich zu Lasten des Höchstbietenden untersucht,⁴⁴⁷ weil einziger Anknüpfungspunkt für eine Vermögensverfügung des Opfers die Gebote sein können, die für den in die Auktion eingestellten Artikel abgegeben werden. Gelingt es dem Täter, die Preise hoch zu treiben, hat die Prüfung wegen vollendeten Betruges nunmehr bspw. an die zweite Verfügung anzuknüpfen, denn nur das letzte Gebot des Opfers führt zum Kaufvertrag und damit möglicherweise auch zu einem Vermögensschaden. Die Prüfung einer Strafbarkeit des Täters wegen *vollendeten* Betruges kann also wohl frühestens dann beginnen, wenn sich das durch Täuschung veranlasste Gebot als dasjenige herausstellt, welches das höchste Gebot darstellt und damit zum Vertragsabschluss mit Zeitablauf führt. Bei den Handlungen des Täters zuungunsten des überbotenen Bieters ist daher lediglich von einem *versuchten* Betrug⁴⁴⁸ und einer Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG auszugehen.

Da § 16 Abs. 1 UWG kein Vermögensgefährdungsdelikt ist, sollte die tatbestandsausweitende Wirkung des Eignungselements insbesondere aber in den Fällen von Bedeutung sein, in denen der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG im Vergleich zum versuchten Betrug vorverlagert wird.⁴⁴⁹

Die Fälle von „*Feedback-Manipulationen*“ passen hierzu sehr gut:

⁴⁴⁶ Dingler, Betrug bei Online-Auktionen, S. 121 ff.; Popp, JuS 2005, 689 (691 ff.); siehe auch für herkömmliche Auktionen Locher/Blind, NJW 1970, 2290 (2291); Otto, NJW 1979, 681 (684).

⁴⁴⁷ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 A IV.

⁴⁴⁸ Ausdrücklich: Locher/Blind, NJW 1970, 2290 (2291).

⁴⁴⁹ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 a) bb).

Im Rahmen der obigen Untersuchungen wurde zwar ein Vermögensschaden verneint. Von einem „versuchten“ Betrug wurde aber deshalb ausgegangen, weil die anderen drei Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB, darunter die Täuschung, für unproblematisch gehalten wurden.⁴⁵⁰ Man musste aber *schon* am Vorliegen der Täuschung zweifeln, weil es sehr fraglich erscheint, ob der Täter bloß durch die künstliche Aufwertung seines Profils in der Vergangenheit die Schwelle zu § 22 StGB überschritten hat.

Ausgehend von der weitgehend anerkannten subjektiv-objektiv gemischten Methode liegt gemäß § 22 StGB der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur unmittelbaren Verwirklichung des Tatbestandes ansetzt. Dies ist nicht erst dann der Fall, wenn er bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt bzw. ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits die Strafbarkeit wegen Versuchs begründen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne *Zwischenakte* unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmündet oder mit ihr in unmittelbar räumlichem und zeitlichem Zusammenhang steht, sie also das geschützte Rechtsgut in eine konkrete Gefahr bringt.⁴⁵¹

Gemessen an diesen Anforderungen kann man die Überschreitung der Schwelle nach § 22 StGB in vielen Fällen nicht begründen. Denn die Täuschungshandlung, die das Vermögen des Bieters schadensähnlich gefährden könnte, kann nach der subjektiv-objektiv Methode nur in dem Vortäuschen des Anbieters über seine Erfüllungsfähigkeit im Hinblick auf den *gegenwärtig* abzuschließenden Vertrag angesehen werden. Die Tatbegehung ist im Fall der „Feedback-Manipulation“ aber zweiaktig aufgebaut. Zunächst wird ein Vertrauen geschaffen, das *conditio sine qua non* für alle weiteren Täuschungshandlungen ist. Danach wird dieses Vertrauen ausgenutzt. Die künstliche Aufwertung des Profils in der *Vergangenheit* und das dadurch geschaffene Vertrauen beim Bieter auf die Erfüllungsfähigkeit des Anbieters sollten also im Rahmen dieses zweiaktigen Aufbaus lediglich als wesentliche *Zwischenakte* für das Gelingen eines Betruges behandelt werden. Diese sollten folglich bloß als straflose Vorbereitungshandlungen i.S.d. § 263 Abs. 2 StGB angesehen werden.⁴⁵² Dieses Ergebnis würde auch der bisherigen Rechtsprechung entsprechen, wonach die bloße Vertrauenserschleichung eines Sparbuchs unter fremdem Namen, um einen späteren Betrug vorzubereiten, als Vorbereitung anzusehen ist.⁴⁵³

⁴⁵⁰ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 A V.

⁴⁵¹ Statt vieler BGHSt 54, 69 (Rdn. 171) – *Lebensversicherungsbetrug*.

⁴⁵² Vgl. hierzu *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 108 ff. Zur vergleichbaren Problematik beim Betrug durch Abschluss von Versicherungen *Waßmer*, HRRS 2012, 368 (370).

⁴⁵³ OLG Karlsruhe NJW 1982, 59 (59 f.) – *Vertrauenserschleichung als Vorbereitungshandlung zum Betrug*.

Da in den Fällen von „Feedback-Manipulationen“ das Vermögen nicht gefährdet ist, wohl aber die Dispositionsfreiheit angegriffen wird, weil der Bieter mit einem weniger erfüllungsfähigen Anbieter einen Vertrag abschließt, als er gedacht hat, taucht dort die eigentliche Bedeutung des Eignungselements besonders deutlich auf. Durch die Vorschrift werden auch die Vorbereitungshandlungen erfasst. Abzulehnen ist daher die in der wettbewerbsstrafrechtlichen Literatur vertretene Auffassung, dass die Funktion des § 16 Abs. 1 UWG im Verhältnis zu § 263 StGB die Beweiserleichterung gegenüber dem versuchten Betrug sei,⁴⁵⁴ und die in der amtlichen Begründung vertretene Auffassung, dass in Fällen des § 16 Abs. 1 UWG zugleich der versuchte Betrugstatbestand des § 263 StGB erfüllt sei.⁴⁵⁵ Ganz im Gegenteil: Die tatbestandsausweitende Wirkung des Eignungselements verleiht der Vorschrift ihre eigenständige Bedeutung.

Die Pönalisierung der Vorbereitungshandlungen durch § 16 Abs. 1 UWG kann aufgrund des „ultima ratio“ Prinzips im Strafrecht nicht in Frage gestellt werden. Immerhin trägt zu der Legitimation von § 16 Abs. 1 UWG die *tatbestandsbegrenzende* Wirkung des Eignungselements bei, welche gerade hier nochmals ins Spiel kommt. Dadurch wird die Vorfeldkriminalisierung erheblich beschnitten. Es sind sogar solche Fälle denkbar, in denen ein (versuchter) Betrug ohne weiteres, eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG dagegen aufgrund des Erfordernisses einer Irreführungseignung nur mit Mühe angenommen werden kann. Die Fälle, in denen es zu einer *Gebührenabwälzung* kommt, sind ein gutes Beispiel dafür. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen der Anbieter versucht, die zugunsten des Auktionshauses anfallenden Provisionen auf den Höchstbietenden abzuwälzen:

Kommt bei einer Online-Auktion ein Kaufvertrag zwischen Anbieter und Bieter zustande, entstehen dem Anbieter – im schuldrechtlichen Verhältnis zum Auktionshaus⁴⁵⁶ – typischerweise weitere Kosten, wie etwa eine Provisionsgebühr zugunsten des Auktionshauses. In der Regel sind solche Provisionsgebühren von dem Anbieter zu begleichen. Nach den AGB des marktführenden Auktionshauses eBay ist es sogar ausdrücklich untersagt, zusätzlich zum Verkaufspreis eBay-Gebühren oder Provisionen auf Bieter umzulegen und von diesem einzufordern.⁴⁵⁷ Dies geschieht vor allem zum Schutz der Bieter, da diese in der Regel nicht in der Lage sind abzuschätzen, wie hoch die jeweiligen Beträge sein werden. Die seriösen Anbieter greifen diesen Grundsatz explizit in den Artikelbeschreibungen auf, indem sie darauf hinweisen, dass zwar die Versandkosten vom Käufer zu tragen sind, nicht jedoch die eBay-Gebühren. Gerne werden Formulierungen verwendet wie

⁴⁵⁴ Nill, Der strafrechtliche Täuschungsschutz gegen irreführende Werbung, S. 87.

⁴⁵⁵ BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

⁴⁵⁶ Siehe Gliederungspunkt Teil 1 C I.

⁴⁵⁷ Vgl. §§ 3 Abs. 10, 5 eBay-AGB.

„Versand Du – eBay ich“ oder „Versandkosten trägt der Käufer, eBay übernimmt der Verkäufer“.

Zu beachten ist aber, dass die eBay-AGB keine unmittelbare Wirkung auf das Marktverhältnis (maW: das Verhältnis zwischen Anbieter und Bieter) haben. Daher können die beiden Vertragsparteien die Ungültigkeit des Verbots ausdrücklich oder schlüssig vereinbaren, § 305b BGB.⁴⁵⁸ Viele unseriöse Geschäftspraktiker nutzen diese Rechtslage dahingehend aus, als dass sie ihre Angebote außergewöhnlich niedrig ansetzen, um dem Bieter den verlangten Kaufpreis besonders günstig erscheinen zu lassen. Sie haben in Wahrheit die Absicht, durch die Abwälzung der Provisionsgebühren auf den Höchstbietenden, die von ihnen zu begleichenden Nebenkosten auszugleichen.

Bei der täuschungsschutzstrafrechtlichen Beurteilung dieser Praxis ist zwischen denjenigen Fällen zu differenzieren, in denen der Anbieter schon auf der Angebotsseite auf die Gebührenabwälzung-Klausel – etwa in seinen eigenen AGB – *eindeutig* hinweist und der Bieter trotz abweichender Regelung von den eBay-AGB sein Angebot abgibt, und den Fällen, in denen der Bieter erst nach dem Vertragsabschluss, z.B. im Laufe eines E-Mail-Kontakts, von der Gebührenabwälzung erfährt, weil der Anbieter vor dem Vertragsabschluss nicht darauf hinweist.

(1) Die rechtliche Beurteilung der ersten Konstellation bereitet keine besonderen Schwierigkeiten. Eine Täuschung i.S.d. § 263 StGB bzw. eine Irreführung i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG liegen nicht vor. Zwar könnte man argumentieren, dass der Bieter grundsätzlich davon ausgeht, dass der Anbieter die Gebühren zu tragen hat, weil die eBay-AGB das so vorschreiben mit der Folge, dass er die abweichende Regelung in den AGB des Anbieters gar nicht zur Kenntnis nimmt. Für diese Fehlvorstellung kann aber der Anbieter keinesfalls verantwortlich gemacht werden, weil er ausdrücklich schon vor Vertragsabschluss von den eBay-AGB abweicht. Was zivilrechtlich erlaubt ist, kann nicht strafrechtlich beanstandet werden.

(2) Zu abweichenden Ergebnissen im Rahmen der §§ 16 Abs. 1 UWG, 263 StGB kommt man aber bei der zweiten Konstellation. Nimmt der Bieter die Gebührenabwälzung hin und überweist den Kaufpreis, so soll ein vollendeter Betrug „mangels materiellen Schadens“ *nur dann* ausscheiden, wenn der Bieter trotz nachträglicher Gebührenabwälzung immer noch ein günstiges Geschäft macht. Anders ausgedrückt: Ein vollendeter Betrug liegt nur dann vor, wenn der inklusive der abgewälzten Gebühren zu zahlende Preis den Wert des Versteigerungsgegenstands übersteigt. In dieser Konstellation dreht sich also jegliche Diskussion im Rahmen des § 263 StGB um das Vorliegen eines Schadens. Denn

⁴⁵⁸ Vgl. Gliederungspunkt Teil 1 C I.

das Vorliegen einer Täuschung bzw. eines Irrtums kann ohne weiteres mit der Begründung bejaht werden, dass nach der herrschenden Lehre auch die bewusste Selbstschädigung von § 263 StGB erfasst ist. Hinter dieser Feststellung steht die Überlegung, dass, wenn man die bewusste Selbstschädigung als schadensmerkmalstauglich ansieht, dies logischerweise darauf hindeutet, dass man eine Täuschung bzw. einen Irrtum bereits einen Schritt vorher im Prüfungsaufbau angenommen hat, selbst wenn der Bieter mit voller Kenntnis von der nachvertraglichen Gebührenabwälzung überweist. Denn nach der Logik der herrschenden Lehre darf dem Getäuschten der Irrtum nicht verborgen bleiben, eine Vermögensverfügung zu treffen, die eventuell auch zum Vermögensschaden führen kann. Selbst wenn man im Einklang mit den Autoren davon ausgeht, dass die bewusste Selbstschädigung aus dem § 263 StGB herausgenommen werden soll,⁴⁵⁹ ändert sich daran nichts, da ihnen zufolge bei der bewussten Selbstschädigung zwar der Irrtum zu verneinen ist, jedoch das Vorliegen einer Täuschung⁴⁶⁰ und die Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie zwischen der Täuschungshandlung und dem Irrtum zu bejahen sind.⁴⁶¹ Dies mit der Folge, dass ein versuchter Betrug vorliegt. Es ist aber offensichtlich, dass man in dieser Konstellation einer Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG unter dem Aspekt der *zweiten Stufe* des „2-Stufen-Test“ mit Skepsis gegenüberstehen soll.

(2) Adressaten irreführender Angaben

Sowohl bei § 263 StGB als auch bei § 5 UWG genügt die Individualtäuschung zur Erfüllung des Tatbestandes. Hingegen setzt § 16 Abs. 1 UWG Publikumswerbung voraus. Irreführende Angaben, die sich an Einzelpersonen richten, wie z.B. Kauf- und Verkaufsgespräche zwischen Händlern und Verbraucher, sind daher nicht tatbestandsmäßig.

(3) Adressaten des Irreführungsverbots

Normadressat des § 263 StGB ist jedermann. Es spielt beim Betrug deshalb keine Rolle, ob ein Verbraucher, ein Unternehmer oder sogar die öffentliche Hand bei Online-Auktionen als Anbieter auftritt und irreführende Angaben macht. Normadressat des § 16 Abs. 1 UWG ist dagegen jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen vornimmt.⁴⁶² Dies wirkt sich konkret dahingehend aus, dass rein privates und hoheitliches Handeln nicht vom Tatbestand erfasst wird. Aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG werden daher die privaten Auktionen (C2C-Auktionen) ausgeschlossen. In diesem Bereich kommt lediglich § 263 StGB in Betracht. Dies hat zur Folge, dass

⁴⁵⁹ Z.B. Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdn. 55; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 41 Rdn. 121; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 41, 101.

⁴⁶⁰ Z.B. unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Erfüllungsbereitschaft aufgrund der eBay-AGB.

⁴⁶¹ Z.B. Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdn. 20; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, § 41 Rdn. 67; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 32a, 43.

⁴⁶² Dies ergibt sich aus dem Verweis auf § 5 UWG, siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 1.

private Anbieter grundsätzlich bei der Gestaltung ihrer Angebote weitgehend frei sind, weil sie der zahlreichen Informationspflichten im B2C-Bereich nicht nachkommen müssen, deren Verletzung eine Irreführung gemäß § 5 UWG auslösen, welche wiederum eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG begründen können. Um die Informationspflichten zu vermeiden, sind viele unseriöse Anbieter bei Online-Auktionen deshalb bestrebt, nicht als Unternehmer angesehen zu werden.

Dies könnte auf den ersten Blick überraschend sein. Denn während beim Betrug bereits für die Verwirklichung des Grunddelikts eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren droht, sieht die strafbare Werbung eine Höchststrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe vor. Die Motivation des Täters liegt aber woanders. Dies lässt sich am Beispiel der nachträglich verlangten „*Mehrwertsteuer-Aufschlags*“ verdeutlichen. Die Motivationslage der Anbieter ähnelt sehr der Gebührenabwälzungsfalle: Der Anbieter gibt einen möglichst niedrigen Startpreis an, um das Kaufinteresse des Bieters zu wecken. Nach dem Auktionsende gibt er dem Höchstbietenden bekannt, er habe zum Nettopreis ersteigert und der zu zahlende Preis verstehe sich zuzüglich der Mehrwertsteuer. Will der Höchstbietende den nun zu zahlenden Preis nicht überweisen, weist der Anbieter darauf hin, dass mit dem Auktionsende ein bindender Vertrag zwischen ihm und dem Höchstbietenden zustande komme und er ein Privatanbieter sei mit der Folge, dass es sich von selbst erkläre, dass der angegebene Preis Nettopreis und kein Gesamtpreis sei.

Die Begründung einer Irreführung i.S.d. §§ 5, 16 Abs. 1 UWG ist unproblematisch. Nach der in § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV enthaltenen Legaldefinition sowie nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB ist unter Gesamtpreis der Preis zu verstehen, der einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile zu zahlen ist. Daraus ergibt sich, dass im Verkehr mit dem Verbraucher der angegebene Preis die Mehrwertsteuer enthalten muss. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 PAngV ergibt sich sogar die Verpflichtung, bei Angeboten im Fernabsatz anzugeben, dass die geforderten Endpreise die Umsatzsteuer enthalten. Wirbt ein unternehmerischer Anbieter, ohne darauf hinzuweisen, dass zuzüglich zum Preis die Mehrwertsteuer zu entrichten ist, so ist die Werbung irreführend, weil der Verkehr aufgrund der Legaldefinition davon ausgeht, dass in den ihm gegenüber anzugebenden Preisen die Mehrwertsteuer enthalten ist. Diese Irreführung ist auch geeignet, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen.⁴⁶³

Die Begründung einer Täuschung i.S.d. § 263 ist demgegenüber nicht so leicht, wie es auf den ersten Blick scheint. §§ 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV, 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art.

⁴⁶³ Siehe nur BGH GRUR 2011, 82 (Rdn. 28-31) – *Preiswerbung ohne Umsatzsteuer*; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 7.109.

246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB scheiden von vornherein aus, weil sich die Anwendungsbereiche dieser Normen auf unternehmerisch tätige Anbieter beschränken. Bei C2C-Auktionen haben sie keinen Platz. Übrig bleiben daher – und zwar als einzige Möglichkeit – die AGB des Auktionshauses, weil auch sie geeignet sind, eine Verkehrsauffassung bezüglich der Preisangabenpflichten zu prägen und zu konkretisieren,⁴⁶⁴ und daher deren Verletzung die Annahme einer (konkludenten) Täuschung rechtfertigt.⁴⁶⁵ Der Passus in den AGB, wonach der Preis der jeweiligen Artikel sich als Endpreis einschließlich der eventuell anfallenden Mehrwertsteuer und weiterer Preisbestandteile versteht, kann daher den Ausgangspunkt dafür bilden, dass der Bieter in der Regel keinen ausdrücklichen Hinweis darauf erwartet, dass sich der angegebene Preis als Gesamtpreis versteht. Die Täuschung ist daher anzunehmen. Die Tücke dieser Konstellation liegt aber darin, dass eine Täuschung nur dann angenommen werden kann, wenn es in den AGB des Auktionshauses überhaupt eine derartige Regelung gibt⁴⁶⁶ und wenn die Vertragsparteien von den AGB des Auktionshauses nicht abweichen, § 305b BGB.⁴⁶⁷ Um eine konkludente Täuschung zu begründen, überzeugt eine rein faktische Betrachtungsweise, wonach ausschlaggebend ist, wovon der Bieter tatsächlich ausgegangen ist,⁴⁶⁸ in diesen Fällen nicht, weil sonst die Regelungen in §§ 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV, § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB überflüssig wären.⁴⁶⁹

Die Abgrenzung zwischen einer privaten und einer geschäftlichen Handlung ist also nicht nur für die Bestimmung des Anwendungsbereiches des § 16 Abs. 1 UWG ausschlaggebend, sondern auch für die Begründung einer Täuschung in vielerlei Hinsicht entscheidend. Die Probleme beginnen aber gerade hier. Eine klare Abgrenzung ist äußerst schwierig, weil es keine allgemeingültige Formel dazu gibt. Es besteht lediglich über zwei Punkte Einigkeit.

⁴⁶⁴ Vgl. (faktisch-normative Betrachtungsweise) BGHSt 51, 165 (Rdn. 20) – Fall „Hoyzer“, Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 14/15; Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 35; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 30.

⁴⁶⁵ Vgl. (normative Betrachtungsweise) Lackner, in: LK (10. Auflage), § 263 Rdn. 28 ff.; Volk, JuS 1981, 878 (882); Heghmanns, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 7 A Rdn. 74 überträgt diesen Ansatz auf § 16 Abs. 1 UWG.

⁴⁶⁶ Vgl. § 3 Abs. 9 eBay-AGB.

⁴⁶⁷ Siehe Gliederungspunkt Teil 1 C I.

⁴⁶⁸ So etwa Cramer, in: Schönke/Schröder, StGB (26. Auflage), § 263 Rdn. 14 f.; vgl. auch BGHSt 3, 69 (70 ff.) – Hingabe eines ungedeckten Schecks als Betrug; Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 28: „das Vorliegen einer Täuschung ist eine Tatfrage“; anhand des Irrtums statt vieler Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, Rdn. 513.

⁴⁶⁹ Aus diesem Grund trifft der in der betrugsstrafrechtlichen Literatur weit verbreitete Hinweis, dass sich Unterschiede zwischen der faktischen und der normativen Betrachtungsweise lediglich in dogmatischer Hinsicht ergeben (vgl. Hoffmann, GA 2003, 610, 614; Kasiske, GA 2009, 360, 363 ff.; Krack, ZIS 2007, 103, 107; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 41; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 30), nicht immer zu, wenn man – wie im Wettbewerbsstrafrecht – strikt zwischen B2C-Bereich und C2C-Bereich unterscheidet.

Zum einen ist der Begriff der geschäftlichen Handlung weit auszulegen. Um von einer unternehmerischen Tätigkeit ausgehen zu können, ist lediglich eine auf Dauer angelegte, planmäßige und selbständige wirtschaftliche Betätigung erforderlich, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben.⁴⁷⁰ Darüber hinausgehend wird aber eine Gewinnerzielungsabsicht nicht vorausgesetzt.⁴⁷¹ Deshalb können auch die Tätigkeiten, die nur als Freizeitbeschäftigung zum Lebensunterhalt beitragen, unter das UWG fallen. Das bedeutet, dass auch die Tätigkeiten eines Verbrauchers als geschäftliche Handlungen angenommen werden können.

Zweitens ist von einer geschäftlichen Handlung nicht schon dann auszugehen, wenn eine Ware einer Vielzahl von Personen zum Kauf angeboten wird, um einen möglichst hohen Verkaufspreis zu erzielen.⁴⁷² Denn ansonsten wäre jede einfache Internetwerbung einer Privatperson, die regelmäßig eine unbestimmte Anzahl von Personen erreicht, als geschäftliche Handlung anzusehen. Das aber würde zu einer nicht gewollten Ausdehnung des UWG ins Uferlose führen.⁴⁷³ Deshalb sind die Umstände des Einzelfalls in einer Gesamtschau zu würdigen und weitere Anhaltspunkte zu finden.⁴⁷⁴

Die Annahme einer geschäftlichen Handlung erscheint ganz unproblematisch, wenn der Anbieter einen eBay-Shop eröffnet oder sich als eBay-Powerseller registriert. Denn der Verkäufer bringt durch die Registrierung als Power-Seller sein Engagement dafür zum Ausdruck, als professioneller Verkäufer bei Online-Auktionen wahrgenommen zu werden.⁴⁷⁵

Ein weiterer Anhaltspunkt kann der Umfang der bisherigen Verkaufstätigkeit sein. Die Annahme einer Unternehmereigenschaft liegt hier deshalb nahe, weil das hohe Handelsaufkommen zeigt, dass der Anbieter mit einer derartigen Menge an Transaktionen einen erheblichen zeitlichen, organisatorischen und finanziellen Aufwand betrieben hat. Dieser Gedanke hat sich auch in der Rechtsprechung durchgesetzt. Eine geschäftliche Handlung wurde etwa bei einem Verkauf von 484 Artikeln innerhalb eines Jahres,⁴⁷⁶ sowie von 252 Artikeln innerhalb von 2 Jahren⁴⁷⁷ angenommen. In der Rechtsprechung wurde eine geschäftliche Handlung auch dann bejaht, wenn der Anbieter 42 Auktionen innerhalb von

⁴⁷⁰ OLG Frankfurt a.M. GRUR 2004, 1043 (1043 f.) – *eBay Handel/Cartier-Stil*.

⁴⁷¹ BGH GRUR 2008, 810 (Rdn. 21) – *Kommunalversicherer*.

⁴⁷² BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 23) – *Internet-Versteigerung II*; BGH GRUR 2008, 702 (Rdn. 41) – *Internet-Versteigerung III*.

⁴⁷³ BGH GRUR 2008, 702 (Rdn. 41) – *Internet-Versteigerung III*.

⁴⁷⁴ *Henning-Bodewig*, GRUR 2013, 26 (28 f.).

⁴⁷⁵ *Fischer*, WRP 2008, 193 (196); *Heckmann*, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.3 Rdn. 170; *Meyer*, K&R 2007, 572 (573); *Spindler/Anton*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 14 BGB Rdn. 4.

⁴⁷⁶ OLG Frankfurt a.M. MMR 2007, 378 (378 f.) – *Unternehmereigenschaft eines „Power-Sellers“ bei eBay*.

⁴⁷⁷ LG Mainz MMR 2006, 51 (51) – *Powerseller*.

drei Wochen durchgeführt hat.⁴⁷⁸ Eine geschäftliche Handlung wurde auch in den Fällen bejaht, in denen die Ware mit dem Zweck des Weiterverkaufs erworben wird.⁴⁷⁹ Als weiterer Anhaltspunkt kann ferner das Angebot von gleichartigen oder neuwertigen Artikeln sein. Denn ein hoher Anteil an Neuwaren deutet darauf hin, dass die Ware dazu gekauft wird, um sie anschließend selbst weiter zu veräußern.⁴⁸⁰ Auch das Anbieten von Waren in großen Mengen spricht für eine unternehmerische Tätigkeit, weil der Verbraucher im Normalfall nicht in der Lage ist, solche Mengen für den eigenen Bedarf zu nutzen.⁴⁸¹ Eine geschäftliche Handlung kann ferner bei der Nutzung des PayPal-Systems, bei der Nutzung von detaillierten AGB oder bei Verkauf bestimmter Produkte (z.B. technische Geräte, Gesundheitsprodukte), für die kein privater Markt existiert, oder bei der Spezialisierung auf ein bestimmtes Produktsegment, angenommen werden.⁴⁸² Diese Indizien sollen auch für die Feststellung des Anwendungsbereichs von § 16 Abs. 1 UWG maßgeblich sein, da nicht ersichtlich ist, dass das Tatbestandsmerkmal im Rahmen von § 16 Abs. 1 UWG eine andere Auslegung erfahren soll als im Kontext von § 5 UWG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

bb) Der subjektive Tatbestand

Auch auf der subjektiven Tatbestandsebene ist die unterschiedliche Ausstattung der Normen auffällig. Die beiden Normen verlangen zwar eine vorsätzliche Tatbegehung und darüber hinaus eine Absicht. Auf den ersten Blick erscheint es daher näher, dass die Absicht bei § 16 Abs. 1 UWG, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, die Funktion der Bereicherungsabsicht i.S.d. § 263 StGB übernimmt. Dies gilt aber nur für die Fälle, in denen der Anbieter in Bezug auf die Produkteigenschaften täuscht. In den Fällen aber, in denen der Anbieter beispielsweise den ordnungsgemäßen Preisfindungsmechanismus manipuliert, um die Preise hoch zu treiben (Shill-Bidding), oder in denen der Anbieter den Bieter über sein Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt, reduziert sich der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG erheblich. In diesen Fällen kann man ohne Zweifel von einer Absicht einer Vermögensverschiebung ausgehen. Von einem besonders günstigen Angebot kann aber kaum Rede sein.

⁴⁷⁸ OLG Zweibrücken, WRP 2007, 1005 (1006 f.) – *Internetauftritt eines professionellen Händlers bei eBay*.

⁴⁷⁹ BGH GRUR 2004, 860 (863) – *Internet-Versteigerung I*.

⁴⁸⁰ LG Berlin, MMR 2007, 401 (401) – *Kleingewerbliche Tätigkeit bei eBay*.

⁴⁸¹ Meyer, K&R 2007, 572 (575).

⁴⁸² Vgl. Fischer, WRP 2008, 193 (197); Kaestner/Tews, WRP 2004, 391 (393 f.); Meyer, K&R 2007, 572 (576 ff.); Szczesny/Holthusen, NJW 2007, 2586 (2588 ff.); siehe auch Borges/Kriegesmann, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, S. 149 ff.

3. Zwischenfazit/Ausblick

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Frage, ob § 16 Abs. 1 UWG etwaige Strafbarkeitslücken schließt, die § 263 StGB offen lässt, nicht klar und kurz beantwortet werden kann. Obwohl § 16 Abs. 1 UWG vom Vermögensschadenstatbestand befreit ist, ist die Vorschrift so stark anders ausgestaltet als § 263 StGB mit der Folge, dass in manchen Fällen die täuschenden Angaben, die – *schon* im C2C-Bereich – eine Strafbarkeit nach § 263 StGB auslösen können, im Vorfeld und gerade im B2C-Bereich nicht tatbestandsmäßig sind. Die Annahme wird also bestätigt, dass die bisher geringe Bedeutung des § 16 Abs. 1 UWG tatsächlich auf dessen tatbestandlicher Ausgestaltung beruht. Dies zwingt zu Überlegungen *de lege ferenda*. Natürlich dürfen nicht alle Tatbestandsmerkmale, die zu den unterschiedlichen Anwendungsbereichen der Normen führen, sowie die Maßstäbe, an denen die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 1 UWG gemessen werden, in Frage gestellt werden. Es ist nicht zu vergessen, dass sich das Abstellen auf das europäische Verbraucherleitbild, das Verlangen einer geschäftlichen Handlung sowie das Eigenselement aus dem Verweis auf § 5 UWG ergeben, welcher die vollharmonisierenden Vorgaben der UGP-RL in das deutsche Recht umsetzt. Auch das Tatbestandsmerkmal „Publikumswerbung“ darf nicht in Frage gestellt werden, weil gerade es den Schutz der Dispositionsfreiheit im Vorfeld legitimiert. Die bei den objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen auffälligen weiteren Unterschiede können aber durchaus kritisch hinterfragt werden.

C. § 16 ABS. 1 UWG: DE LEGE LATA – DE LEGE FERENDA

Die bisherige Untersuchung macht deutlich, dass der Gesetzgeber § 16 Abs. 1 UWG die Aufgabe gibt, eine Brücke zwischen dem zivilrechtlichen Irreführungsverbot des § 5 UWG und dem Täuschungsverbot des § 263 StGB mit der Folge eines Vermögensschadens oder zumindest einer Gefährdung dieses Vermögens zu schaffen. § 16 Abs. 1 UWG wird allerdings mit zahlreichen Tatbestandsmerkmalen belastet, die man weder bei § 5 UWG noch bei § 263 StGB findet. Einige von ihnen führen sogar zur einer sehr fragwürdigen Rechtslage, so dass im konkreten Fall eine Täuschung i.S.d. § 263 StGB und eine Irreführung i.S.d. § 5 UWG angenommen werden können. Der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG ist aber ausgeschlossen. Aus diesem Grund besteht seit langer Zeit Einigkeit darüber, dass der tatsächliche Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG weit hinter dem potentiellen Anwendungsbereich zurückbleibt. Daher erfuhr § 16 Abs. 1 UWG seit seiner Etablierung im Wettbewerbsstrafrecht zahlreiche Reformvorschläge.

Ausgehend davon werden im Folgenden die Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 1 UWG näher betrachtet. Gleichzeitig wird aber auch untersucht, welche Operationen auf der Tatbestandsebene für einen besseren Verbraucherschutz im Vorfeld des § 263 StGB erforderlich sind. Zunächst werden die bisherigen Reformvorschläge als Vorüberlegung de lege ferenda kurz dargestellt. Im Ergebnis werden sie aber abgelehnt (I). Im Anschluss daran wird gezeigt, dass befriedigende Lösungen nur gefunden werden, wenn die betrugsstrafrechtlichen Grundsätze – natürlich unter Berücksichtigung der von der besonderen Struktur des § 16 Abs. 1 UWG bedingten Modifizierungen – und das europarechtliche Verbraucherleitbild, an dem die Täuschungseignetheit einer Werbeaussage gemessen wird, stärker als bisher üblich in den Tatbestand einbezogen werden. Es wird deshalb für die Erweiterung des Tatbestandsmerkmals der Irreführung (II), für die Streichung des Merkmals der „Unwahrheit“ (III) sowie für die Streichung des Absichtserfordernisses der „Anscheinssetzung“ (IV) plädiert. Dann werden diese Ergebnisse anhand des eigenen Gesetzesvorschlags präzisiert (V).

I. Vorüberlegungen

1. Streichung der Norm versus Notwendigkeit des § 16 Abs. 1 UWG

Im Rahmen der möglichen Novellierungsmöglichkeiten ist zunächst die Frage zu klären, ob es überhaupt der Beibehaltung des § 16 Abs. 1 UWG bedarf. Denn aus der Feststellung, dass der Tatbestand de lege lata kaum die ihm zugedachte Aufgabe erfüllen kann, kann noch nicht ohne weiteres gefolgert werden, dass die Norm neu zu fassen wäre. Um diesen Schluss ziehen zu können, bedarf es vielmehr einer Begründung, die aufzeigt, dass eine strafrechtliche Sanktion des in der bisherigen Untersuchung dargestellten Verhaltens überhaupt notwendig ist. Es stellt sich also die Frage nach Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit irreführenden Werbeverhaltens. Denn die beide Begriffe betonen – wie bekannt – den *ultima ratio* Grundsatz, wonach das Strafrecht unter Zugrundelegung des Art. 2 Abs. 1 GG nur dort eingesetzt werden kann, wo es unerlässliches Mittel ist, um die Gesellschaft vor strafwürdigen Rechtsbedrohungen oder Verletzungen zu schützen und die Rechtsordnung zu bewahren.⁴⁸³

a) Strafwürdigkeit

Die Strafwürdigkeit eines Verhaltens ist zu bejahen, wenn das Maß der Sozialschädlichkeit einer Handlung ein Rechtsgut empfindlich verletzt oder gefährdet.⁴⁸⁴ Wie oben herausgefunden, enthält § 16 Abs. 1 UWG mehrere zu schützende Rechtsgüter.⁴⁸⁵ Irreführendes Werben ist dabei durchaus in der Lage, die rechtlich strukturierte Ordnung erheblich zu gefährden. Der Werbende bezweckt durch den Einsatz des Mittels der irreführenden Werbung, einen Erwerbsentscheid des Durchschnittsverbrauchers nicht dessen freier Entscheidungsfindung zu überlassen, sondern er will ihn durch den Einsatz des unlauteren Mittels in die von ihm gewünschte Richtung manipulieren. Ein solches Verhalten widerspricht unzweifelhaft dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs, wonach der Werbende durch seine eigene Leistung am Markt überzeugen soll.⁴⁸⁶ Eine Tolerierung eines solchen als sozialetisch verwerflich einzuordnenden Verhaltens kann natürlich nicht hingenommen werden, sodass eine solche Handlung als strafwürdiges Unrecht einzustufen ist. In diesem Zusammenhang ist auch die sog. „Sog- und Ansteckungswirkung“⁴⁸⁷ des unlauteren Wettbewerbs zu beachten. Setzt der Werbende täuschende Angaben ein und erzielt er durch die eintretende Wettbewerbsverzerrung einen Wettbewerbsvorsprung, bleibt den Konkurrenten nur die Wahl, entweder sich und ihre Waren und Leistungen an den nicht

⁴⁸³ Statt vieler *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 7 I 1 a), S. 50 f.

⁴⁸⁴ Statt vieler *Otto*, Strafrecht AT, § 1 Rdn. 49.

⁴⁸⁵ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 a) aa).

⁴⁸⁶ *Schwarz*, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 125.

⁴⁸⁷ Siehe nur *Dannecker*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 1. Kapitel Rdn. 17.

den Tatsachen entsprechenden Behauptungen des irreführend Werbenden messen zu lassen und damit eventuell Marktanteile einzubüßen, oder, um dies zu verhindern, selbst nicht der Wahrheit entsprechende Behauptungen aufzustellen, also selbst irreführend zu werben.⁴⁸⁸

b) Strafbedürftigkeit

Auch bei der Bejahung der Strafbedürftigkeit der irreführenden Angaben sollten keine Bedenken bestehen. Im Bereich der strafwürdigen irreführenden Werbeaussagen stehen keine anderen, weniger einschneidenden oder sogar besser wirkenden Maßnahmen zur Verfügung,⁴⁸⁹ welche den Zweck der wettbewerbsstrafrechtlichen Maßnahmen ebenso umfassend erfüllen würden. Das ist allerdings in der Literatur nicht unbestritten:

Im Hinblick auf die geringere praktische Bedeutung ist teilweise eine ersatzlose Streichung des Tatbestandes der strafbaren Werbung mit der Überlegung begründet worden, dass das durch irreführende Werbung verwirklichte Unrecht eine Ahndung mit Kriminalstrafe nicht rechtfertige. Die Ermittlung einer rechtlich relevanten Irreführung setze eine komplexe Abwägung unter Berücksichtigung verschiedener empirischer und normativer Gesichtspunkte voraus. Gegen das aus diesem Vorgehen resultierende Wertungsergebnis verstoßen zu haben, könne dem Werbenden in der Regel nicht als strafwürdiges Unrecht vorgeworfen werden. Der bestehende zivilrechtliche Schutz bzw. eine effektive Selbstregulierung seien völlig genügend gegen irreführende Werbeaussagen.⁴⁹⁰

Dies überzeugt nicht. Vor allem ist festzustellen, dass die Selbstkontrolle der Wirtschaft für den konkret übervorteilten Verbraucher unbefriedigend ist, weil die Selbstregulierung lediglich eine langfristig gedachte Lösung ist, während das Strafrecht Rechtsgutsbeeinträchtigungen rückwirkend ahndet. Darüber hinaus kann man daran zweifeln, ob die Entscheidung eines Kontrollgremiums eine richterliche Entscheidung ersetzen kann, insbesondere wenn die Zusammensetzung eines solchen Gremiums rein aus Vertretern der freiwillig beigetretenen Werbeverbände und/oder Einzelunternehmer besteht, ohne die unabhängigen Mitglieder, insbesondere Vertreter der Verbraucherschutzorganisationen, aufzunehmen.⁴⁹¹ Selbst wenn man also davon ausgeht, dass die Selbstkontrollinstanzen der Wirtschaft theoretisch in der Lage sein können, strafwürdigen Verhaltensweisen zu begegnen, muss man aufgrund der tatsächlichen Lage in Deutschland anerkennen, dass

⁴⁸⁸ Schwarz, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 127.

⁴⁸⁹ Vgl. Otto, Strafrecht AT, § 1 Rdn. 50.

⁴⁹⁰ Vgl. Grebing, wistra 1982, 83 (90); Hefendehl, GA 1997, 119 (129 f.); Köhler, WRP 2013, 403 (Rdn. 66); Lettl, GRUR-Int. 2004, 85 (93 f.); auch Müller, GRUR 1986, 420 (426), dem eine Abschaffung des § 4 UWG a.F. „durchaus diskutabel“ erscheint. Siehe auch Schricker, GRUR-Int. 1975, 33 (51), der vorschlägt, Sanktionslücken am besten durch Ausbau zivilrechtlicher Sanktionierung zu schließen.

⁴⁹¹ Z.B. <http://www.werberat.de/entscheidungsgremium>.

die Selbstkontrolle der Wirtschaft keine Alternative zu gesetzgeberischen Maßnahmen darstellt. Der 1972 vom ZAW („Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e. V.“)⁴⁹² als selbstdisziplinäres Organ gegründete „Deutsche Werberat“⁴⁹³ arbeitet lediglich nach dem System eines Schiedsrichters als Konfliktregler zwischen Beschwerdeführern aus der Bevölkerung und werbenden Unternehmen. Er vermittelt lediglich berechtigte Kritik an Werbeaktivitäten an die Entscheider in den Unternehmen sowie an die Wettbewerbszentrale mit der „*Hoffnung*“, dass die Werbemaßnahme eingestellt oder geändert wird. Die Arbeit des Werberates führt also im konkreten Einzelfall nicht zur Verhinderung der irreführenden Werbung.

Die Strafbedürftigkeit irreführenden Werbeverhaltens ist auch nicht aufgrund des bestehenden zivilrechtlichen Schutzes zu verneinen. Zwar kommt den strafrechtlichen Sanktionen im Vergleich zu den zivilrechtlichen Ansprüchen bei einem Wettbewerbsverstoß eine ungleich geringere Bedeutung zu. Schon ein flüchtig vergleichender Blick auf die nahezu uferlose Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Irreführung und auf die wenigen Entscheidungen zu § 16 Abs. 1 UWG belegt dies eindrucksvoll. Dass die Zahl der jährlich registrierten Verurteilungen nach § 16 Abs. 1 UWG sehr gering ist, liegt aber nicht an der mangelnden Strafbedürftigkeit. Ein Hauptgrund für die geringere Verurteilungszahl ist vielmehr darin zu sehen, dass zum Schutz vor irreführender Werbung sich das Zivilrecht über die Konkurrenten- und Verbandsklage (§ 8 UWG) gegenüber dem Strafrecht als die deutlich schnellere und günstigere Alternative erweist. Die kriminalpolitische Bedeutung des § 16 Abs. 1 UWG kann aber durch diesen Befund nicht in Frage gestellt werden. Auch wenn es in der Praxis nur selten zu einer auf § 16 Abs. 1 UWG gestützten Verurteilung kommt, kann die Rechtsordnung schon aus generalpräventiven Gründen nicht darauf verzichten, neben dem zivilrechtlichen Schutz ein strafrechtliches Instrument gegen irreführende Werbeaussagen bereitzuhalten, das sich im Vorfeld des Betruges bewegt und damit eine „Auffangfunktion“ haben kann. Die Strafbewehrung besonders verwerflicher Formen der Werbung setzt ein deutliches Signal für deren rechtliche Missbilligung und nimmt daher Einfluss auf das allgemeine Rechtsbewusstsein.⁴⁹⁴ Allein die Tatsache, dass in europarechtlichen Tatbestandsvorschlägen weiterhin an einem Straftatbestand der irreführenden Werbung festgehalten wird,⁴⁹⁵ zeigt außerdem, dass von der Notwendigkeit

⁴⁹² <http://www.zaw.de/>.

⁴⁹³ <http://www.werberat.de/>.

⁴⁹⁴ Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 242 f.

⁴⁹⁵ Das von Tiedemann ins Leben gerufene private Projekt „Arbeitskreis Strafrechtsangleichung in Europa“ hat sich für eine Vollharmonisierung des Wirtschaftsstrafrechts und damit auch des hier interessierenden Wettbewerbsstrafrechts ausgesprochen und sog. Europa-Delikte vorgeschlagen, die den Kern eines zukünftigen Wirtschaftsstrafrechts in Europa bilden können. Behandelt werden Delikte wie Kursbetrug, Insiderhandel, Umweltdelikte, wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen sowie ein Allgemeiner Teil. Was im Rahmen dieser Arbeit nicht unerwähnt bleiben soll, ist sicherlich der von Tiedemann vor-

einer strafrechtlichen Pönalisierung von irreführender Werbung stillschweigend ausgegangen wird.⁴⁹⁶ Dahinter sollte die berechtigte Annahme stehen, dass allein ein zivilrechtliches Verbot, das nur zukünftig wirkt, den Täter nicht davon abhalten kann, ggf. in veränderter Form vorzugehen. Es ist tatsächlich so, dass die Wirkungskraft der Konkurrenten- und Verbandsklage (§ 8 UWG) gegenüber den Tätern beschränkt ist, weil diese wesentlich flexibler reagieren, als ihre Verfolger. Firmennamen und -sitze werden ständig gewechselt, es wird aus dem Ausland operiert usw. Diese Tatsachen behindern zwar auch die Strafverfolgungsbehörden, jedoch sind diesen zumindest weiterreichende Befugnisse gegeben; sie können etwa Tatmittel beschlagnahmen und damit den Tätern ihr Unwesen erschweren. Mit der Pönalisierung von gravierenden Wettbewerbsverstößen hat man also hinreichend die Möglichkeit, abgestuft auf den Grad der Rechtsgutsverletzung zu reagieren.

2. Neusystematisierung der Norm

a) Qualifizierung als Ordnungswidrigkeit

Andere Reformvorschläge der Literatur gehen einer Einstufung der strafbaren Werbung als Ordnungswidrigkeit nach.⁴⁹⁷ Allerdings ist klar, dass die irreführende Werbung aufgrund des hohen Verwerflichkeitsgrades nicht als Ordnungswidrigkeit eingestuft werden kann. Eine irreführende Werbung kann nicht etwa mit der Telefonwerbung ohne Einwilligung des Verbrauchers (§ 20 UWG) gleichbehandelt werden.

b) Umstellung in das StGB

Abzulehnen ist auch der Vorschlag, die Norm in das Kernstrafrecht des StGB umzustellen.⁴⁹⁸ Zwar spricht für die Umstellung des § 16 Abs. 1 UWG in das StGB, dass der Tatbestand auf diese Weise zu mehr kriminalpolitischer Bedeutung gelangen könnte. Es darf aber nicht außer Acht bleiben, dass die bisherige geringe Bedeutung des § 16 Abs. 1 UWG nicht auf seiner systematischen Stellung, sondern auf seiner tatbestandlichen Ausgestaltung beruht. Daher dürfte die geringe praktische tatbestandliche Bedeutung der Norm allein durch eine Veränderung ihres Ortes kaum zu beheben sein. Gegen eine Ein-

geschlagene Tatbestand der irreführenden Werbung: „Art. 35: Allgemein irreführende Werbung (einschließlich für Kapitalanlage) (1.) Wer in öffentlichen Angeboten von Waren oder gewerblichen Leistungen gegenüber einem größeren Kreis von Personen unrichtige Angaben macht, die für den Abschluss eines Vertrages wesentlich und geeignet sind, einen aufmerksamen und verständigen Verbraucher irrezuführen, wird mit (...) bestraft. (2.) Waren im Sinne des Absatzes 1 sind auch Wertpapiere und Beteiligungsrechte. Nach Absatz 1 ist auch strafbar, wer in Bezug auf Wertpapiere oder Beteiligungsrechte in Prospekten oder in anderen schriftlichen Darstellungen gegenüber einem größeren Kreis von Personen wesentliche Tatsachen verschweigt.“, Tiedemann, in: Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, S. 279 (286 f.) und 449 (470).

⁴⁹⁶ Vgl. Waßmer, JZ 1999, 1099 (1101).

⁴⁹⁷ Vgl. Grebing, wistra 1982, 83 (91); Klug, GRUR 1975, 217 (221).

⁴⁹⁸ So aber Kilian, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 159 ff.; Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317 (1328); Schwarz, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 177 ff.

stellung der Norm in das StGB spricht ferner, dass das zivilrechtliche Irreführungsverbot des § 5 UWG und § 16 Abs. 1 UWG so sehr eng miteinander verbunden sind, damit § 16 Abs. 1 UWG von § 5 UWG abhängig ist. Die Umstellung würde mehr Rechtsunsicherheit, als Rechtssicherheit bringen.⁴⁹⁹

3. Reformvorschläge innerhalb der Tatbestände

Nachdem festgestellt wurde, dass es sich bei dem Tatbestand des § 16 Abs. 1 UWG um eine strafwürdige und strafbedürftige Verhaltensweise handelt, die im System des UWG verhindert werden muss, ist es offensichtlich, dass die Änderungen innerhalb der Tatbestände vorgenommen werden müssen:

De lege lata ist von dem Tatbestand eine Individualtäuschung nicht erfasst. Technischer Hintergrund für diese Tatsache sind die Begriffe der „öffentlichen Bekanntmachung“ und des „größeren Personenkreises“. Teilweise wird daher in der Reformdiskussion gefordert, dieses einschränkende Merkmal ganz aus dem Tatbestand zu entfernen, um den Verbraucher wirksamer gegen täuschende Werbung zu schützen.⁵⁰⁰ Dieser Vorschlag übersieht allerdings die Tatsache, dass § 16 Abs. 1 UWG die Dispositionsfreiheit schützt und damit im Vorfeld des Betruges angesiedelt ist. Eine derartige Vorlagerung kann aber nur dann legitim sein, wenn sich die Werbeangabe an ein Kollektiv richtet. Nur dann kann eine Werbeaussage strafwürdiges und strafbedürftiges Unrecht darstellen.⁵⁰¹

Weitere Reformvorschläge bringen meistens nicht Neues. Sie dienen lediglich der Klarstellung. So wird eine ausdrückliche Übernahme des Eignungselements⁵⁰² sowie eine Konkretisierung der Angaben durch ausdrückliche Nennung der „geschäftlichen Verhältnisse“ bzw. durch Auflisten der Umstände, auf die sich die Irreführung bezieht,⁵⁰³ vorgeschlagen. Darüber hinaus wird das Schaffen einer Sonderregelung für gesteigert schutzbedürftige Verbraucherkreise vorgeschlagen.⁵⁰⁴ Keinem dieser Vorschläge ist zu folgen, weil sie in der Formulierung lediglich zu einer unnötigen Belastung der Norm führen, da

⁴⁹⁹ Vgl. Tilman, GRUR 1976, 544 (546).

⁵⁰⁰ Kilian, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 164 ff. Neben einer Streichung des Merkmals finden sich an vielen Stellen Vorschläge, um das Merkmal lediglich zu modifizieren, z.B. Schwarz, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 151 ff.

⁵⁰¹ Vgl. nur BT-Drucks. 15/1487, S. 26; Otto, GRUR 1979, 90 (92 f.); Otto, GRUR 1982, 274 (277 f.); Tiedemann, in: Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, S. 279 (285); Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rdn. 217; siehe auch Wolters, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 8; vgl. ferner Waßmer, JZ 1999, 1099 (1101).

⁵⁰² Ruhs, Strafbare Werbung, S. 207 f.

⁵⁰³ Ruhs, Strafbare Werbung, S. 208 ff., 213; anders Göbel, Die strafrechtliche Bekämpfung der unseriösen Geschäftstätigkeit, S. 306 f.

⁵⁰⁴ Kugler, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 233 ff.

sich die vorgeschlagenen Punkte aus dem Verweis auf § 5 UWG ohnehin unmittelbar ergeben.⁵⁰⁵

Aufmerksamkeit verdienen aber die Vorschläge zur Streichung eines der beiden Merkmale der „Unwahrheit“⁵⁰⁶ und der „Irreführung“⁵⁰⁷ sowie zur Streichung oder Beibehaltung des Absichtserfordernisses,⁵⁰⁸ da die Annahme oder Ablehnung dieser Vorschläge enorme Auswirkung auf den Anwendungsbereich der Vorschrift hat. Die Untersuchung soll sich deshalb im Folgenden auf diese Punkte beschränken. Nach wie vor werden selbstverständlich die Besonderheiten der Online-Auktionen mitberücksichtigt. Für die Einzelheiten in den Bereichen von „Publikumswerbung“,⁵⁰⁹ „Rechtswidrigkeit“,⁵¹⁰ und „Rechtsfolgen“,⁵¹¹ die bei Online-Auktionen keine Besonderheiten aufweisen, kann man auf Kommentare verweisen. Auktionsspezifisch ist lediglich darauf hinzuweisen, dass ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum vorliegt, wenn der Täter nicht erkennt, dass sein Verhalten eine geschäftliche Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) darstellt.⁵¹²

⁵⁰⁵ Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.20, 2.65, 2.79, 2.169; § 16 Rdn. 5.

⁵⁰⁶ Z.B. Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Referentenentwurf 2004), abgedruckt in GRUR 2003, 298 (300).

⁵⁰⁷ Z.B. BT-Drucks. 8/2145, S. 4, 11.

⁵⁰⁸ Aktuell dominieren die Stimmen „pro Streichung“ z.B. *Göbel*, Die strafrechtliche Bekämpfung der unseriösen Geschäftstätigkeit, S. 307 f.; *Kilian*, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 171 ff.; *Kugler*, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 178 ff.; *Ruhs*, Strafbare Werbung, S. 212.

⁵⁰⁹ Es ist offensichtlich, dass die irreführenden Angaben im Internet dieses Verbreitungsmerkmal erfüllen, unabhängig davon, ob die Allgemeinheit davon wirklich Kenntnis erlangt hat, sowie ein (Anfangs-)Gebot von Seiten des Bieters abgegeben wurde.

⁵¹⁰ Ein Ausschluss der Rechtswidrigkeit bewusst irreführender Angaben durch klassische Rechtsfertigungsgründe, wie Notwehr (§ 32 StGB), rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB), Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) oder Einwilligung dispositionsbefugter Rechtspersonen ist kaum denkbar.

⁵¹¹ § 16 Abs. 1 UWG ist ein Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB für Verbraucher und Mitbewerber, *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 14; *a.A. Alexander*, WRP 2004, 407 (420): „Kein Schutzgesetz für Mitbewerber“. Verstöße gegen § 16 Abs. 1 UWG lösen darüber hinaus wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG und einen Schadenersatzanspruch nach § 9 UWG zugunsten des Mitbewerbers aus. § 16 Abs. 1 UWG ist kein Antragsdelikt, sodass seine Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft einen Strafantrag des Verletzten nicht voraussetzt. Eine öffentliche Klage wird allerdings nur erhoben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt, §§ 376, 374 Abs. 1 Nr. 7 StPO. Letzteres wird nach Nr. 260 Abs. 1 RiStBV bei nicht nur geringfügigen Rechtsverletzungen regelmäßig ua. zu bejahen sein, wenn beim Reklameschwindel „durch die unrichtige Angaben ein erheblicher Teil der Verbraucher irregeführt werden kann“. § 16 Abs. 1 UWG ist ein Privatklagedelikt. § 16 Abs. 1 UWG kann vom Verletzten im Wege der Privatklage verfolgt werden, auch dann, wenn sich die Staatsanwaltschaft im öffentlichen Interesse gemäß § 376 StPO zu amtsseitiger Strafverfolgung entschließt. Privatklageberechtigter ist gemäß § 374 Abs. 1 StPO der Verletzte (§ 77 Abs. 1 StPO), der durch die behauptete Tat unmittelbar in seinen eigenen rechtlich anerkannten Interessen beeinträchtigt ist. Dies dürften neben den Mitbewerbern (unstrittig) auch die geschädigten Verbraucher sein, wie hier *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 146; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 115; *a.A. Kunkel*, WRP 2008, 292 (294 f.), der davon ausgeht, dass im Kapitel über die zivilrechtlichen Rechtsfolgen (§§ 8 ff. UWG) der Verbraucher nicht genannt ist. Er übersieht aber, dass § 16 Abs. 1 UWG im Gegensatz zu § 5 UWG ein Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB ist, vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 1.11; § 16 Rdn. 51. Die frühere Klagebefugnis der Gewerbebetreibenden und Verbände (§ 22 Abs. 2 a.F. UWG) hat der UWG-Gesetzgeber 2004 in Wegfall gebracht, sodass die nunmehr in § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG benannten Einrichtungen, Kammern und Verbände heute ohne eigenes Privatklagerecht sind.

⁵¹² Für die Einzelheiten siehe nur *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 65 ff.; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 107 ff.

II. Irreführung

Die erste Voraussetzung für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 16 Abs. 1 UWG ist ein irreführendes Werben. Wie oben erwähnt, ist die Auslegung dieses Merkmals an § 5 UWG orientiert. Entscheidend für die Grenzziehung bei der Irreführung ist in § 16 Abs. 1 UWG – wie in § 5 UWG – also die Bestimmung der Verkehrsauffassung, die wiederum von dem Opferleitbild geprägt ist. Diese Aussage macht deutlich, dass die Frage nach dem maßgeblichen Opferleitbild von der Frage nach der Art und Weise der Ermittlung der Verkehrsauffassung grundsätzlich unabhängig ist.⁵¹³ Das bedeutet, dass das Verbraucherleitbild und die Verkehrsauffassung zwar eng miteinander verbunden sind, das Verbraucherleitbild allein aber nie schon zur Entscheidung führt. Es bildet lediglich die Basis des Irreführungsbegriffs. Die endgültige Entscheidung, ob eine Angabe irreführend ist, hängt also letztendlich von der Verkehrsauffassung ab.⁵¹⁴ Im Folgenden kann aber der Begriff der Verkehrsauffassung als Oberbegriff behandelt werden, da es zum einen im geltenden Wettbewerbsrecht unstrittig ist, dass die Verkehrsauffassung aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers zu ermitteln ist. Wie genau das heute maßgebliche Leitbild des Durchschnittsverbrauchers – als zwingender Bestandteil der Irreführung bei § 16 Abs. 1 UWG – in seinen einzelnen Untermerkmalen zu verstehen ist, stellt also lediglich einen erforderlichen Schritt für die Ermittlung der Verkehrsauffassung dar. Zum anderen geht die vorliegende Arbeit der entscheidenden Frage nach, ob und inwiefern sich das im Bereich der herkömmlichen offline Medien entwickelte Verbraucherleitbild ohne weiteres auf den Bereich des Internets übertragen lässt.

1. Die Verkehrsauffassung als Schlüsselkriterium des Irreführungsbegriffs

Wie in jedem Täuschungsschutzstraftatbestand, kommt auch bei § 16 Abs. 1 UWG der Verkehrsauffassung für die Feststellung der Irreführung eine zentrale Bedeutung zu,⁵¹⁵ da eine Irreführung eine Diskrepanz zwischen der objektiven Wirklichkeit und der Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise voraussetzt,⁵¹⁶ und sie damit die Reichweite des Irreführungsverbotes bestimmt. Das bedingt eine subjektive Betrachtungsweise. Denn es kommt nicht auf den objektiven Wortsinn an.⁵¹⁷ Entscheidend ist deshalb allein, wie der

⁵¹³ Doeppner, WRP 1997, 999 (1000).

⁵¹⁴ Lubberger, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, § 41 Rnd. 10f.

⁵¹⁵ Dannecker, ZStW 117 (2005), 697 (704, 710); vgl. auch Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 33 ff.

⁵¹⁶ Brammsen, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 44; Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 201, 203 f.; Ruess, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 184.

⁵¹⁷ Eine Werbeaussage kann deshalb auch dann irreführend sein, wenn sie objektiv zutreffend ist, also eine wahre Angabe enthält, vgl. Lindacher, in: GK-UWG, § 5 Rdn. 132 ff.; Ruess, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 185 ff.; (zu § 263 StGB) BGHSt 47, 1 (3) – *Insertionsoffertenbetrug*. Diese Möglichkeit ist allerdings aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 16 Abs. 1 UWG ausgeschlossen, siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 b).

angesprochene Verkehrskreis eine bestimmte Werbeaussage versteht bzw. zu verstehen hat.⁵¹⁸ Irrelevant ist demgegenüber, was der Werbende zum Ausdruck bringen will.⁵¹⁹ Eine Irreführung liegt also dann vor, wenn die behaupteten Tatsachen außerhalb des Vorstellungsbereichs eines Durchschnittsverbrauchers liegen.⁵²⁰ Maßgebend ist die Gesamtwirkung, die durch die werbliche Äußerung hervorgerufen wird.⁵²¹ Eine Irreführung ist im Übrigen nicht erst dann anzunehmen, wenn der Verkehrskreis tatsächlich irregeführt wird. Es genügt die Eignung.⁵²²

2. Konkretisierung der Verkehrsauffassung

Ob eine Irreführung vorliegt, wird in der strafrechtlichen Literatur⁵²³ – in Übereinstimmung mit der zivilrechtlichen Literatur – anhand eines Vier-⁵²⁴ bzw. Fünf-Stufen-Modells⁵²⁵ beurteilt. Will man diese im Grunde genommen einfache Frage nicht verkomplizieren, genügt es, wie folgt vorzugehen: Zunächst ist zu prüfen, welcher Verkehrskreis durch die Werbung angesprochen wird (a). Zweitens ist zu ermitteln, ob die Vorstellung des Durchschnittsverbrauchers aufgrund des Gesamteindrucks in einem erheblichen Punkt von der Realität abweicht (b).

a) Bestimmung der angesprochenen Verkehrskreise

Wie eine Werbung verstanden wird, hängt entscheidend von der Auffassung des Verkehrskreises ab, an den sie sich richtet. Richtet sich eine Werbung an die Allgemeinheit, ist allein auf das allgemeine Verständnis des Durchschnittsverbrauchers abzustellen. Wenn dies der Fall ist, bestehen aufgrund des verobjektivierten Maßstabes des Durchschnittsverbrauchers natürlich Schutzlücken, die jedoch hinzunehmen sind, um die Informationsinteressen der übrigen Verbraucher und die wirtschaftlichen Interessen der Anbie-

⁵¹⁸ Ob die Feststellung bzw. die Ermittlung der Verkehrsauffassung im Wettbewerbsverfahrensrecht eine Tatfrage oder Rechtsfrage ist, ist auch nach der Übernahme des Leitbildes des Durchschnittsverbrauchers umstritten. Diese Diskussion soll aber nicht mit der vergleichbaren Frage bei § 263 StGB, ob die Täuschungshandlung des Betrugers anhand einer faktischen oder normativen Betrachtung zu beurteilen ist, verwechselt werden, siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) aa).

⁵¹⁹ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.67; Lindacher, in: GK-UWG, § 5 Rdn. 64; Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 207. Aus „strafrechtlicher Sicht“ bedeutet dies, dass es sich bei der anhand der Verkehrsauffassung festzustellenden Irreführungsgefahr um ein Element des objektiven Tatbestandes handelt. Der für ein Hervorrufen einer Irreführung geleisteten kriminellen Energie des Täters soll daher das Strafrecht auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes Rechnung tragen, wenn etwa zu beurteilen ist, ob der Werbende den maßgeblichen Verkehrskreis planmäßig vorsätzlich in die Irre geführt hat, a.A. BGHSt 47, 1 (5) – *Insertionsoffertenbetrug*; BGH BeckRS 2014, 15319 (Rdn. 20) – *Betrug durch Versendung von „Angebotsrechnungen“*.

⁵²⁰ Lindacher, in: GK-UWG, § 5 Rdn. 70.

⁵²¹ (zu § 16 Abs.1 UWG) BGHSt 52, 227 (Rdn. 48, 53) – *Strafbare Werbung im Versandhandel*; (zu § 5 UWG) BGH GRUR 2013, 1254 (Rdn. 15) – *Matratzen Factory Outlet*; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.90; Lindacher, in: GK-UWG, § 5 Rdn. 95.

⁵²² Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.65, 2.169; Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 205.

⁵²³ Vgl. Kilian, *Strafbare Werbung* (§ 16 UWG), S. 56; Ruhs, *Strafbare Werbung*, S. 159.

⁵²⁴ Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 202.

⁵²⁵ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.74.

ter nicht unangemessen einzuschränken.⁵²⁶ Wendet sich eine Werbung demgegenüber an Fachleute, entscheiden ausschließlich deren Auffassung über das Merkmal der Irreführung.⁵²⁷ Richtet sich eine Werbung ausschließlich an besonders schutzwürdige Verkehrskreise, wie etwa an Kinder, Jugendliche, ältere Menschen, Aussiedler, so ist deren Durchschnittsverständnis von der Werbeangabe zu Grunde zu legen. Richtet sich eine Werbeaussage also gezielt an besondere Verkehrskreise, so ist von der Einheitlichkeit des Durchschnittsverständnisses eine Ausnahme zu machen. Zu beachten ist aber, dass die *gespaltene* Verkehrsauffassung nicht zu einer generellen Veränderung des Schutzstandards führt. Auch von den Fachleuten sind extrem hohe Anforderungen nicht zu erwarten. Ob eine Irreführung vorliegt, muss aus der Perspektive einer durchschnittlichen Fachperson beurteilt werden. Ebenso wenn sich eine Werbung nur an einen besonders schutzwürdigen Personenkreis wendet, bleibt es dabei, dass die Eigenschaften der in ihm zusammengesetzten Personen den Maßstab des Durchschnittsverbrauchers bilden.⁵²⁸

b) Anforderungen an den angesprochenen Verkehrskreis

Ist der durch die Werbung angesprochene Verkehrskreis bestimmt, ist im zweiten Schritt dessen Verständnis zu ermitteln. Damit ist das Verbraucherleitbild angesprochen. Da die Werbung nur dann irreführend ist, wenn deren Gesamteindruck aus der Sicht eines Durchschnittsverbrauchers mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt, soll also auf der zweiten Stufe der Begriff des Durchschnittsverbrauchers selbst näher präzisiert werden. Zu fragen ist immer, welcher Umfang an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit von einem Durchschnittsverbraucher unter den konkreten Umständen des Einzelfalles erwartet werden kann.

aa) Durchschnittliche Informiertheit

Das Kriterium der Informiertheit bezieht sich auf den Kenntnisstand des Verbrauchers, mit dem er eine Werbeaussage auffasst. Es geht um das Wissen, das ein Verbraucher im alltäglichen Leben erwirbt, und das daher von einem Verbraucher ohne die Einholung weiterer Informationen grundsätzlich erwartet werden kann.⁵²⁹ Eine nähere Bestimmung, wie informiert der Durchschnittsverbraucher ist und was er weiß, fehlt allerdings in der Literatur. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass der normale Kenntnisstand produkt-

⁵²⁶ Zutreffend *Ulbrich*, Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Lauterkeits- und Markenrecht, S. 151, vgl. auch BGH GRUR 2014, 1013 (Rdn. 33) – *Original Bach-Blüten*. Bei § 263 StGB besteht diese Schutzlücke aufgrund des Standpunkts der herrschenden Meinung nicht, siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) aa) (1).

⁵²⁷ Ausdrücklich: BGH GRUR 2012, 184 (Rdn. 19) – *Branchenbuch Berg*.

⁵²⁸ Vgl. Erwägungsgründe 18, 19 der Richtlinie 2005/29/EG; EuGH GRUR 2012, 1269 (Rdn. 53) – *Purely Creative*; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.75 ff.; *Lindacher*, in: GK-UWG, § 5 Rdn. 71 ff.

⁵²⁹ *Lettl*, GRUR-Int. 2004, 85 (86); *Lettl*, GRUR 2004, 449 (454); *Lindacher*, in: GK-UWG, Vor §§ 5, 5a Rdn. 75; *Ulbrich*, WRP 2005, 940 (949).

abhängig ist. Wird daher bei beworbenen preisgünstigen, regelmäßig gekauften Produkten des täglichen Bedarfs ein höherer Kenntnisstand zu erwarten sein, als bei Waren, welche nur selten konsumiert werden.⁵³⁰ Der Grund für die fehlende nähere Erklärung soll sein, dass der Informationsstand in der Bevölkerung höchst ungleich verteilt ist. Das macht es schwierig, einen Verbraucher abzugrenzen, der durchschnittlich informiert ist.⁵³¹

Trotz dieser Schwierigkeit wird das Merkmal der Informiertheit in wenigen Entscheidungen etwas näher konkretisiert:

Der EuGH verneint in seiner „*d’arbo naturerein*“-Entscheidung eine Irreführung im Hinblick auf die Verwendung des Wortes „naturerein“ bei einer Werbung für eine Erdbeerkonfitüre mit der Begründung, dass dies nicht die Freiheit von jeglichen Cadmium- und Bleirückständen bedeuten kann. Denn jeder durchschnittlich informierte Verbraucher weiß, dass Blei und Cadmium unstreitig infolge der Verschmutzung von Luft und Wasser in der natürlichen Welt vorhanden sind. Da Gartenfrüchte in der natürlichen Umwelt angebaut werden, sind sie zwangsläufig den dort vorhandenen Schadstoffen ausgesetzt, denn denen kann sich niemand entziehen.⁵³² Gleiches gilt nach Auffassung des EuGH für das Vorhandensein von Pestizidspuren in der streitgegenständlichen Konfitüre. Das Gericht stellte fest, dass die Verwendung von Pestiziden (Schädlingsbekämpfungsmitteln) eines der gebräuchlichsten Mittel zur Bekämpfung von schädigenden Organismen bei Obst und Gemüse ist, was dem durchschnittlich informierten Verbraucher bekannt sein sollte.⁵³³

Nach dem BGH weiß der Durchschnittsadressat, dass zahlreiche Anbieter von Internet-Firmenverzeichnissen einen sog. Grundeintrag kostenlos anbieten.⁵³⁴ Der Durchschnittsverbraucher kenne ferner Möglichkeiten im Telekommunikationsbereich wie das Telefonieren Call-by-Call oder über eine Preselection und die Unterschiede zwischen beiden.⁵³⁵

Laut OLG Hamburg weiß der Verbraucher beispielsweise, dass es sich bei der Aufnahme eines Hits von *Roy Black* aus dem Jahr 1984 nicht um die Originalversion von 1966 handeln könne.⁵³⁶ Laut OLG Karlsruhe weiß der Verbraucher, dass sich am Hochrhein etwa ein Dutzend Wasserkraftwerke befindet und die Erzeugung von Strom aus Wasserkraft

⁵³⁰ Vgl. *Lindacher*, in: GK-UWG, Vor §§ 5, 5a Rdn. 77.

⁵³¹ *Omsels*, GRUR 2005, 548 (551): „Der gelehrte Hochschulprofessor muss von den Regeln der Landwirtschaft, die dem friesischen Bauern geläufig sind, keine Kenntnis haben; der Chefredakteur einer überregional angesehenen meinungsbildenden Zeitung kann im Handwerkern praktisch und theoretisch eine Null sein.“

⁵³² EuGH GRUR-Int. 2000, 756 (Rdn. 27) – *d’arbo naturerein*.

⁵³³ EuGH GRUR-Int. 2000, 756 (Rdn. 29) – *d’arbo naturerein*.

⁵³⁴ BGH GRUR 2004, 961 (963) – *Grundbucheintrag online*.

⁵³⁵ BGH GRUR 2008, 729 (Rdn. 16) – *Werbung für Telefondienstleistungen*; BGH GRUR 2011, 846 (Rdn. 23) – *Kein Telekom-Anschluss nötig*; BGH GRUR 2012, 943 (Rdn. 13) – *Call-by-Call*.

⁵³⁶ OLG Hamburg GRUR-Int. 1999, 780 (781) – *Oldies*.

dort eine etwa 100-jährige Tradition hat. Deshalb schließt er von dem Namen „HochrheinStrom“ eines Stromtarifs auf den Prozess der Stromerzeugung durch Wasserkraft.⁵³⁷ Laut KG weiß ein Durchschnittsverbraucher, dass die AGB des Diensteanbieters die Anwendung ausländischen Rechts vorsehen können, wenn er auf der internationalen Webseite einer ausländischen Fluggesellschaft einen Auslandsflug in deutscher Sprache bucht.⁵³⁸

bb) Durchschnittliche Aufmerksamkeit

Das Kriterium der durchschnittlichen Aufmerksamkeit bezieht sich auf die Intensität des Wahrnehmens und Aufnehmens von Informationen.⁵³⁹ Zu fragen ist danach, inwieweit von einem durchschnittlich informierten Verbraucher erwartet werden kann, dass er die ihm angebotenen Informationen bei seiner Erwerbsentscheidung berücksichtigt.⁵⁴⁰ Im Einzelnen hängt das Maß durchschnittlicher Aufmerksamkeit von vielen Faktoren ab,⁵⁴¹ insbesondere von der Informationsverfügbarkeit und der damit verbundenen Art des Werbeträgers.⁵⁴² Ein weiterer Faktor zur Bestimmung des Grades an Aufmerksamkeit ist die Qualität des Verkehrskreises, an den sich die Werbung richtet.

Zur Konkretisierung des Kriteriums der Aufmerksamkeit wird aber in erster Linie auf den Wert und die Bedeutung des beworbenen Gegenstands oder Dienstleistung zurückgegriffen.⁵⁴³ Danach kann die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Wert der jeweiligen Ware oder Dienstleistung unterschiedlich hoch sein. Dieser Grundsatz wird oftmals mit dem Begriff der „*situationsadäquaten Aufmerksamkeit*“ beschrieben.⁵⁴⁴ Dementsprechend geht die Rechtsprechung davon aus, dass bei teuren Gütern die situationsadäquate Aufmerksamkeit höher ist, als bei weniger oder nicht teuren Gütern, da der Verbraucher weiß, dass sich im Fall einer Fehlentscheidung gravierendere Folgen ergeben. Unter nicht geringwertige Produkte fallen laut Rechtsprechung etwa ein PKW,⁵⁴⁵ eine

⁵³⁷ OLG Karlsruhe GRUR-RR 2001, 217 (218) – *HochrheinStrom*.

⁵³⁸ KG WRP 2013, 1058 (Rdn. 14 ff.) – *Online-Kontaktformular*.

⁵³⁹ Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 B Rdn. 31; Lettl, GRUR-Int. 2004, 85 (86).

⁵⁴⁰ Ulbrich, WRP 2005, 940 (949).

⁵⁴¹ Vgl. Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 221 ff., wonach zwischen adressaten-, produkt- und vertriebsbezogenen Umständen zu unterscheiden sei, siehe auch Lindacher, in: GK-UWG, § 5 Rdn. 86 ff.; Ruess, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 98 ff.

⁵⁴² Vgl. BGH GRUR 2002, 715 (716) – *Scanner-Werbung*; BGH GRUR 2004, 244 (245) – *Marktführerschaft*.

⁵⁴³ Hier ist hauptsächlich die von der Betriebswirtschaftslehre getroffene Einteilung in Erfahrungsgüter, Suchgüter und Vertrauensgüter von Bedeutung, vgl. Beater, JZ 2000, 973 (978); Groeschke/Kiethe, WRP 2001, 230 (235); Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 222; Ruess, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 102; Ulbrich, WRP 2005, 940 (949).

⁵⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*; BGH GRUR 2002, 715 (716) – *Scanner-Werbung*; BGH GRUR 2002, 81 (83) – *Anwalts- und Steuerkanzlei*; BGH GRUR 2003, 626 (627) – *Umgekehrte Versteigerung II*; BGH GRUR 2004, 249 (251) – *Umgekehrte Versteigerung im Internet*; BGH GRUR 2011, 1050 (Rdn. 24) – *Ford-Vertragspartner*; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 1 Rdn. 35.

⁵⁴⁵ BGH GRUR 2003, 626 (627) – *Umgekehrte Versteigerung II*.

Flugreise,⁵⁴⁶ ein Computer,⁵⁴⁷ ein hochpreisiger Teppich,⁵⁴⁸ die Dienstleistung eines Rechtsanwalts⁵⁴⁹ oder eine Kapitalanlage.⁵⁵⁰ Nach der Rechtsprechung gehört hierzu auch die Beauftragung eines Kieferorthopäden.⁵⁵¹ Beim Erwerb von derartig teuren Gütern tritt der Durchschnittsverbraucher einer Kaufentscheidung erst nach längerer Prüfung und Vorinformation näher. Er trifft seine endgültige Erwerbsentscheidung erst dann, wenn er sich genügend informiert, reifliche Überlegungen angestellt und Vergleichsangebote geprüft hat.⁵⁵² Er nimmt darüber hinaus die vom Anbieter zur Verfügung gestellten Informationen in zumutbarem Umfang tatsächlich zur Kenntnis und verhindert auf diese Weise eventuelle Irreführungsgefahren.⁵⁵³ Er muss deshalb auch den Fußzeilenhinweis wahrnehmen, wenn dieser Hinweis hinreichend deutlich und leicht zugänglich zur Verfügung steht.⁵⁵⁴ In der berühmten „Orient-Teppichmuster“-Entscheidung bspw. ist eine Irreführung verneint worden – hier waren in einer Werbebeilage auf den ersten Seiten originale handgeknüpfte Orient-Teppiche und auf den Folgeseiten mechanisch hergestellte Teppiche angeboten worden, die in einem für Orient-Teppiche typischen Muster abgebildet und mit orientalischen Herkunftsbezeichnungen versehen waren –, da sich der aufmerksame Verbraucher nach der allgemeinen Lebenserfahrung und da es sich bei Teppichen nicht um geringwertige Waren des täglichen Bedarfs handelt, bei vorhandenem Interesse auch mit den unter jeder Abbildung befindlichen klein gedruckten Erläuterungen befassen und so wahrnehmen wird, dass es sich um mechanisch hergestellte Teppiche und nicht um

⁵⁴⁶ BGH GRUR 2004, 435 (436) – *FrühlingsgeFlüge*.

⁵⁴⁷ Vgl. BGH GRUR 2003, 249 (249) – *Preis ohne Monitor*.

⁵⁴⁸ BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*.

⁵⁴⁹ BGH GRUR 2002, 81 (83) – *Anwalts- und Steuerkanzlei*.

⁵⁵⁰ Vgl. BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung*.

⁵⁵¹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.9.2008 - I-20 U 144/07 (juris Rdn. 33) – *Master of Science Kieferorthopädie*: „Der durchschnittlich informierte und verständige, situationsadäquat aufmerksame Verbraucher, ist es gewohnt, im Bereich des Gesundheitswesens auf eine Vielzahl von Spezialisierungen zu treffen, die durch unterschiedliche Bezeichnungen ausgedrückt werden. Dadurch ist sowohl im Bereich der Allgemeinmedizin als auch im Bereich der Zahnmedizin eine gewisse Unübersichtlichkeit entstanden, und der Verbraucher muss zusätzliche Informationen einholen, wenn er überhaupt wert darauf legt zu wissen, was die mit den Bezeichnungen ausgedrückten Spezialisierungen im Einzelnen bedeuten. Dass er sich die Information verschafft, um keinen Irrtümern zu unterliegen, muss von ihm erwartet werden. Immerhin handelt es sich um eine gewichtige Dienstleistung, die er bei Beauftragung eines Kieferorthopäden in Anspruch nehmen will. Ein solcher Vertragsschluss, der meistens mit erheblichen Kosten, die in manchen Fällen gar nicht oder nur teilweise von der gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung getragen werden, verbunden ist, erfolgt nicht spontan, sondern nach reiflicher Überlegung. Dass der Verbraucher sich bei diesen Überlegungen mit den Informationen zu den einzelnen Bezeichnungen zurechtfindet, muss vorausgesetzt werden. Restliche Fehlvorstellungen der angesprochenen Verkehrskreise in Bezug auf den von der Beklagten geführten akademischen Grad sind wegen vorrangiger anderer Interessen hinzunehmen.“

⁵⁵² BGH GRUR 2003, 626 (627) – *Umgekehrte Versteigerung II*; BGH GRUR 2004, 249 (251) – *Umgekehrte Versteigerung im Internet*; BGH GRUR 2011, 1050 (Rdn. 24) – *Ford-Vertragspartner*.

⁵⁵³ BGH GRUR 2011, 1050 (Rdn. 25) – *Ford-Vertragspartner*.

⁵⁵⁴ BGH GRUR 2003, 163 (164) – *Computerwerbung II*, wo der BGH davon ausgeht, dass der Fußzeilenhinweis im Gegensatz zu BGH GRUR 2000, 911 (914) – *Computerwerbung I* geeignet ist, die beim Verbraucher durch die herausgestellte Bewerbung des Geräts zunächst einmal erweckte Erwartung seiner sofortigen Verfügbarkeit zu zerstören. Vgl. auch BGH GRUR 2002, 715 (716) – *Scanner-Werbung*; BGH GRUR 2003, 249 (250) – *Preis ohne Monitor*, wo der BGH eine Irreführung aufgrund des ungeeigneten, unklaren Hinweises angenommen hat.

originale und handgeknüpfte Orient-Teppiche handelt.⁵⁵⁵ Daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass eine Bejahung des Tatbestandsmerkmals der Irreführung nach § 16 Abs. 1 UWG bei teurerer Ware nur unter gestiegenen Anforderungen möglich ist.

Wenn es sich aber um den Erwerb eines nicht teuren Produkts handelt, geht die Rechtsprechung dagegen von einem höheren Schutzbedürfnis des Verbrauchers aus, indem sie die Anforderungen an dessen Aufmerksamkeit absenkt. Seinen Standpunkt hat der BGH in mehreren Entscheidungen bestätigt, in denen er die Auffassung vertrat, dass die Aufmerksamkeit des Verbrauchers eher „flüchtig“ sei, wo es um den Erwerb geringwertiger Gegenstände des täglichen Bedarfs gehe.⁵⁵⁶

Dieser Ansatz des BGH wurde allerdings insbesondere in der Instanz-Rechtsprechung dahingehend missverstanden, dass der Verbraucher die Informationen nicht näher betrachten muss, um die eventuellen Irreführungsgefahren zu verhindern. Nach OLG Hamburg interessiert sich der Verbraucher daher bei Produkten des täglichen Bedarfs nicht für das Mindesthaltbarkeitsdatum, weil er davon ausgeht, dass Produkte ohne entsprechenden ausdrücklichen Hinweis am Regal das Haltbarkeitsdatum noch nicht überschritten haben.⁵⁵⁷ Nach LG Düsseldorf ist dem Verbraucher zwar bekannt, dass es ein Briefmarkensammelgebiet Saarland gibt, so dass er aus der Abbildung einer Saarbriefmarke auf dem Handbuch zu einer Software-CD folgern kann, dass nicht nur die Briefmarke, sondern das ganze Sammelgebiet darauf enthalten ist. Er lässt sich aber schon durch eine bildliche Angabe auf dem beigelegten Handbuch einer Software-CD über den Funktionsumfang täuschen, weil ein Durchschnittsverbraucher die Funktionsbeschreibung auf der Rückseite der CD-Box nicht wahrnimmt, obwohl er die in Folie eingeschweißte Box dieser Software-CD öffnen muss.⁵⁵⁸

Es ist aber offensichtlich, dass der Ansatz des BGH nicht zu einem solchen und höchst fraglichen Bild innerhalb des Irreführungsverbots führen soll. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der BGH durch seine Rechtsprechung lediglich der Rechtsprechung des EuGH Rechnung tragen will, wonach die Aufmerksamkeit, abhängig von den entsprechenden Waren oder Dienstleistungen, unterschiedlich hoch sein kann.⁵⁵⁹ Der Ansatz des

⁵⁵⁵ BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*.

⁵⁵⁶ (Im Umkehrschluss) BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*; BGH GRUR 2003, 626 (627) – *Umgekehrte Versteigerung II*; BGH GRUR 2004, 249 (251) – *Umgekehrte Versteigerung im Internet*; BGH GRUR 2011, 1050 (Rdn. 24) – *Ford-Vertragspartner*.

⁵⁵⁷ OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 302 (303) – *Mindesthaltbarkeit*.

⁵⁵⁸ LG Düsseldorf, Urteil vom 25.8.2004 - 34 O 97/04 – *Software-CD* (unveröffentlicht, zitiert nach *Omsels*, GRUR 2005, 548, 550 Fn. 36; 551 Fn. 50).

⁵⁵⁹ (Zur Verwechslungsgefahr im Markenrecht) EuGH GRUR-Int. 1999, 734 (Rdn. 26) – *Lloyd*; EuGH GRUR-Int. 2003, 533 (Rdn. 52) – *LTJ Diffusion*. Angesichts der vom EuGH vorausgesetzten strukturellen Ähnlichkeiten des maßgeblichen Verbraucherleitbildes im Marken- und im Wettbewerbsrecht spricht nichts

BGH ist dahingehend deshalb nicht so zu interpretieren, dass dem Verbraucher bei geringwertigen Alltagsprodukten eine „unaufmerksame“ Betrachtung der Werbung zugestanden wird. Dies lässt sich unproblematisch aus mehreren Entscheidungen des EuGH⁵⁶⁰ und des BGH⁵⁶¹ entnehmen, in denen es erwartet wird, dass der Verbraucher auch bei geringwertigen Produkten mit einer gewissen Aufmerksamkeit handelt und eventuell vorhandene Zweifel durch die Kenntnisnahme der angebotenen Informationen beseitigt. Eine andere Vorgehensweise wäre ferner mit dem Gebot des strafrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht vereinbar. Es wäre kaum erklärbar, dass, während die Annahme einer Irreführung nach § 16 Abs. 1 UWG bei teuren Produktarten nur unter gestiegenen Anforderungen möglich ist, dem Werbenden aber ein strafrechtlicher Vorwurf zu machen ist, wenn er lediglich für eine Bierflasche im Wert von 1 € wirbt.

cc) Durchschnittliche Verständigkeit

Der Verbraucher muss ferner verständig sein, selbst wenn seine Aufmerksamkeit eher flüchtig ist. Die Begriffe „flüchtig“ und „verständig“ schließen sich nicht gegenseitig aus.⁵⁶² Mit diesem Kriterium sind die intellektuellen Fähigkeiten des Verbrauchers angesprochen, weil es sich in erster Linie auf die richtige Einordnung der bereits aufgenommenen und verarbeiteten Informationen bezieht.⁵⁶³ Von einem Durchschnittsverbraucher kann deshalb grundsätzlich erwartet werden, dass er weitergehende und zutreffende Überlegungen zu bereits aufgenommenen Informationen anstellen und mit deren Hilfe inhaltlich richtige Schlüsse ziehen kann. Bei einer Anzeige, die eine Lieferung innerhalb von 24 Stunden im Versandhandel verspricht, berücksichtigt daher der verständige Verbraucher, dass dies eine Bestellung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt am (Vor-)Tag voraussetzen wird.⁵⁶⁴ Es wird also erwartet, dass er Informationen in normalem Umfang zutreffend einordnet, kritisch hinterfragt und zur Grundlage seines Entscheidungsaktes machen kann, weil er in der Lage ist, die Angebote durch eine Abwägung der Vor- und Nachteile sachgerecht zu prüfen. Er ist auch in der Lage, Preisvergleiche anzustellen und sich Gedanken

dagegen, die gleichen Kriterien auch im Wettbewerbsrecht anzuwenden, ebenso Ruess, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 102.

⁵⁶⁰ Statt vieler siehe nur EuGH GRUR-Int. 1995, 804 (Rdn. 24 f.) – *Mars*, wo das Gericht sogar ausführte, dass der Verbraucher beim Erwerb von Eiscrémeregeln mit einer Verpackung, die den Aufdruck „+ 10 %“ trage, *doch bemerken müsse*, dass die mit dieser Aufschrift gekennzeichnete Verpackungsfläche deutlich mehr als 10 % betrage.

⁵⁶¹ BGH GRUR 2002, 160 (162) – *Warsteiner III*. Nach Auffassung des BGH wird der Verbraucher durch die Angabe „Warsteiner“ auf der Vorderseite einer Bierflasche nicht irreführt, weil er das Rücketikett liest und dort vom Herstellungsort in Paderborn erfährt. Nach Auffassung des BGH nimmt der Durchschnittsverbraucher sogar Informationen in einer Fremdsprache jedenfalls dann wahr und ordnet sie grundsätzlich richtig ein, wenn die Sprache für ihn leicht verständlich oder seine Unterrichtung durch andere Maßnahmen gewährleistet ist, BGH GRUR 2013, 739 (Rdn. 29) – *Barilla*.

⁵⁶² BGH GRUR 2000, 619 (621) – *Orient-Teppichmuster*.

⁵⁶³ Lettl, GRUR-Int. 2004, 85 (87).

⁵⁶⁴ BGH GRUR 2012, 81 (Rdn. 12 ff.) – *Innerhalb 24 Stunden*.

über die Preiswürdigkeit des Angebotes zu machen,⁵⁶⁵ so dass beispielsweise bei einer Pauschalreise nicht der Wert aller im Gesamtpaket enthaltenen Leistungen im Einzelnen erläutert werden muss. Auch wenn im Gesamtpreis der Reise neben der Unterbringung in einem Ferienclub noch eine Skiausrüstung enthalten ist, führt die Werbung für dieses Kombinationsangebot den Verbraucher nicht in die Irre, weil er selbst über den Sinn und Wert eines solchen Angebotes entscheiden kann.⁵⁶⁶ Der verständige Verbraucher erkennt ferner die wirtschaftlichen Zusammenhänge. Ihm sollte deshalb bekannt sein, dass Mobiltelefone einen nicht unerheblichen Wert haben und ein Kaufmann ein solches Gerät nicht ohne weiteres verschenkt. Er erkennt, dass der Erwerb des Mobiltelefons letztlich mit Gegenleistungen finanziert werden muss, die im Rahmen des Netzkartenvertrages zu erbringen sind.⁵⁶⁷ Der verständige Verbraucher kann ferner einfache mathematische Berechnungen anstellen. Bei einer Werbung, bei der die Preise als „ab“-Preise genannt und die jeweils hinzukommenden Steuern getrennt aufgeführt sind, wird er nicht irregeführt, weil er die verschiedenen Preise ohne weiteres zuordnen und die Endpreise ganz leicht berechnen kann, sondern möglicherweise ein wenig geneigter gemacht, sich näher mit der Anzeige zu befassen.⁵⁶⁸

3. Besonderheiten im Internet bzw. bei Online-Auktionen

a) Spezifisches Verbraucherleitbild im Internet bzw. bei Online-Auktionen

Im Rahmen dieser Arbeit lautet die entscheidende Frage, ob sich das im Offline-Bereich entwickelte Verbraucherleitbild ohne weiteres auf den Bereich des Internets übertragen lässt oder ob ein internetspezifisches Verbraucherleitbild entwickelt werden sollte. Dieser Frage soll nicht nur wegen der steigenden Bedeutung des Internets für geschäftliche Handlungen Aufmerksamkeit verliehen werden, sondern auch deshalb, weil in der Rechtsprechung mit sehr unterschiedlichen Begründungen für eine Modifizierung des Verbraucherleitbildes im Internet plädiert wird, welche zu voneinander erheblich abweichenden Ergebnissen führen.

Das LG Wiesbaden hat die Auffassung vertreten, dass der Internetnutzer per se weniger schutzbedürftig sei als andere Verbraucher, denn Personen, die das Internet nutzen, müssten bereits über spezielle Kenntnisse verfügen, um dieses Medium überhaupt gebrauchen und sinnvoll einsetzen zu können.⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ BGH GRUR 2003, 538 (539) – *Gesamtpreisangebot*; Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 B Rdn. 34; Lettl, GRUR 2004, 449 (455); Ulbrich, WRP 2005, 940 (952).

⁵⁶⁶ BGH GRUR 2003, 538 (540) – *Gesamtpreisangebot*.

⁵⁶⁷ BGH GRUR 1999, 261 (263) – *Handy-Endpreis*; BGH GRUR 1999, 264 (266) – *Handy für 0,00 DM*.

⁵⁶⁸ Vgl. BGH GRUR 2003, 889 (890) – *Internet-Reservierungssystem*; BGH GRUR 2004, 435 (436) – *Frühlingsgeflüge*.

⁵⁶⁹ LG Wiesbaden MMR 2000, 376 (376) – *Extralot*.

Dagegen ist das OLG Frankfurt a.M. in seiner Entscheidung zur betrugsstrafrechtlichen Bewertung einer „Abo-Falle“ davon ausgegangen, dass die situationsadäquate Aufmerksamkeit eines im Internet surfenden Durchschnittsverbrauchers *eher gering* sei,⁵⁷⁰ weil er beim „Surfen“ die Möglichkeit nutze, zügig von einer Information zur nächsten zu wechseln, mit der Folge, dass zahlreiche Informationen nur fragmentarisch wahrgenommen werden.⁵⁷¹ In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall werden die Angebote mit dem Eindruck der Kostenlosigkeit angeboten. Diese Angebote sind mit Gewinnspielen verbunden, um den Verbraucher zu locken, und verlangen dafür die Angabe vieler persönlicher Daten, wobei der Eindruck erweckt wird, die Daten seien ausschließlich für die Registrierung erforderlich. Der Internetnutzer kann von der Kostenpflichtigkeit nur Kenntnis erlangen, wenn er entweder dem Sternchenhinweis über der Anmeldemaske nachgeht oder die AGB liest.⁵⁷²

Die Besonderheiten des Internets sollen nach der zitierten Rechtsprechung bei der Konkretisierung des internetwettbewerbs(straf)rechtlichen Verbraucherleitbildes demnach an zweierlei Stelle Berücksichtigung finden. Zum einen führt die „Situation Internet“ zu höheren Anforderungen an die Informiertheit, zum anderen zu einer Reduktion der Anforderungen an die Aufmerksamkeit. Die beiden *pauschalen* Annahmen sind wenig überzeugend:

(1) Die besonderen Kenntnisse, auf die das LG Wiesbaden hingewiesen hat, sind die Minimalfähigkeiten in der Computerbenutzung, die rein technischer Art sind und daher keinerlei wirtschaftliche Erfahrung begründen können.⁵⁷³ Eine Regelvermutung, dass der typische Internet-Nutzer männlich, Akademiker und etwa 30-35 Jahre alt sei und in vielerlei Hinsicht besondere Vorkenntnisse habe, ist heute nicht mehr vertretbar.⁵⁷⁴ Gerade der enorme Erfolg von eBay zeigt, dass das Internet schon lange kein Treffpunkt mehr für Technikbegeisterte ist.

(2) Die „Situation Internet“ darf auch nicht vorschnell als aufmerksamkeitsreduzierender Faktor Berücksichtigung finden. Ein Durchschnittsverbraucher kann im Internet sowohl einen hohen als auch einen geringen Grad an Aufmerksamkeit zeigen. Entscheidend soll der Einzelfall sein. Die Frankfurter Richter weisen aber pauschal darauf hin, dass der Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit aufgrund der Gestaltung der Website beim Aufruf der

⁵⁷⁰ OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 39) – *Betrug durch „Abo-Falle“ im Internet*.

⁵⁷¹ OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 40) – *Betrug durch „Abo-Falle“ im Internet*.

⁵⁷² Ausführlich zu diesem Phänomen: (Zivilrecht) *Alexander*, NJW 2012, 1985; *Blasek*, GRUR-RR 2009, 241; *Blasek*, GRUR 2010, 396; (Strafrecht) *Bosch*, in: FS-Samson, S. 241 (244 ff.); *Eisele*, NSTz 2010, 193.

⁵⁷³ *Ernst*, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 3 Rdn. 2.

⁵⁷⁴ Zutreffend *Mankowski*, in: Fezer-UWG, § 4-S12, Rdn. 11; *Wiebe*, in: MüKo-UWG, Anhang zu §§ 1-7 UWG A Rdn. 50.

Seite unter Verwendung eines handelsüblichen Monitors in der Standardauflösung vor dem Herunterscrollen nicht sichtbar sei.⁵⁷⁵ Im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit der Preisangabe sei auch zu berücksichtigen, dass ein Durchschnittsverbraucher als Nutzer dieser Websites nicht erwarten müsse, die angebotenen Leistungen seien kostenpflichtig. Denn die auf den von den Angeschuldigten betriebenen Websites angebotenen Leistungen würden im Internet in gleicher oder ähnlicher Weise auch – in den meisten Fällen sogar überwiegend – unentgeltlich angeboten.⁵⁷⁶

Diese Überlegungen können aber nicht als Argument zu Gunsten einer Absenkung der Anforderungen an die Aufmerksamkeit herangezogen werden. Vor allem sollte es dem Durchschnittsverbraucher bekannt sein, dass es kaum etwas umsonst gibt. Man kann deshalb nicht von einer allgemeinen Erwartung ausgehen, dass jegliche Information im Internet kostenlos zur Verfügung gestellt ist. Die Tatsache, dass ähnliche oder gleichartige Leistungen von anderen Anbietern kostenlos angeboten werden, ändert nichts daran. Von jedem Durchschnittsverbraucher ist ferner zu erwarten, den Bildschirm hinunter zu scrollen, wenn durch den Balken am rechten Rand deutlich wird, dass noch „etwas“ nachfolgt, da es sonst des „Scrollens“ nicht bedürfte,⁵⁷⁷ insbesondere wie in dem hiesigen Fall, wenn von ihm das Eingeben von sensiblen Daten (u.a. Kontodaten) verlangt wird.⁵⁷⁸

Das bislang Angeführte soll aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass das Vorgehen des Anbieters strafrechtlich nicht relevant ist. Dem OLG Frankfurt a.M. ist darin beizupflichten, dass die „dreiste Lüge“ verboten sein soll. Wer es darauf anlegt, seine Werbung irreführend zu gestalten, soll bei seinem betrügerischen Verhalten nicht durch die Aufmerksamkeit des Verbrauchers belohnt werden. Das Gericht hat es sich allerdings zu schwer gemacht, indem es die Täuschungshandlung mit anfechtbaren Argumenten begründet. Im vorliegenden Fall können die Täuschung i.S.d. § 263 StGB bzw. die Irreführung i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG schon deshalb mit der Begründung angenommen werden, weil die Preisangabe auf den beanstandeten Webseiten nicht leicht erkennbar waren (§§ 1 Abs. 1, Abs. 6 Satz 2 PAngV, 5 TMG),⁵⁷⁹ mit der Folge, dass die Kostenpflichtigkeit verschleiert und damit der Verbraucher über den Preis irregeführt wird (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG). Will man über die Täuschung i.S.d. § 263 StGB bzw. die Irreführung i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG hinausgehend auch einen Irrtum i.S.d. § 263 StGB bzw.

⁵⁷⁵ OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 42) – *Betrug durch „Abo-Falle“ im Internet*.

⁵⁷⁶ OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 38) – *Betrug durch „Abo-Falle“ im Internet*; siehe auch BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 39) – *Routenplaner*.

⁵⁷⁷ Vgl. BGH GRUR 2014, 298 (Rdn. 31) – *Runes of Magic*: „Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ein am Ende des Werbetextes platzierter Verweis nicht nur dazu einlädt, sondern gerade dazu auffordert, diesen Link anzuklicken, um nähere Informationen zu erhalten“.

⁵⁷⁸ A.A. OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 57) – *Betrug durch „Abo-Falle“ im Internet*.

⁵⁷⁹ In diesem Sinne zutreffend: OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 43) – *Betrug durch „Abo-Falle“ im Internet*; auch BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 18) – *Routenplaner*.

eine zur Fehlvorstellung geeignete Angabe i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG (Irreführungseignung) annehmen, sollte das Gericht lediglich darauf hinweisen, dass ein Durchschnittsverbraucher sich nicht mit jeglichen Informationen befasst, sondern nur mit denen, die konkret und erkennbar auf einen Vertragsabschluss ausgerichteten sind.⁵⁸⁰ Denn es ist im heutigen Wirtschaftsleben keineswegs unüblich, dass die Angaben über die Kostenpflichtigkeit erst bei genauerem Lesen des Angebotes erkennbar sind. Üblich ist ferner, dass der Verbraucher mit einer Vielzahl von vertragsrelevanten Informationen nicht auf den ersten Blick, sondern lediglich im unter dem eigentlichen Angebot befindlichen Kleingedruckten konfrontiert wird.⁵⁸¹ Von jedem Durchschnittsverbraucher ist daher zu erwarten, solche Informationen in Kenntnis zu nehmen. Die Tatsache, dass der Sternchenhinweis von vielen Internetnutzern nicht zur Kenntnis genommen wird, ändert, ebenso wenig wie der Umstand, dass viele Menschen heutzutage möglicherweise die AGB nicht lesen, nichts daran. Der Irrtum bzw. die Täuschungsggeeignetheit sind daher abzusprechen, sofern die Sternchen- oder Korrekturhinweise grundsätzlich nach ihrer Aufmachung und Hinweisstelle geeignet sind, die zunächst durch die Hauptmitteilung erweckte Auffassung des Verbrauchers zu revidieren.⁵⁸² Diese Überlegungen finden aber keine Anwendung im vorliegenden Fall, weil der Durchschnittsverbraucher den Sternchen- bzw. Fußzeilenhinweis nur dann wahrnimmt, wenn dieser Hinweis hinreichend deutlich und leicht zugänglich zur Verfügung steht.⁵⁸³ Das ist nicht der Fall, wenn – wie im hiesigen Fall – die entsprechende Preisklausel erstmals in einer drucktechnisch nicht hervorgehobenen Bestimmung auf der dritten Bildschirmseite enthalten und das konkret zu zahlende Entgelt von 59,95 Euro erst einer weiteren Bestimmung auf der fünften Bildschirmseite zu entnehmen war.⁵⁸⁴ Abzulehnen ist daher nur die Begründung des Gerichts, dass die situationsadäquate Aufmerksamkeit eines im Internet surfenden Durchschnittsverbrauchers eher gering sei und die Täuschung deshalb anzunehmen sei, weil diese abgesenkte Aufmerksamkeit durch die planvolle Vorgehensweise des Anbieters ausgenutzt werde.⁵⁸⁵ Der Verweis auf die aus den BGH-Entscheidungen bekannte subjektive Betrachtungsweise⁵⁸⁶ bei der Bejahung

⁵⁸⁰ Siehe hierzu ausführlich Gliederungspunkt Teil 2 C II 3 c).

⁵⁸¹ A.A. OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 58) – *Betrug durch „Abo-Fälle“ im Internet*.

⁵⁸² Vgl. BGH GRUR 2003, 163 (164) – *Computerwerbung II*; BGH GRUR 2003, 249 (249) – *Preis ohne Monitor*; BGH GRUR 2004, 343 (344) – *Playstation*; BGH GRUR 2004, 344 (345) – *Treuepunkte*.

⁵⁸³ Statt vieler siehe nur BGH GRUR 2003, 163 (164) – *Computerwerbung*; BGH GRUR 2011, 1050 (Rdn. 25) – *Ford-Vertragspartner*.

⁵⁸⁴ BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 19) – *Routenplaner*. Das erklärt sich von selbst, warum – und damit anders als hier – eine Strafbarkeit gemäß § 16 Abs. 1 UWG in BGHSt 47, 1 und BGHSt 52, 227 abzusprechen ist, siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc) (3).

⁵⁸⁵ OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 45) – *Betrug durch „Abo-Fälle“ im Internet*.

⁵⁸⁶ Grundlegend: BGHSt 47, 1 (5) – *Insertionsoffertenbetrug*; BGH BeckRS 2014, 15319 (Rdn. 20) – *Betrug durch Versendung von „Angebotsrechnungen“*.

der Täuschung erkennt die Tatsache, dass die böse Absicht des Anbieters den Grad der Aufmerksamkeit des Verbrauchers nicht senkt.

Es ist somit festzuhalten, dass das maßgebliche Verbraucherleitbild in Bezug auf den Verkehrskreis des Internets bzw. bei Online-Auktionen keiner Modifizierung bedarf.

b) Spezifische Verkehrsauffassung im Internet bzw. bei Online-Auktionen

Da es kein internetspezifisches Verbraucherleitbild gibt, gibt es auch keine internetspezifische Verkehrsauffassung: Eine differenzierte Verkehrsauffassung nach Offline- und Online-Werbesachverhalten wäre nur dann möglich, wenn man von anderen Verkehrserwartungen sprechen könnte. Der Benutzerkreis im Internet bzw. bei Online-Auktionen ist aber heute ebenso inhomogen wie bei anderen Formen der Publikumswerbung, so dass hinsichtlich der angesprochenen Verkehrskreise keine durchgreifenden Unterschiede zwischen Internet und Offline-Werbung bestehen.⁵⁸⁷ Der heute unbestrittene Grundsatz „Was offline gilt, muss auch online gelten“⁵⁸⁸ sollte sich deshalb in vollem Umfang auch bei Online-Auktionen durchsetzen.

Eine gesplante Rechtsordnung, d.h. (alternativ) eine Privilegierung oder Diskriminierung von Internetsachverhalten, wäre auch angesichts einer einheitlichen Rechtsordnung nicht begründbar; denn ob ein Werbender einen Vorsprung durch Rechtsbruch erlangt oder eine Irreführung hervorruft, indem er die Informationspflichten im Verbraucherschutzrecht, etwa in Bezug auf Widerrufsbelehrungen, bei einem Haustür- oder bei einem Fernabsatzgeschäft missachtet oder eine Auktion online oder offline veranstaltet oder den Verbraucher über eine Lieferfrist von drei bis vier Wochen nicht unmissverständlich aufklärt, ist für die rechtliche Bewertung irrelevant.

Der Standpunkt gegen eine gesplante Rechtsordnung führt ferner zwangsläufig zu einem Kohärenzgebot auch bezüglich der inhaltsbezogenen Internetwettbewerbsverstöße.⁵⁸⁹ Eine irreführende Werbeaussage stellt immer noch eine unzulässige Werbeaussage dar, unabhängig davon, ob sie in einer Zeitungsanzeige, einem Fernsehspot oder auf einer Internetseite veröffentlicht wird.⁵⁹⁰

Die Kohärenz gebietet also, zur Feststellung, ob eine Angabe irreführend ist, auch bei Online-Auktionen in zwei Schritten vorzugehen – genauso wie im Offline-Bereich. Zunächst ist zu prüfen, an welchen Personenkreis sich die Angaben richten. Auktionsspezi-

⁵⁸⁷ Ebenso *Bornkamm/Seichter*, CR 2005, 747 (750); *Mankowski*, in: Fezer-UWG, § 4-S12, Rdn. 11; *Wiebe*, in: MüKo-UWG, Anhang zu §§ 1-7 UWG A Rdn. 50.

⁵⁸⁸ *Glöckner/Kur*, GRUR-Beilage 1/2014, 29 (29); *Leible/Sosnitza*, CR 2004, 293 (293); *Mankowski*, in: Fezer-UWG, § 4-S12, Rdn. 7.

⁵⁸⁹ *Mankowski*, in: Fezer-UWG, § 4-S12, Rdn. 8; *Pierson*, K&R 2006, 489 (491).

⁵⁹⁰ Vgl. OLG Schleswig GRUR-RR 2007, 400 (400) – *irreführende Internetwerbung für Hotelzimmer*; LG Dresden GRUR-RR 2007, 25 (25 f.) – *EU-GmbH*.

fisch kann aber der erste Schritt von vornherein übersprungen werden, weil die Angebote bei Online-Auktionen sich potenziell an Millionen Nutzer richten. Eine mögliche Beschränkung des Nutzerkreises kann sich zwar aus dem Versteigerungsangebot ergeben, weil bestimmte Waren nur für Fachleute oder nur für Jugendliche interessant sein können. Dennoch kann man nicht von einem gezielt angesprochenen Verkehrskreis ausgehen. Jeder angemeldete Nutzer kann an der Versteigerung teilnehmen. Das Potenzial reicht. In Übereinstimmung mit dem für den Offline-Bereich entwickelten Grundsatz, dass für die Ermittlung der Verkehrsauffassung nicht nur das Verständnis der Verbraucher maßgeblich ist, die regelmäßig die besagten Waren nachfragen, sondern auch das Verständnis derjenigen Verbraucher, die nur gelegentlich oder selten die besagten Waren nachfragen,⁵⁹¹ ist deshalb davon auszugehen, dass sich bei Online-Auktionen gemachte Werbeaussage i.d.R. an das allgemeine Publikum richten, und sie ausgehend vom allgemeinen Verständnis des Durchschnittsverbrauchers zu beurteilen sind. Eine Ausnahme kann nur bei B2B-Auktionen gemacht werden, solange feststellbar ist, dass der Versteigerungsgegenstand auch innerhalb dieses Teilnehmerkreises nur bei bestimmten Bietern Interesse erweckt. Im zweiten Schritt ist zu ermitteln, wie der Durchschnittsverbraucher diese Aussage auffasst. Da hierfür die von einem Durchschnittsverbraucher zu verlangenden allgemeinen Maßstäbe gelten, genügt es, auf obige Darstellungen hinzuweisen.

c) Besonderheiten bei der Informationsbeschaffung bzw. der Informationsverarbeitungskapazität

Werbung ist Kundenansprache. Der Werbende handelt als Kommunikator, der Kunde ist Empfänger. Die Kommunikationsinitiative geht typischerweise vom Werbenden aus. Zumindest fallweise wird freilich auch der Kunde initiativ: Er fragt Informationen beim Anbieter nach und nutzt Kommunikationsplattformen eigeninitiativ.⁵⁹²

Diese im Offline-Bereich eine Ausnahme darstellende Situation ist allerdings bei der Benutzung des elektronischen Geschäftsverkehrs der Regelfall. Denn hier liegt die Besonderheit darin, dass es sich beim Internet um eine passive Darstellungsplattform handelt, bei der die angebotenen Informationen vom Nutzer aktiv abgerufen werden müssen. Selbst wenn man also gegen eine spezifische Verkehrsauffassung bzw. ein spezifisches Verbraucherleitbild im Internet plädiert, bleibt die Frage immer noch offen, inwieweit die medienspezifischen Besonderheiten im Internet bei der Feststellung der Irreführung zu berücksichtigen sind.

⁵⁹¹ Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.77.

⁵⁹² *Lindacher*, in: GK-UWG, § 5 Rdn. 90.

Auf diese Frage liefert die „Epson-Tinte“-Entscheidung des BGH eine Antwort. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt vertreibt der Beklagte unter dem Domain-Namen „www.toner-online.de“ Verbrauchsmaterialien für Drucker und Kopiergeräte verschiedener Hersteller, und zwar sowohl solche, die von den Herstellern der Drucker und Kopiergeräte selbst (Originale), als auch solche, die von anderen Unternehmen hergestellt werden (kompatibel). Bei seinem Internet-Auftritt wirbt der Beklagte mit einer „Titelseite“. Bei einem Klick auf den in der oberen Leiste dieser Seite befindlichen Link „Info“ erscheint eine mit „über Toner-Online“ überschriebene Seite. Klickt der Verbraucher dagegen auf der Titelseite auf den Link „Tintenstrahldrucker“, so wird er zu einer „Herstellerliste“ geführt. Durch einen weiteren Klick auf die Angabe „Epson Tinte“ wird er zu der Seite „Epson Tintenstrahldrucker“ weitergeleitet. Die Klägerin, die als Tochterunternehmen eines weltweit tätigen Konzerns unter dem Namen „Epson“ neben verschiedenen Druckermodellen auch Druckzubehör vertreibt, hat den Internet-Auftritt des Beklagten als irreführende Werbung beanstandet, weil die Bezeichnung „Epson Tinte“ in der „Herstellerliste“ den unzutreffenden Eindruck erwecke, dass die nachfolgend angebotenen Tintenpatronen von der Klägerin stammten (Original-Epsonpatronen). Ein Hinweis darauf, dass vor dem Vertragsabschluss über den Link „Info“ die Seite „über Toner-Online“ aufgerufen werden müsse, lasse sich den Seiten nicht entnehmen, obwohl der Verbraucher die Informationen darüber, was „kompatibel“ bedeutet, nur dann erhalte, wenn er die „Info-Seite“ aufrufe. Bei den jeweiligen Artikelbeschreibungen findet sich demgegenüber lediglich der Begriff „kompatibel“.

Als Vorinstanz hat das OLG Düsseldorf eine Irreführung nicht angenommen, da nicht feststellbar sei, dass ein Durchschnittsverbraucher durch die gewählte Bezeichnung annehme, es handle sich um Original-Tintenpatronen. Bezogen auf das Verbraucherleitbild führte das Gericht aus, von Internetnutzern könne erwartet werden, dass sie die Technik des Anklickens beherrschen, die nötig sei, um sich Kaufinformationen zu beschaffen. Anders als der normale Geschäftsverkehr sei derjenige im Internet auf einen „aktiven Kaufinteressenten“ ausgerichtet, der nach Informationen aktiv nachsuchen müsse. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf sei von den Internetnutzern *mehr* zu erwarten als von dem normalen Verbraucher, insbesondere werde von ihm grundsätzlich erwartet, dass er sich anhand der *gesamten* Internetseiten über eine Kaufsache informiere. Außerdem sei hinsichtlich des Verständnisses der angesprochenen Verbraucher auf die Werbung *insgesamt* abzustellen; die „Info-Seite“ für den Gesamteindruck der Werbung nicht zu beachten und stattdessen lediglich auf die Artikelseite abzustellen, sei nicht zulässig.⁵⁹³

⁵⁹³ Vgl. die Ausführungen der Vorinstanz im Urteil des BGH GRUR 2005, 438 (440) – *Epson-Tinte*.

Die Auffassung des OLG Düsseldorf ist im Ergebnis insgesamt abzulehnen. Denn ausgehend von einem „aktiven Kaufinteressenten“ stellt das OLG Düsseldorf auf einen überdurchschnittlichen Verbraucher ab. Zwar ist die Annahme des Gerichts, der durchschnittliche Internetnutzer sei mit den Besonderheiten des Internets vertraut mit der Folge, dass er weiß, dass Inhalte auch auf verlinkten Seiten stehen können,⁵⁹⁴ ohne weiteres zutreffend. Dieser Umstand rechtfertigt aber nicht die Zugrundelegung eines anderen Verbraucherleitbildes. Das OLG Düsseldorf macht einen ähnlichen Fehler wie das LG Wiesbaden, indem es den Internetnutzer per se als weniger schutzbedürftig erachtet. Anders als das LG Wiesbaden behandelt das OLG Düsseldorf den Umstand, dass der an einem Kauf interessierte Internet-Nutzer die benötigten Informationen selbst erfragen muss, unter dem Merkmal der Aufmerksamkeit. Richtigerweise ist dieser Umstand aber so auszulegen, dass der Verbraucher sich der betreffenden Werbeangabe mit der situationsbedingten Aufmerksamkeit zuwendet. Die Kenntnis, der Verbraucher solle wissen, dass Inhalte auch auf verlinkten Seiten stehen können, ist deshalb lediglich als eine Konkretisierung des Grundsatzes anzusehen, wonach bei der Bestimmung des Grades der Aufmerksamkeit auch die Besonderheiten des Mediums zu berücksichtigen sind.⁵⁹⁵

Im Grunde genommen verdient das Gericht ferner Zustimmung dafür, wenn es sagt, dass für die Beurteilung einer Werbeaussage nach den §§ 5, 16 Abs. 1 UWG maßgebend sei, wie der angesprochene Verkehr die beanstandete Werbung aufgrund des Gesamteindrucks der Anzeige verstehe.⁵⁹⁶ Einzelne Äußerungen einer in sich geschlossenen Darstellung dürfen deshalb nicht aus ihrem Zusammenhang gerissen werden (z.B. in einem Werbekatalog).⁵⁹⁷ Aufgrund des Kohärenzgebots gelten diese Grundsätze auch für die Werbung im Internet.⁵⁹⁸

Das OLG Düsseldorf erkennt aber, dass der Gesamteindruck der Anzeige seine Grenze findet, wo eine Einzelangabe vom Verkehr trotz durchschnittlicher Aufmerksamkeit ohne Zusammenhang mit dem übrigen Werbetext wahrgenommen und verwendet wird, z. B. weil die in einer einheitlichen Werbeschrift befindlichen Angaben weder sachlich noch

⁵⁹⁴ BGH GRUR 2007, 159 (Rdn. 21) – *Anbieterkennzeichnung im Internet*; BGH GRUR 2008, 84 (Rdn. 30) – *Versandkosten*; BGH GRUR 2014, 94 (Rdn. 17) – *Pflichtangaben im Internet*; BGH GRUR 2014, 298 (Rdn. 31) – *Runes of Magic*.

⁵⁹⁵ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 2 b) bb).

⁵⁹⁶ Ständige Rechtsprechung: BGH GRUR 2002, 715 (716) – *Scanner-Werbung*; BGH GRUR 2002, 976 (978 f.) – *Koppelungsangebot I*; BGH GRUR 2003, 361 (362) – *Sparvorwahl*; BGH GRUR 2005, 690 (691) – *Internet-Versandhandel*; BGH GRUR 2013, 1254 (Rdn. 15) – *Matratzen Factory Outlet*.

⁵⁹⁷ Vgl. BGH GRUR 1996, 367 (368) – *Umweltfreundliches Bauen*; BGH GRUR 2003, 800 (803) – *Schachcomputerkatalog*; BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung*.

⁵⁹⁸ Vgl. BGH GRUR 2005, 438 (441) – *Epson-Tinte*; BGH GRUR 2005, 690 (692) – *Internet-Versandhandel*; BGH GRUR 2014, 94 (Rdn. 17) – *Pflichtangaben im Internet*; BGH GRUR 2014, 298 (Rdn. 31) – *Runes of Magic*.

äußerlich erkennbar miteinander verbunden oder aufeinander bezogen sind.⁵⁹⁹ In diesem Fall ist eine isolierte Beurteilung geboten.⁶⁰⁰ Auch diese im Offline-Bereich entwickelten Grundsätze müssen für die Werbung im Internet in entsprechender Weise gelten.⁶⁰¹ Wenn aber das OLG Düsseldorf die Auffassung vertritt, dass von Internetnutzern *mehr* zu erwarten sei als von normalen Verbrauchern, dann sagt das Gericht nichts anderes, als dass die höhere Aufmerksamkeit zu graduellen Verschiebungen der Maßstäbe im Internet zugunsten des Werbetreibenden vor allem mit Blick auf das Irreführungsverbot führen soll, weil alle Seiten des Internet-Auftritts eines im Internet werbenden Unternehmens vom Verkehr als eine in sich geschlossene Darstellung aufgefasst und als zusammengehörig wahrgenommen würden. Es ist aber auch dem Durchschnittsverbraucher nicht zuzumuten, alle Seiten eines Internetangebots wahrzunehmen, um alle Informationen vollständig zu überblicken. Auch ein Durchschnittsverbraucher ruft nur diejenige Seite auf, die er zur Information über die von ihm ins Auge gefasste Ware benötigt. Wenn er auf diese Weise die aus seiner Sicht erforderlichen Angaben erhält, muss er keine weitere Veranlassung haben, noch weitere Seiten des betreffenden Internet-Auftritts daraufhin abzusuchen, ob sie für sein Kaufentschluss zusätzlich brauchbare Informationen enthalten.⁶⁰² Von einem Durchschnittsverbraucher wird lediglich verlangt, die Seiten aufzurufen, zu denen er durch Links aufgrund einfacher elektronischer Verknüpfungen oder durch klare Hinweise geführt wird.

Die Kehrseite dieser Aussage ist, dass der Verbraucher die Informationen in zumutbarem Umfang zur Kenntnis nehmen muss, um eine Irreführung zu vermeiden. Die bisher wenig untersuchte, jedoch noch wichtigere Frage lautet deshalb, unter welchen Umständen man davon ausgehen darf, dass die sachgemäßen und inhaltlich korrekten Informationen in ausreichendem Maße im Internet zur Verfügung gestellt werden. Damit ist also das Recht auf Information des Verbrauchers angesprochen, das aber dem Verbraucher auch entsprechende Informationsobliegenheit auferlegt (Informationsmodell).⁶⁰³ Zu untersuchen sind also die Informationspflichten bei Online-Auktionen. Bevor auf diese Frage eingegangen wird, ist es jedoch angebracht, einige Fallgruppen zu untersuchen, die teilweise in der zivilrechtlichen Literatur, teilweise schon oben im Rahmen des Vermögensschadens bei Online-Auktionen angesprochen wurden.

⁵⁹⁹ Vgl. nur BGH GRUR 2003, 800 (803) – *Schachcomputerkatalog*; BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung*.

⁶⁰⁰ Vgl. Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 B Rdn. 83 f.

⁶⁰¹ Zutreffend BGH GRUR 2005, 438 (441) – *Epson-Tinte*.

⁶⁰² Ebenso BGH GRUR 2005, 438 (441) – *Epson-Tinte*; BGH GRUR 2014, 94 (Rdn. 17) – *Pflichtangaben im Internet*; BGH GRUR 2014, 298 (Rdn. 31) – *Runes of Magic*.

⁶⁰³ Vgl. hierzu Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (1).

4. Fallgruppe der auktionsspezifischen Irreführung

a) Irreführung durch Verwendung des Begriffs „Auktion“

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass durch die Verwendung des Begriffs „Auktion“ der irrige Eindruck erweckt werde, dass auch bei Online-Auktionen die Bestimmungen des § 34b GewO eingehalten würden, was aber nicht der Fall sei. Deshalb verstoße die Bezeichnung von Angeboten als „Auktion“ oder „Versteigerung“ gegen das Verbot irreführender Werbung, § 5 UWG.⁶⁰⁴

Dieser Auffassung ist zwar darin beizupflichten, als dass die prägendste Eigenschaft von herkömmlichen Auktionen, der Mechanismus einer flexiblen Preisfindung durch gegenseitiges Überbieten, auch bei Online-Auktionen uneingeschränkt gegeben ist.⁶⁰⁵ Deshalb kann bzw. darf der Bieter vielleicht auf den Web-Seiten des Auktionshauses keinen Versteigerungssaal und Hammer, zumindest aber auf die Möglichkeit erwarten, dass solange Gebote abgegeben werden können, bis der Meistbietende ermittelt und die Auktion durch Zuschlag beendet ist.

Letztendlich ist aber eine Irreführung abzulehnen.⁶⁰⁶ Von einer Irreführung durch Verwendung des Begriffs „Auktion“ kann nur dann ausgegangen werden, wenn mit der Bezeichnung „Auktion“ in der Vorstellung eines Durchschnittsverbrauchers bestimmte Erwartungen verknüpft sind, die mit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht übereinstimmen. Fraglich ist aber, ob ein Internetnutzer sich überhaupt konkrete Vorstellungen macht, wenn er sich einem Internetangebot mit der Bezeichnung „Auktion“ gegenüber sieht. Die Antwort fällt negativ aus. Zum einen existiert kein einheitlicher juristischer Versteigerungsbegriff. Der Begriff der Auktion wird in der Gewerbeordnung, der Versteigerungs- und der Preisangabenverordnung, in § 156 BGB und in § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 BGB unterschiedlich verstanden. Der Begriff „Auktion“ ist damit mehrdeutig geworden. Über die Behandlung dieser Fälle besteht dahingehend Einigkeit, dass, insofern mit einem unklaren Begriff geworben wird, über dessen Sinn bei keinem Teil der angesprochenen Verkehrskreise eine klare und eindeutige Vorstellung festzustellen ist, kein

⁶⁰⁴ Hess, in: FS-Hertin, S. 391 (404 f.); Stenger, in: Kaminski/Henßler/Kolaschnik/Papathoma-Baetge, Rechtshandbuch E-Business, 3. Kap. G Rdn. 20. In diese Richtung *Lindenberg*, Internetauktionen im Gewerbe- und Lauterkeitsrecht, S. 243 ff., wenn sie sagt, dass Internetauktionen zumindest in Form der Aufwärtsauktion durchaus als Versteigerung i.S.d. § 34b GewO einzustufen seien; *Schulze*, Internetauktionen aus vertragsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, S. 123, wenn er sagt, dass das Versteigern von Waren im Internet im Wege einer Echtzeit-Auktion unter dem Erlaubnisvorbehalt des § 34b GewO stehe.

⁶⁰⁵ Vgl. *Lindenberg*, Internetauktionen im Gewerbe- und Lauterkeitsrecht, S. 245.

⁶⁰⁶ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 4.127; *Busche*, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 696; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 79; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 B Rdn. 119; *Schrader*, MMR 2001, 767 (767 f.); *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 5 Rdn. 435; *Steinbeck*, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 559; *Weidert*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 C Rdn. 135.

Verstoß gegen § 5 UWG vorliegt.⁶⁰⁷ Dieser im Offline-Bereich weitgehend anerkannte Grundsatz, dass ein Verstoß gegen § 5 UWG nicht allein deshalb vorliegt, weil die hinter dem Begriff stehende Veranstaltung nicht allen möglichen Bedeutungen des gewählten Begriffs entspricht, ist für Online-Auktionen umzuformulieren. Zum zweiten ist es offensichtlich, dass der Durchschnittsverbraucher wegen der Andersartigkeit des Internets mit erheblichen Unterschieden zu den klassischen Auktionen rechnet. Aus diesem Grund ist von einem Durchschnittsverbraucher zu erwarten, sich mit den jeweiligen „Auktionsbedingungen“ der Verkaufsveranstaltung zu befassen und ggf. darüber zu informieren, auf welche Art und Weise die jeweilige „Auktion“ durchgeführt wird.⁶⁰⁸ Der durchschnittlich verständige und informierte Verbraucher weiß, dass es sich nicht bei allen Veranstaltungen im Internet um Versteigerungen im klassischen Sinn handelt, sondern eine Vielzahl unterschiedlichster Veranstaltungen im Internet als „Auktion“ oder „Versteigerung“ bezeichnet werden.⁶⁰⁹

b) Shill-Bidding

Zwar verstoßen Scheingebote, die mit dem Zweck, die Preise hoch zu treiben,⁶¹⁰ abgegeben werden, oftmals gegen die AGB des Auktionshauses. Ob darin aber zugleich eine Irreführung i.S.d. §§ 5, 16 Abs. 1 UWG liegt, ist gesondert zu untersuchen. Denn wenn ein Verstoß gegen die AGB des Auktionshauses keinen Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG darstellt,⁶¹¹ dann kann dieser Verstoß natürlich nicht vor-schnell als eine Irreführung i.S.d. § 5 UWG bewertet werden.⁶¹² Auch die Feststellung, dass die Vorgehensweise des Anbieters eine Täuschungshandlung i.S.d. § 263 StGB darstellt,⁶¹³ kann nicht ohne weiteres auf § 16 Abs. 1 UWG übertragen werden, weil die irreführenden Angaben nur dann tatbestandsmäßig sind, wenn sie sich auf die in § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis Nr. 7 UWG genannten Umstände beziehen.⁶¹⁴

In Betracht kommt § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG, wonach bei der Beurteilung der Irreführungseignung insbesondere Angaben über den Preis zu berücksichtigen sind. Angesprochen ist also der Begriff der Preisklarheit, wodurch der Bieter die Möglichkeit hat, Preis und Qualität überprüfen zu können. Das setzt aber möglichst konkrete Aussagen über den

⁶⁰⁷ Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.112.

⁶⁰⁸ Zum Ganzen: *Steinbeck*, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 559.

⁶⁰⁹ BGH GRUR 2004, 249 (250) – *Umgekehrte Versteigerung im Internet*.

⁶¹⁰ Vgl. hierzu Gliederungspunkt Teil 2 A IV.

⁶¹¹ OLG Hamm GRUR-RR 2011, 218 (Rdn. 3) – *Verstoß gegen eBay-Grundsätze*.

⁶¹² Diese Aussage soll nicht dahingehend missverstanden werden, dass § 4 Nr. 11 UWG eine Voraussetzung des § 5 UWG darstellt. Sie ist lediglich eine Konkretisierung des Grundsatzes, dass eine Irreführung immer ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG ist; also kann nicht jeder Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG als eine Irreführung behandelt werden. Zum Verhältnis der Normen zueinander siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) bb).

⁶¹³ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 A IV.

⁶¹⁴ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 1 sowie Fn. 420.

exakten Preis und die Eigenschaften des Produktes voraus.⁶¹⁵ Das Shill-Bidding führt jedoch weder zu einer Täuschung über den Preis selbst, da der angezeigte Preis tatsächlich erreicht wird, obwohl er manipuliert wird, noch zu einer Täuschung über die Eigenschaften des Produktes, weil die zum Zwecke der Preissteigerung abgegebenen Gebote mit den Eigenschaften der angebotenen Leistung nichts zu tun haben. Versteht man also unter dem Bezugspunkt des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG nur eine Gewährleistung der Preisklarheit, scheitert eine Irreführung i.S.d. §§ 5, 16 Abs. 1 UWG. Die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG verfolgt aber weiterhin den Zweck, die Preiswahrheit zu gewährleisten.⁶¹⁶ Erfasst sind auch die Fälle, in denen die den Preisaussagen beigemessenen Eigenschaften keinen Niederschlag in der Preisbildung gefunden haben⁶¹⁷. Geschützt ist also auch das Zustandekommen des Preises, also ein ordnungsgemäßer Preisfindungsprozess. Dies ergibt sich aus der Formulierung des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG, wo es da heißt, dass bei der Beurteilung der Irreführungseignung auch die Art und Weise, in der der Preis berechnet wird, zu berücksichtigen ist. Das ist der Fall beim Shill-Bidding, weil der Bieter in seinem Vertrauen darauf, dass auch der Anbieter die Regeln über die Preisfindung nach den AGB des Auktionshauses einhält, getäuscht wird. Das Shill-Bidding verstößt daher gegen §§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG. Eine Irreführung i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG ist daher zu bejahen.⁶¹⁸

c) Werbung mit Testergebnissen

Produkttests durch Dritte erhöhen die Markttransparenz, wenn sie sachkundig durchgeführt werden, die Ergebnisse plausibel in der Bewertung sind und zutreffend kommuniziert werden. Die Durchführung solcher Produkttestes und das Werben mit Testergebnissen sind daher unbestritten.⁶¹⁹ Diese Marketingmaßnahme ist durchaus auch bei eBay-Händlern sehr beliebt. Dabei wird vereinzelt allerdings übersehen, dass bei einer solchen Werbung bestimmte Pflichten zu beachten sind. Soweit der Produkttest in der Werbung verwendet wird, kann eine Irreführung vorliegen, wenn die Ergebnisse in unklarer Weise widergegeben werden. Nach hinsichtlich des Offline-Bereichs entwickelten Grundsätzen liegt eine Irreführung etwa vor, wenn Fehlvorstellungen über die Aktualität des Tests dadurch hervorgerufen werden, dass etwa der Zeitpunkt der Veröffentlichung⁶²⁰ oder das

⁶¹⁵ Vgl. *Link*, in: Ullmann, jurisPK-UWG, § 5 Rdn. 711.

⁶¹⁶ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 7.2; *Link*, in: Ullmann, jurisPK-UWG, § 5 Rdn. 706.

⁶¹⁷ *Link*, in: Ullmann, jurisPK-UWG, § 5 Rdn. 712.

⁶¹⁸ Die Straftat scheitert aber im geltenden Recht zunächst an der Unwahrheit der Angaben [siehe Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (b) und Teil 2 C III 3 b)] bzw. anschließend und in jedem Fall an der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, siehe Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 c) bb) und Teil 2 C IV.

⁶¹⁹ *Peifer*, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 323.

⁶²⁰ Vgl. BGH GRUR 1991, 679 (680) – *Fundstellenangaben*.

Vorliegen neuer Testergebnisse⁶²¹ nicht genannt werden, selbst wenn das beworbene Produkt mit dem getesteten Produkt vergleichbar ist.⁶²² Selbstverständlich sind ferner die Angabe einer unrichtigen Testnote⁶²³ oder eines nicht erreichten Testrangs irreführend.⁶²⁴

Die Rechtsprechung hat diese Grundsätze auch auf Werbung bei Online-Auktionen übertragen. Nach einer Entscheidung des OLG Hamburg sei die Werbung eines Anbieters bei eBay unlauter und irreführend, wenn er für seine Ware oder Leistung mit Testhinweisen Dritter wirbt, ohne in der Werbung eine Fundstelle nach Ort und Datum der Veröffentlichung anzugeben.⁶²⁵ Für eine Irreführung spricht sich auch das OLG Hamm aus. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein Anbieter bei eBay für eine Matratze geworben und dabei auf einen Test der Stiftung Warentest aus dem Januar 2000 mit dem Urteil „gut“ hingewiesen. In der Ausgabe 03/2006 veröffentlichte die Stiftung Warentest in ihrem Magazin dann einen neuen Matratzentest, wobei hier bei dem Kriterium „Qualität des Bezuges“ die Austauschbarkeit und Waschbarkeit des Bezuges im Vordergrund stand, was im Jahr 2000 nicht in das Bewertungsschema einbezogen worden war. Tatsächlich wurde die beworbene Matratze seit dem Jahr 2000 nicht verändert. Nach Auffassung des Gerichts sei eine Werbung mit einem alten Test irreführend, wenn es einen neuen Test gibt, zu dessen Bedingungen die damaligen guten Testergebnisse nicht mehr erzielt würden, und wenn der Werbende darauf in seiner Werbung nicht hinweist. Zwar seien dem Durchschnittsverbraucher die unterschiedlichen Testbedingungen der Stiftung Warentest bekannt, er werde aber dennoch getäuscht, weil aufgrund des Fehlens der wichtigen Information dessen Entscheidungsgrundlage unvollständig sei.⁶²⁶

d) Feedback-Manipulation (Bewertungsmanipulation)

Die Marktentscheidungsrelevanz irreführender Produkttests folgt daraus, dass Bieter auf neutrale und objektive Beurteilungen eines Dritten stärker vertrauen als auf werbliche Informationen. Auf der Suche nach Schlüsselinformationen über Produkte und die Leistungsfähigkeit eines Anbieters sind Bieter geneigt, wichtige Entscheidungen auf die Beurteilung durch Produkttests zu stützen.⁶²⁷ Produkttests rechtfertigen dieses Vertrauen inhaltlich, wenn die Untersuchungen neutral und objektiv durchgeführt werden. Über die Neutralität und Objektivität wird irreführt, wenn der Tester für den Test bezahlt, in sei-

⁶²¹ BGH GRUR 1985, 932 (933) – *Veralteter Test*.

⁶²² OLG Hamburg GRUR 2000, 530 (532) – *CSE-Hemmer*; OLG Zweibrücken WRP 2008, 1476 (1477) – *baugleiches Produkt*.

⁶²³ Vgl. OLG Köln NJOZ 2003, 3311 (3315) – *Kinderfahrradhelm*.

⁶²⁴ OLG Hamburg NJOZ 2001, 611 (613) – *Preis-Leistungs-Sieger*.

⁶²⁵ OLG Hamburg WRP 2007, 557 (558) – *Werbung mit Testhinweisen Dritter*.

⁶²⁶ OLG Hamm, 15.2.2007 - 4 U 165/06 (juris Rdn. 23 ff.) – *Werbung mit Testergebnissen der Stiftung Warentest*.

⁶²⁷ *Peifer*, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 323.

nem Urteilsvermögen beeinflusst wird oder mit dem Anbieter der getesteten Produkte wirtschaftlich verbunden ist. Wenn dies der Fall ist, liegt eine Irreführung vor.⁶²⁸

Dies lässt sich in entsprechender Weise auch auf Feedback-Manipulationen übertragen. Täuscht der Anbieter seinen Vertragspartner über seine Vergangenheit durch positive Bewertungen, die von ihm selbst oder mit ihm wirtschaftlich verbundenen Dritten abgegeben wurden, so wird der Bieter zu Fehlentscheidungen in seinem Auswahlprozess geführt.⁶²⁹ Feedback-Manipulationen verstoßen daher gegen die §§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3.⁶³⁰ Eine Irreführung i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG ist daher zu bejahen.⁶³¹

e) Irreführung durch den angegebenen Marktwert

Eine weitere und sehr beliebte Werbemaßnahme bei Online-Auktionen sind die sog. Preisgegenüberstellungen, bei denen dem geforderten Mindestpreis zur besseren Orientierung des Bieters die unverbindliche Preisempfehlung (UVP) des Herstellers gegenübergestellt wird, um auf diese Weise das Kaufinteresse zu wecken.

Die Werbung mit der UVP ist wettbewerbsrechtlich ohne weiteres zulässig.⁶³² Nach Auffassung des BGH ist Werbung mit Preisgegenüberstellungen selbst dann zulässig, wenn die Abkürzung systemwidrig sei und eher „u.P.“ oder „uPE“ lauten müsste.⁶³³ Nach dem BGH sind Werbemaßnahmen des Weiteren nicht deshalb irreführend, weil sie nicht die ausdrückliche Angabe enthalten, dass die Preisempfehlung vom Hersteller stammt und/oder unverbindlich ist. Denn dem Durchschnittsverbraucher sei bekannt, dass mit derartigen Formulierungen, wie etwa „empfohlener Verkaufspreis“, üblicherweise eine Preisempfehlung vom Hersteller gemeint sei, welche unverbindlich sei.⁶³⁴

Stets irreführend ist Werbung mit Preisgegenüberstellungen aber, wenn mit „Mondpreisen“ geworben wird, d.h. mit angeblich früher verlangten Preisen, die jetzt wesentlich reduziert seien, oder wenn dabei auf eine nicht existente unverbindliche Preisempfehlung Bezug genommen wird.⁶³⁵ Denn die Sorgfaltsanforderungen, die an einen Durchschnitts-

⁶²⁸ Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 324.

⁶²⁹ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 A V.

⁶³⁰ Die Feststellung, dass die Vorgehensweise des Anbieters eine Täuschungshandlung i.S.d. § 263 StGB darstellt (siehe Gliederungspunkt Teil 2 A V), kann nicht ohne weiteres auf § 16 Abs. 1 UWG übertragen werden, weil die irreführenden Angaben nur dann tatbestandsmäßig sind, wenn sie sich auf die in § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis Nr. 7 UWG genannten Umstände beziehen, Gliederungspunkt Teil 2 B II 1, siehe Fn. 420.

⁶³¹ Die Straftat scheitert aber im geltenden Recht zunächst an der Unwahrheit der Angaben [siehe Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (b) und Teil 2 C III 3 b)] bzw. anschließend und in jedem Fall an der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, siehe Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 c) bb) und Teil 2 C IV.

⁶³² BGH GRUR 2000, 436 (437) – *Ehemalige Herstellerpreisempfehlungen*; BGH GRUR 2003, 446 (446) – *Preisempfehlung für Sondermodelle*; BGH GRUR 2004, 246 (247) – *Mondpreise?*.

⁶³³ BGH GRUR 2007, 603 (Rdn. 14) – *UVP*.

⁶³⁴ BGH GRUR 2007, 603 (Rdn. 21) – *UVP*.

⁶³⁵ Vgl. BGH GRUR 2001, 78 (79) – *Falsche Herstellerpreisempfehlung*; BGH GRUR 2004, 246 (247) – *Mondpreise?*.

verbraucher zu stellen sind, dürfen nicht überspitzt werden. So kann von ihm nicht etwa erwartet werden, dass er die produktspezifische Preisentwicklung, die sich aus der Preisgestaltung innerhalb eines bestimmten Zeitraums ergibt, zuverlässig kennt. Auch ein Durchschnittsverbraucher darf daher eine als Sonderangebot deklarierte Offerte grundsätzlich dahingehend verstehen, dass der aktuelle Preis der beworbenen Ware im Vergleich zu dem früheren Preis tatsächlich reduziert ist.⁶³⁶

Außerdem ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass im Fall einer Werbung mit Preisgegenüberstellungen zur Vermeidung einer Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise stets deutlich werden muss, um was für einen Preis es sich bei dem in Bezug genommenen Preis handelt.⁶³⁷ Der in Bezug genommene Preis darf vor allem nicht mehrdeutig sein. Das LG Berlin führte hierzu aus, dass die Werbung eines eBay Anbieters mit dem Begriff „Ladenpreis“ ohne weitere Klarstellung mehrdeutig und irreführend sei, weil der Verbraucher ihn nicht nur auf die früher vom Werbenden geforderten Preise beziehen könne, sondern auch auf einen vom Hersteller empfohlenen Preis, einen in der Branche durchschnittlich verlangten Preis oder einen allgemeinen Marktpreis.⁶³⁸

f) Irreführung durch das Mindestgebot

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass ein Verstoß gegen § 5 UWG vorliege, wenn der Anbieter im Rahmen seines Angebots ein niedriges Mindestgebot angibt, das ausschließlich dem Anlocken von Bietern dient, in Wirklichkeit aber nicht ernst gemeint ist. Dies sei beispielsweise der Fall, wenn ein Anbieter ein neues Auto im Wert von 20000 Euro mit dem äußerst niedrigen Mindestgebot von 10 Euro anbietet. Eine Irreführung liege hier darin, dass dem Bieter vorgespiegelt werde, er könne die Ware tatsächlich zu diesem niedrigen Preis erwerben, dies aber praktisch fast ausgeschlossen sei.⁶³⁹ Das ist wenig überzeugend, da es dem Durchschnittsverbraucher bekannt sein sollte, dass das Mindestgebot bei einer Versteigerung nur ein Einstiegspreis ist und es daher nur eine minimale Chance gibt, die Ware tatsächlich zu einem derartig günstigen Preis zu ersteigern.⁶⁴⁰

⁶³⁶ Vgl. Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 312.

⁶³⁷ BGH GRUR 1980, 306 (307) – *Preisgegenüberstellung III*; BGH GRUR 1981, 654 (654 f.) – *Testpreiswerbung*.

⁶³⁸ LG Berlin, Urteil vom 20.8.2007 - 52 O 110/07 (unveröffentlicht, zitiert nach Schlömer/Dittrich, K&R 2008, 129, 134). Ebenso OLG Celle, Urteil vom 30.7.2009 - 13 U 77/09 (unveröffentlicht, zitiert nach Schlömer/Dittrich, K&R 2010, 148, 157).

⁶³⁹ Bullinger, WRP 2000, 253 (257); (unklar) Ernst, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 3 Rdn. 25 f.; v. Welser, ZUM 2000, 472 (475); einen Verstoß gegen § 1 UWG a.F. unter dem Gesichtspunkt des übertriebenen Anlockens sah hierin das OLG Hamburg MMR 2001, 748 (748 f.) – *Auktionspreise „ab DM 1,-“*.

⁶⁴⁰ Steinbeck, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 564.

5. Irreführung durch Informationspflichtverletzung

a) Verbraucherschutz durch Informationen

Wie bereits ausgeführt, ist das Leitbild des Durchschnittsverbrauchers nichts anderes als ein Modell, in dem dem Verbraucher mehr Eigenverantwortung zugetraut wird. Dies soll aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass das europäische Verbraucherleitbild von der erhöhten Eigenverantwortlichkeit einseitig zu Lasten des Verbrauchers ausgeht. Die Kehrseite dieses Modells sind die zahlreichen Informationen, die dem Verbraucher zur Verfügung stehen müssen. Dieses Modell wird deshalb nicht zu Unrecht als „Verbraucherschutz durch Information“ bezeichnet.⁶⁴¹

In dem Verbraucherleitbild spiegelt sich also zutreffend die Problematik, dass sich die Frage nach der Irreführungsgefahr aus dem Konflikt zwischen der Werbefreiheit (und/oder der Berufsausübungsfreiheit) und dem Verbraucherschutz ergibt. Um diesen Konflikt zu lösen, werden zahlreiche Informationspflichten eingeführt, die wiederum die dem Verbraucher zugemutete Eigenverantwortung abfedern. Damit trägt man dem Gedanken einer angemessenen Risikoverteilung der Marktteilnehmer Rechnung.⁶⁴²

Die Informationspflichten dienen also in erster Linie dazu, die Entscheidungsgrundlage des Verbrauchers zu verbessern und eine Chancengerechtigkeit zwischen den Marktteilnehmern herauszustellen.⁶⁴³ Damit wird vor allem die im heutigen Marktwirtschaftssystem unvermeidbare Situation der asymmetrischen Verteilung der Informationen zwischen beiden Vertragsparteien – m.a.W. der Wissensvorsprung des Unternehmers – rechtzeitig durch die sog. vorvertraglichen Informationspflichten schon vor Abgabe der Bestellung sowie durch die sog. nachvertraglichen Informationspflichten spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages beseitigt.

Den Informationspflichten kommt aber nicht nur eine rein verbraucherschützende Wirkung zu, sondern darüber hinaus auch eine wettbewerbsfördernde und wettbewerbssichernde Wirkung. Stellt der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen zur Verfügung, kann der Verbraucher – wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit heraus – nicht mehr auf nachteilige Geschäfte eingehen, um sich anschließend auf das Irreführungsverbot zu berufen. So wird einer Sorglosigkeit vorgebeugt.⁶⁴⁴

Mit dieser Überlegung schreibt der Gesetzgeber in zahlreichen Gesetzen zahlreiche Informationspflichten vor, die auch bei Online-Auktionen von Bedeutung sind. Im Folgen-

⁶⁴¹ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (1).

⁶⁴² Vgl. EuGH GRUR 2013, 1159 (Rdn. 35) – *BKK Mobil Oil*.

⁶⁴³ *Züllighoven*, Verbraucherschutz durch Informationspflichten im Wettbewerbsrecht, S. 24.

⁶⁴⁴ *Züllighoven*, Verbraucherschutz durch Informationspflichten im Wettbewerbsrecht, S. 30.

den soll deshalb die Frage untersucht werden, ob und inwieweit die Verletzung dieser Informationspflichten eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG auslösen kann.

b) Informationspflichten bei Online-Auktionen

Ein Vertrag, der mit Hilfe des Internets zustande kommt, unterliegt den speziellen Anforderungen des Fernabsatzrechts. Nach § 312c Abs. 1 BGB (bis 13.6.2014⁶⁴⁵: § 312b Abs. 1 BGB) gelten solche Verträge als Fernabsatzverträge, die sich auf Waren und Dienstleistungen beziehen, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems (z.B. ein Marktplatz für Online-Auktionen) abgeschlossen werden. Da ohne Zweifel der Vertrag zwischen dem Anbieter als Unternehmer und dem Bieter als Verbraucher (B2C-Auktion) als Fernabsatzvertrag zu qualifizieren ist, ist der Anbieter nach §§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art 246a § 1 EGBGB verpflichtet, den Verbraucher über einen ganzen Katalog von Fakten zu informieren. Da Online-Auktionen auf elektronischem Wege abgewickelt werden, hat der Unternehmer darüber hinaus auch die Anforderungen von § 312i Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246c EGBGB und § 5 TMG zu beachten. Insofern ein Verbraucher i.S.d. § 2 Abs. 2 UWG immer ein Letztverbraucher i.S.d. Preisangabenrechts ist, sind auch die Vorschriften von PAngV einzuhalten. Die Informationspflichten, die dem Unternehmer im Rahmen einer Online-Auktion dem Verbraucher gegenüber auferlegt sind, können folgendermaßen zusammengefasst werden:

aa) Vorvertragliche Informationspflichten

Nach § 312i Abs. 1 BGB (analog: § 312 Abs. 1 BGB a.F. i.V.m. Art. 246 § 1 Abs. 1 EGBGB a.F.) soll der Unternehmer den Verbraucher vor allem über den geschäftlichen Zweck einer Kontaktaufnahme informieren. Der Unternehmer muss also darauf hinweisen, dass es sich um eine gewerbliche Auktion handelt. Alle anderen Informationspflichten kommen später. Bei ihnen geht es um die Einzelheiten des Vertrages:

⁶⁴⁵ Am 13.6.2014 trat das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.9.2013 (BGBl. I vom 27.9.2013, S. 3642) in Kraft. Es bringt zentrale Änderungen des BGB mit sich; *Tonner*, VuR 2013, 443 (443): „Das Gesetz ist der stärkste Eingriff in das Schuldrecht des BGB seit der am 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierung.“ Aus dem Schrifttum zum Gesetz: *Buchmann*, K&R 2014, 221; 293; 369; 453; 562; 621. Das Gesetz bezweckt vor allem die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2011/83/EU (VRRL) über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG und der Richtlinie 1999/44/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG und der Richtlinie 97/7/EG. Die Richtlinie 2011/83/EU ihrerseits dient dem Ziel, die bisherigen Regelungen zum Verbraucherschutz bei Fernabsatzgeschäften und Haustürgeschäften zu aktualisieren, weil eine Überprüfung der alten Richtlinien ergeben habe, dass es sinnvoll sei, die Richtlinien durch eine einzige Richtlinie zu ersetzen. Dabei wird die den älteren Richtlinien zugrunde liegende Mindestharmonisierung zugunsten einer Vollharmonisierung aufgegeben, Erwägungsgrund 2 der VRRL.

Der Anbieter muss zunächst seine Identität offen legen (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 EGBGB), beispielsweise seinen Handelsnamen sowie die Anschrift des Ortes, an dem er niedergelassen ist, seine Telefonnummer und E-Mail-Adresse, ggf. Informationen über die Identität von gewerblich tätigen Personen, mit denen der Verbraucher zu tun haben wird, und die Eigenschaft, in der diese Personen gegenüber dem Verbraucher tätig werden. Ähnliche und damit korrespondierende Pflichtangaben ergeben sich auch aus § 5 TMG. Auch nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TMG ist die Identität anzugeben. Über Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 EGBGB hinaus verlangt aber § 5 Abs. 1 Nr. 3 bis 7 TMG weitere Angaben, die ebenso offenzulegen sind, wie etwa Informationen über behördliche Zulassungen, wenn sie denn erforderlich sind, sowie Angaben zu zuständigen Aufsichtsbehörden, Informationen über die Berufsbezeichnung und die Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen und dazu, wie sie zugänglich sind, die Umsatzsteuer- oder die Wirtschafts-Identifikationsnummer sowie Angaben über Abwicklung oder Liquidation bei AG, KGaA und GmbH.

Der Anbieter hat nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, 11, 12 EGBGB bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen die Vertragsmindestlaufzeit der Verpflichtungen, die der Verbraucher mit dem Vertrag eingeht, sowie die Bedingungen der Kündigung und den Preis unbefristeter Verträge oder sich automatisch verlängernder Verträge anzugeben. Diese Regelungen stellen vor allem auf Verträge mit dauerhaften Leistungspflichten ab, bei denen während der Laufzeit ständig neue Leistungspflichten entstehen. In der Regel sind aber Dauerschuldverhältnisse, wie Miete, Pacht oder Leasing, nicht Gegenstand einer Online-Auktion, sodass diese Regelungen bei Online-Auktionen nur von sehr beschränkter Relevanz sind (z.B. bei einem Zeitungsabonnement).

Nach § 312j Abs. 1 BGB (analog: § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EGBGB)⁶⁴⁶ ist der Unternehmer zur Mitteilung verpflichtet, wenn er sich vorbehält, die versprochene Leistung im Fall der Nichtverfügbarkeit nicht oder stattdessen eine gleichwertige Leistung zu erbringen. Das ist etwa der Fall, wenn sich der Anbieter vorbehält, eine gleichwertige Ware eines anderen Herstellers oder in einer anderen Farbe zu liefern. Ein solcher Vorbehalt würde zwar im Ergebnis zu einem sehr zurückhaltenden Kaufinteresse bei Bietern im Rahmen einer Online-Auktion führen, kommt aber in der Praxis dennoch vor.

Nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EGBGB muss der Verbraucher darauf hingewiesen werden, wenn ihm durch die Nutzung von Fern-

⁶⁴⁶ Härtling, Internetrecht, Rdn. 900.

kommunikationsmitteln zusätzliche Kosten entstehen. Da dem Bieter bei der Nutzung einer Marktplattform, über den üblichen Grundtarif seiner Internetverbindung hinaus, keine Kosten entstehen können, insbesondere weil der Anbieter keinerlei Kosten für die Nutzung in Rechnung stellen kann, ist ein derartiger Hinweis bei Online-Auktionen nicht erforderlich.

Der Unternehmer muss des Weiteren nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EGBGB über die Einzelheiten der Zahlungs- und Leistungsbedingungen sowie den Liefertermin informieren. Die Information über die Zahlungsbedingungen umfasst einen Hinweis über die Art der Zahlungsmöglichkeiten und die Fälligkeit der Forderung. Diese Pflicht ist bei Online-Auktionen erfüllt, wenn bei Einstellen des Artikels auf verschiedene Zahlungsmöglichkeiten, wie z.B. „Überweisung“ oder „PayPal“, hingewiesen wird. Die Informationen über die Leistungsbedingungen sind erfüllt, wenn der Anbieter etwa darauf hinweist, dass der Zahlungseingang binnen sieben Tagen erfolgen muss. Auch die Informationspflicht über die Lieferungsbedingungen ist erfüllt, wenn der Anbieter angibt, wann seine Leistung fällig ist, beispielsweise durch die Angaben „Lieferung unmittelbar nach Zahlungseingang“ oder „Selbstabholung“.

Der Verbraucher muss ferner nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 EGBGB über das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts informiert werden. Zwar schweigt die Vorschrift zu der Frage, ob ein Verweis auf die gesetzlichen Regelungen reicht oder der Unternehmer über den Inhalt dieser Regelungen informieren muss. Nach zutreffender Auffassung soll aber ein Hinweis auf die gesetzlichen Paragraphen als ausreichend erachtet werden, weil vom Unternehmer nicht erwartet werden kann, dass er den Inhalt dieser Rechte besser beschreibt als der Gesetzgeber, solange der Unternehmer von den gesetzlichen Regelungen nicht abweicht.⁶⁴⁷

Des Weiteren muss der Unternehmer den Verbraucher gemäß § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EGBGB über Kundendienst und Kundendienstleistungen informieren. Davon umfasst sind etwa die Informationen über Wartungs-, Instandhaltungs-, Betreuungs- und Reparaturverpflichtungen.⁶⁴⁸ Anzugeben sind nicht sämtliche vom Unternehmer angebotenen Kundendienste, sondern nur die aufgrund des konkreten Vertrages geschuldeten.⁶⁴⁹ Nach dieser Vorschrift soll der Verbraucher darüber hinaus auch über die Garantiebedingungen informiert werden.

⁶⁴⁷ Vgl. BGH GRUR 2008, 532 (Rdn. 35) – *Umsatzsteuerhinweis*; Thüsing, in: Staudinger, BGB, § 312c (2012) Rdn. 132; a.A. Wendehorst, in: MüKo-BGB, § 312c Rdn. 66.

⁶⁴⁸ Thüsing, in: Staudinger, BGB, § 312c (2012) Rdn. 131.

⁶⁴⁹ Thüsing, in: Staudinger, BGB, § 312c (2012) Rdn. 131; a.A. Wendehorst, in: MüKo-BGB, § 312c Rdn. 65.

Nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 EGBGB muss der Verbraucher weiter auf die Sicherheiten (z.B. Kautions), die der Unternehmer verlangen kann, hingewiesen werden. Nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 16 EGBGB sind ferner alle Angaben zu außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren offenzulegen.

Schließlich muss der Verbraucher selbstverständlich über die wesentlichen Eigenschaften der Ware (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB), u.a. über die Funktionsweise digitaler Inhalte sowie zu wesentlichen Beschränkungen der Interoperabilität und Kompatibilität digitaler Inhalte mit Hard- und Software (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 14 und 15 EGBGB) sowie über den Gesamtpreis einschließlich aller Steuern und Abgaben und ggf. alle zusätzlichen Liefer- und Versandkosten (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB) informiert werden. Die Verpflichtung zur Angabe eines Gesamtpreises, welcher die Umsatzsteuer enthält, ergibt sich schon aus § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV. § 2 PAngV enthält die Pflicht zur Angabe eines Grundpreises.

Der Verbraucher muss ferner über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Widerrufsrechts sowie über die Einzelheiten der Ausübung und die Frist⁶⁵⁰ des Widerrufsrechts informiert werden (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 EGBGB).⁶⁵¹ Diese Informationspflicht ist nach Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB in jedem Fall erfüllt, wenn das Muster für die Widerrufsbelehrung in der Anlage 1 zu Art. 246 § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB zutreffend ausgefüllt in Textform dem Verbraucher vor

⁶⁵⁰ Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage (§ 355 Abs. 2 BGB). Voraussetzung ist, dass vorvertraglich gemäß § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB richtig über das bestehende Widerrufsrecht informiert wurde (§ 356 Abs. 3 Satz 1 BGB) und der Verbraucher die Ware erhalten hat, § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB. Erfolgt gar keine oder eine fehlerhafte vorvertragliche Belehrung, so endet das Widerrufsrecht dennoch 1 Jahr und 14 Tage nach Lieferung der Ware (§ 356 Abs. 3 Satz 2 BGB i.V.m. 356 Abs. 2 BGB). Die vorvertragliche Belehrung ist also – anders als nach dem bis zum 13.6.2014 geltenden Recht – für den Beginn der Widerrufsfrist entscheidend, weil bisher die Frist nur dann in Gang gesetzt wurde, wenn der Verbraucher die Belehrung nachvertraglich in Textform erhält. Die Belehrung über das Widerrufsrecht ist für den Fristbeginn folglich nur für den Lauf des kurzen Widerrufsrechts von 14 Tagen entscheidend. Das bedeutet, dass die Widerrufsfrist auch im Fall der nur nachvertraglichen Belehrung immer 14 Tage beträgt. Die Frist beginnt aber mit Zugang dieser Belehrung auf einem dauerhaften Datenträger zu laufen. Die bisherige undurchsichtige und kaum nachvollziehbare Staffelung im deutschen Recht (14 Tage, ein Monat, sechs Monate, unendlich) gehört damit der Vergangenheit an, zum alten Recht ausführlich *Härtling*, Internetrecht, Rdn. 1008 ff.

⁶⁵¹ Die Rechtsfolgen des widerrufenen Fernabsatzvertrages über Waren werden nicht ausdrücklich erwähnt. Dies umfasst die Pflichten aus § 357 Abs. 1 (Zurückgewähren der Leistung innerhalb von 14 Tagen), Abs. 2 (keine Rückerstattung für Versandkosten, weil eine Versandart gewählt wurde, die von der günstigsten Standardlieferung abweicht), Abs. 4 (Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers), Abs. 5 (keine Pflicht zur Zurücksendung, wenn Abholung vom Unternehmer angeboten) und Abs. 7 (Pflicht zum Wertersatz für den Verlust der Ware). Fraglich ist, ob diese Widerrufsfolgen Teil der „Bedingungen“ sind, über die nach Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB informiert werden muss, dafür *Schmidt/Brönneke*, VuR 2013, 448 (451 f.); dagegen *Buchmann*, K&R 2014, 221 (223 f.).

Abgabe seiner Vertragserklärung übermittelt wird.⁶⁵² Diese Wirkung kann eine in Umsetzung der Musterbelehrung gestaltete Widerrufsbelehrung allerdings nur entfalten, wenn die den Mustertexten in Fußnoten beigefügten amtlichen Anmerkungen genau beachtet werden.⁶⁵³ Änderungen der Texte lassen die Privilegierungen durch Art. 246 § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB entfallen, wenn sich die Änderungen nicht auf Format und Schriftgröße sowie auf Zusätze wie Firmenangaben oder ein Unternehmenskennzeichen beschränken.⁶⁵⁴ Zulässig ist es ferner, dem Mustertext die Überschrift voranzustellen: „Verbraucher haben das folgende Widerrufsrecht.“⁶⁵⁵

bb) Nachvertragliche Informationspflichten

Nach § 312f Abs. 2 Satz 1 BGB ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher die Informationen spätestens bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages, bei Waren spätestens bei Lieferung, in Textform zukommen zu lassen. Zu den nachvertraglichen Pflichtangaben gehören sämtliche Informationen, die in § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-16, Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 EGBGB aufgeführt werden, also sämtliche vorvertraglichen Informationen. Während die vorvertraglichen Informationspflichten formfrei sind (Art. 246a § 4 Abs. 3 Satz 1 EGBGB), ist für die nachvertraglichen Informationen Textform (§ 126b BGB) vorgeschrieben (§ 312f Abs. 2 Satz 1 BGB),⁶⁵⁶ weil sie in erster Linie dazu dienen, dass der Verbraucher nach Vertrags-

⁶⁵² Dabei handelt es sich um eine „kann“ Vorschrift, der Unternehmer ist nach dieser Norm folglich nicht dazu verpflichtet.

⁶⁵³ BGH NJW 2011, 1061 (Rdn. 15) – *Anforderungen an die formelle Gestaltung einer Widerrufsbelehrung*; BGH NJW 2012, 3298 (Rdn. 10) – *Wirksamkeit der Widerrufsbelehrung nach dem Muster der BGB-InfoV*; BGH NJW-RR 2012, 183 (Rdn. 37) – *Formularmäßige Verwendung einer textlich von der Musterbelehrung abweichenden Widerrufsbelehrung*; BGH NZG 2012, 427 (Rdn. 17) – *Keine Vermittlungsprovision nach wirksam widerrufenen Vermittlungsgebührenvereinbarung*; BGH NJW 2014, 2022 (Rdn. 15) – *Kein Schutz des AGB-Verwenders bei individueller Anpassung der Widerrufsbelehrung*.

⁶⁵⁴ Z.B. BGH NJW 2011, 1061 (Rdn. 17) – *Anforderungen an die formelle Gestaltung einer Widerrufsbelehrung*; BGH NJW 2014, 2022 (Rdn. 13) – *Kein Schutz des AGB-Verwenders bei individueller Anpassung der Widerrufsbelehrung*.

⁶⁵⁵ BGH GRUR 2012, 643 (Rdn. 23 ff.) – *Überschrift zur Widerrufsbelehrung*.

⁶⁵⁶ Nach § 126b BGB kommt der Unternehmer seinen nachvertraglichen Informationspflichten nach, wenn dem Verbraucher ein dauerhafter Datenträger zur Verfügung gestellt wird. Das ist ein Wendepunkt im Rahmen des Verbraucherschutzes, weil die herrschende Meinung bis 13.6.2014 aufgrund des Wortlauts des § 126b BGB a.F. davon ausging, dass, wenn der Verbraucher tatsächlich die Pflichtangaben ausdrucken kann, kein Zweifel daran bestehen kann, dass eine Mitteilung in Textform vorliegt, die den Anforderungen des § 126b BGB a.F. genügt. Solange allerdings kein Download und kein Ausdruck erfolgen, fehlt es an einer pflichtgemäßen nachvertraglichen Belehrung, vgl. KG MMR 2007, 185 (186) – *Dauer des Widerrufsrechts bei eBay-Auktion*; OLG Köln MMR 2007, 713 (715) – *Widerrufsfrist bei eBay und Wirksamkeit der Muster-Widerrufsbelehrung*; OLG Stuttgart MMR 2008, 616 (617) – *Verbraucherbelehrung auf „Mich“-Seite von eBay*. In seiner „Holzhocker“-Entscheidung hat der BGH dennoch die Auffassung vertreten, dass die dem Verbraucher nachvertraglich zu erteilenden Informationen nicht nur vom Unternehmer in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise abgegeben werden, sondern auch dem Verbraucher in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise zugehen. Die bloße Möglichkeit des Downloads reiche somit nicht aus, BGH GRUR 2010, 1142 (Rdn. 19). Der Gesetzgeber hat damit durch die Neuregelung von § 126b BGB die Auffassung des BGB bestätigt.

abschluss jederzeit darüber informiert sein soll, mit wem über welches Produkt ein Vertrag abgeschlossen wurde.⁶⁵⁷

cc) Informationspflichten im E-Commerce

§ 312i Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246c EGBGB regelt die Verpflichtungen des Unternehmers im elektronischen Geschäftsverkehr.

Nach Art. 246c Nr. 1 EGBGB muss der Verbraucher über die technischen Schritte informiert werden, welche zu einem Vertragsabschluss führen. Im Rahmen von Online-Auktionen bedeutet dies, dass der Bieter insbesondere darauf hingewiesen werden muss, dass er durch Anklicken des Buttons „Gebot abgeben“ eine rechtlich verbindliche Willenserklärung in Form der Annahme abgibt, durch welche der Vertrag zustande kommen kann, wenn er der Höchstbietende sein sollte. Nach Art. 246c Nr. 2 EGBGB sind ferner Informationen darüber bereitzuhalten, wie die Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB bei Vertragsschluss abgerufen und in wiedergabefähiger Form gespeichert werden. Nach Art. 246c Nr. 3 EGBGB muss der Verbraucher darüber informiert werden, wie er mit den zur Verfügung gestellten technischen Mitteln Eingabefehler der Bestellung erkennen und berichtigen kann. Wenn der Anbieter für den Vertragsschluss mehrere Sprachen zur Verfügung stellt, muss er gemäß Art. 246c Nr. 4 EGBGB den Verbraucher über diese Möglichkeit informieren. Wenn sich der Unternehmer einem Verhaltenskodex unterworfen hat, muss er den Verbraucher gemäß § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 EGBGB auf diesen und auf die Möglichkeit des elektronischen Zugangs zu diesem hinweisen, Art. 246c Nr. 5 EGBGB.

Des Weiteren muss der Unternehmer dem Verbraucher nach § 312i Abs. 1 Nr. 3 BGB nach dem Zugang der Bestellung unverzüglich eine elektronische Bestellbestätigung senden. Folgt man dieser Vorschrift wörtlich, so soll bei einer Online-Auktion der Unternehmer als Anbieter jedes einzelne Gebot eines Bieters bestätigen. Nach zutreffender Auffassung ist es aber ausreichend, wenn lediglich eine Bestätigung an den nach Zeitablauf Höchstbietenden erfolgt.⁶⁵⁸

⁶⁵⁷ Die nachvertraglichen irreführenden Angaben sind nicht mit den nachvertraglichen Informationspflichten zu verwechseln, siehe auch Fn. 429.

⁶⁵⁸ Kaestner/Tews, WRP 2004, 509 (513).

c) Strafrechtliche Relevanz der Informationspflichtverletzung

All diese Informationen dienen dem Schutz des Verbrauchers. Sie reglementieren die Verbrauchererwartungen und sind daher materiell dem Wettbewerbsrecht zuzuordnen. Diese Aussage ist der Ausgangspunkt der folgenden Untersuchung. Sie liefert allerdings noch keine Antwort darauf, ob und inwieweit die Verletzung dieser Informationspflichten eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG auslösen kann. Um diese schwierige Frage beantworten zu können, soll sie – aus strafrechtlicher Sicht – in dreierlei Hinsicht präzisiert werden.

(1) Zunächst ist auf die Frage einzugehen, unter welchen Umständen man davon ausgehen kann, dass die Pflichtinformationen dem Verbraucher in ausreichendem Maß zur Verfügung gestellt werden. Hinter dieser Frage steht der Grundsatz, dass, wenn der Verbraucher die angegebenen Informationen problemlos aufnehmen kann, sich das Informationsrisiko zu Lasten des Verbrauchers selbst verschiebt, weil es keine Rolle spielt, ob er die Informationen tatsächlich wahrnimmt. Es kommt lediglich darauf an, ob der Werbende seinen Informationspflichten nachkommt.

(2) Zweitens ist zu untersuchen, in welchem Verhältnis der Tatbestand des Vorsprungs durch Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG) zu den Irreführungsverbotstatbeständen des UWG (§§ 5, 5a UWG) steht. Denn im Wettbewerbszivilrecht spielen die Überschneidungen zwischen den Fallgruppen des § 4 Nr. 11 UWG und dem Irreführungsverbot zwar kaum eine Rolle, die Konkurrenz zwischen diesen Tatbeständen ist aber für das Wettbewerbsstrafrecht ausschlaggebend, da nicht jeder Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG als eine Irreführung i.S.d. §§ 5, 16 Abs. 1 UWG qualifiziert werden kann.

(3) Schließlich ist das Binnenverhältnis der §§ 5, 5a UWG zu zeigen. Denn das „Vorenthalten“ der Informationen, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich des Kommunikationsmittels wesentlich und damit geeignet sind, die Entscheidungsfähigkeit des Verbrauchers zu beeinflussen, ist im geltenden Recht Gegenstand von § 5a Abs. 2-4 UWG. Sie machen deutlich, dass irreführend in ihrem Anwendungsbereich nicht nur ein sog. „sprechendes Schweigen“ sein kann, bei dem die fehlende Information eine konkrete Fehlvorstellung hervorruft, sondern auch „echtes Schweigen“, d.h. das bloße Fehlen von Informationen, über die sich der Verkehr keine Gedanken macht. Um die Anwendungsbereiche der §§ 5, 5a UWG zu bestimmen, stellt man im Wettbewerbszivilrecht nur die folgende Frage: „Ergänzt der Verkehr die geschäftliche Handlung nur im negativen Sinne um scheinbar fehlende Bestandteile? Dann liegt ein ‚Vorenthalten‘ von Informationen im Sinne des § 5a UWG vor. Oder ist die Fehlvorstellung durch die gemachten Angaben entstanden und besteht das ‚Unterlassen‘ nur darin, dass sie nicht

ausgeräumt wird? Dann ist § 5 UWG einschlägig, denn die Irreführung ist auf positives Tun des Unternehmens zurückzuführen.“⁶⁵⁹ Diese Frage greift aber im Wettbewerbsstrafrecht zu kurz, weil – auch wenn eine Haftung für eine Unterlassung im Rahmen des zivilrechtlichen Irreführungsverbots nur dann in Betracht kommt, wenn eine Aufklärungspflicht besteht, welche aber in der Rechtsprechung letztendlich fast ausnahmslos angenommen wird – § 16 Abs. 1 UWG durch Unterlassen nur dann begangen werden kann, wenn dem Werbenden eine Garantenstellung zukommt, deren Bejahung im Strafrecht an höhere Voraussetzungen angeknüpft ist als im Wettbewerbszivilrecht. Demzufolge könnten die Voraussetzungen für eine Garantenstellung zwar beim sprechenden Schweigen erfüllt sein, i.d.R. nicht aber beim echten Schweigen. Denn § 16 Abs. 1 UWG ist in seiner Unterlassungsvariante grundsätzlich kein echtes Unterlassungs-, sondern ein Garantenunterlassungsdelikt. Es ist deshalb zu zeigen, dass § 5a Abs. 2-4 UWG zwar von Irreführung durch Unterlassen spricht, die Vorschrift sich dogmatisch aber mehr dem Rechtsbruchtatbestand nähert als der Irreführung.

aa) Platzierung der Informationen

Zunächst stellt sich die Frage, wie diese über 20, exemplarisch aufgelisteten Pflichtinformationen auf der Webseite platziert werden müssen.

Der Gesetzgeber schreibt lediglich vor, dass die Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar sein sollen (§ 5 Abs. 1 TMG, Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB). Zur praktisch wichtigen Frage nach der technischen Ausgestaltung schweigt sich der Gesetzgeber allerdings aus. Grund dafür wird sein, dass die Frage, ob eine Information klar und verständlich zur Verfügung gestellt wird, nicht für alle Informationen gleich beantwortet werden kann. Während es bei einigen Informationen um die sog. Impressumspflicht geht, betreffen andere die Produkteigenschaften, bspw. den Preis des Versteigerungsgegenstands, oder das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Dennoch kann man aus der bisherigen Praxis einige Anhaltspunkte entnehmen, wie der Anbieter den gesetzlichen Anforderungen unter Einhaltung der technischen Gegebenheiten des Internets nachkommen kann.

Die leichte Erkennbarkeit bzw. Erreichbarkeit der Informationen kann unproblematisch bejaht werden, wenn der Zugriff auf die Angaben ohne wesentliche Zwischenschritte möglich ist. Das ist der Fall, wenn der Anbieter bei seinem Auftritt bei einer Online-Auktion die Informationen unmittelbar neben der Warenbeschreibung platziert. Diese Vorgehensweise ist aber für den Verbraucher wenig hilfreich, weil sie konsequenterweise zu einer unübersichtlichen Menge von Informationen führt. Die Überfrachtung der Web-

⁶⁵⁹ Z.B. Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5a Rdn. 28.

seite mit Informationen erschwert eine optimale grafische Gestaltung der Seite. Dies führt dazu, dass durch einen „informational overkill“ der Verbraucher nicht mehr in der Lage ist, die für ihn tatsächlich zentralen Informationen zu selektieren.⁶⁶⁰

Daher ist es erforderlich und ausreichend, wenn die Informationen via Link bereitgehalten werden, da die Bereitstellung von Links zum Abruf von Informationen dem gängigen Aufbau von Webseiten entspricht und jedem Verbraucher bekannt ist.⁶⁶¹ Auch aus den gesetzlichen Bestimmungen lässt sich nicht entnehmen, dass die Informationspflicht auf jeder einzelnen Webseite oder bei Online-Auktionen neben der Warenbeschreibung erfüllt werden muss. Der Link muss aber als solcher gekennzeichnet und zutreffend beschrieben sein, sodass sich zweifelsfrei ergibt, welche Informationen sich auf der verlinkten Seite befinden.⁶⁶² In solch einem Fall hat das KG entschieden, dass ein eBay-Mitglied dann nicht gegen seine Impressumspflicht verstößt, wenn die Angaben auf einer so genannten „Mich“-Seite hinterlegt werden und der Bieter mit einem Klick auf die Schaltfläche „mich“ dorthin gelangen kann.⁶⁶³

Der BGH ging sogar noch einen Schritt weiter und verlangte vom Durchschnittsverbraucher, auch nicht sofort ins Auge springende Angaben wahrzunehmen. Nach Auffassung des BGH können die Informationen über Anbieter selbst dann als klar und unmittelbar erreichbar qualifiziert werden, wenn der Verbraucher nicht schon über einen Link, sondern erst über zwei Links zu den benötigten Informationen gelangt.⁶⁶⁴ Ausreichend ist also, wenn der Verbraucher über einen ersten Link auf die Homepage des Anbieters gelangt und dort dann einen Link findet, über den die Pflichtangaben zum Anbieter aufgerufen werden können, solange er nicht erst zwischen verschiedenen Links eine Auswahl treffen oder mehrere Links anklicken muss, weil diese nicht eindeutig sind. An der unmittelbaren Erreichbarkeit fehlt es nämlich nicht schon dann, wenn ein Nutzer nach einem Impressum suchen muss und ihm eine gewisse eigene Aktivität abverlangt wird.⁶⁶⁵

Dazu, wie der Link zu bezeichnen ist, bestehen ebenso keine ausdrücklichen gesetzlichen Vorgaben. Der Anbieter befindet sich jedoch auf der sicheren Seite, wenn er Benennungen wie „Impressum“, „Kontakt“, „Mich“, „Über mich“, „Anbieterkennzeichnung“ oder „Anbietererkennung“ gebraucht, da ein Durchschnittsverbraucher hinter genau solchen

⁶⁶⁰ Hoenike/Hülsdunk, MMR 2002, 415 (417).

⁶⁶¹ Statt vieler BGH GRUR 2014, 94 (Rdn. 17) – *Pflichtangaben im Internet*.

⁶⁶² Vgl. nur BGH GRUR 2014, 94 (Rdn. 17 ff.) – *Pflichtangaben im Internet*.

⁶⁶³ KG K&R 2007, 406 (406) – *Anbieterkennzeichnung über zwei Links*.

⁶⁶⁴ BGH GRUR 2007, 159 (Rdn. 23) – *Anbieterkennzeichnung im Internet*.

⁶⁶⁵ Ott, WRP 2003, 945 (948).

Begriffen Informationen über den jeweiligen Anbieter erwartet.⁶⁶⁶ Zutreffend hat das OLG Hamburg es dagegen als nicht genügend angesehen, das Impressum hinter einem mit „Backstage“ beschriebenen Link aufrufbar zu halten, weil das aus der Musikszene bekannte Wort nicht auf die für eine Kontaktaufnahme notwendigen Informationen hindeutet.⁶⁶⁷

Das zur Impressumspflicht Ausgeführte trifft allerdings nicht in vollem Umfang auf die produktspezifischen Angaben bzw. auf das Widerrufsrecht des Verbrauchers zu, denn der Preis, die Beschreibung der wesentlichen Merkmale des Versteigerungsgegenstands sowie die gesetzlich garantierten Rechte müssen sich soweit wie möglich unmittelbar bei der Produktpräsentation befinden. Das bedeutet aber nicht, dass das Bereithalten der Pflichtangaben über einen „entsprechenden“ Link unzulässig ist. Ganz im Gegenteil hat der BGH mehrmals klargestellt, dass der Verbraucher durchaus in der Lage sei, derartige elektronische Verweise zu erkennen.⁶⁶⁸ In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, dass im Umkehrschluss hieraus wiederum nicht zu entnehmen ist, dass der Verbraucher als Internet-Nutzer zur Information über die wesentlichen Merkmale eines ihn interessierenden Kaufgegenstandes immer die gesamten Internet-Seiten des Anbieters zur Kenntnis nimmt. Von ihm wird nur erwartet, diejenigen Seiten aufzurufen, die er zur Information über die von ihm gewünschte Ware benötigt oder zu denen er durch Verweise aufgrund einfacher elektronischer Verknüpfungen oder durch klare und unmissverständliche Hinweise geleitet wird.⁶⁶⁹ Das ist nur dann der Fall, wenn die Informationen bzw. die Links, die zu diesen Informationen führen, je nach Art der Information an passender Stelle integriert werden, und zwar dort, wo ein Durchschnittsverbraucher sie typischerweise erwartet.⁶⁷⁰ Auch ein Durchschnittsverbraucher rechnet nicht damit, dass er unter „Impressum“ Informationen über die Produkteigenschaften oder in der Bezeichnung „mehr Info“ oder „Service“ weitere Preisbestandteile finden kann.⁶⁷¹ Das OLG Hamm verdient daher Zustimmung, wenn es die Belehrung des Verbrauchers über das Widerrufsrecht als kauf-

⁶⁶⁶ BGH GRUR 2007, 159 (Rdn. 20) – *Anbieterkennzeichnung im Internet*; Föhlisch, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 13.4 (2012) Rdn. 76; vgl. auch Mankowski, in: Fezer-UWG, § 4-S12, Rdn. 175; a.A. Wendehorst, in: MüKo-BGB, § 312c Rdn. 80.

⁶⁶⁷ OLG Hamburg MMR 2003, 105 (105 f.) – *Impressums- und Kennzeichnungspflichten*; a.A. Klute, MMR 2003, 107 (108).

⁶⁶⁸ BGH GRUR 2007, 159 (Rdn. 21) – *Anbieterkennzeichnung im Internet*; BGH GRUR 2008, 84 (Rdn. 30) – *Versandkosten*; BGH GRUR 2014, 94 (Rdn. 17) – *Pflichtangaben im Internet*; BGH GRUR 2014, 298 (Rdn. 31) – *Runes of Magic*.

⁶⁶⁹ Statt vieler BGH GRUR 2014, 298 (Rdn. 31) – *Runes of Magic*. Die Aufklärung nur über den sog. *Mouseover-Effekt* ist daher generell als unzureichend anzusehen, weil es vom Zufall abhängt, ob der Bieter den Link überhaupt wahrnimmt, ebenso OLG Frankfurt a.M. K&R 2011, 414 (415) – *irreführende Werbung trotz Aufklärungszusatz mittels „Mouseover-Effekt“*; LG Hamburg MMR 2014, 612 (612) – *Versandkosten-Anzeigen bei Google Shopping*.

⁶⁷⁰ Föhlisch, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 13.4 (2012) Rdn. 85.

⁶⁷¹ Vgl. nur Föhlisch, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 13.4 (2012) Rdn. 89.

und nicht verkäuferbezogen einstuft und die Auffassung vertritt, dass der Durchschnittsverbraucher nicht auf die Idee komme, auf den Link „mich“ zu klicken, wenn er sich über das Widerrufsrecht informieren will.⁶⁷² Nach zutreffender Ansicht des LG Berlin reicht der Button „Rechtsbelehrung“ als Hinweis auf die Widerrufsinformation nicht aus, da eine Vielzahl von Rechten denkbar sei, über die der Händler belehren könnte.⁶⁷³

Unabhängig von der Bezeichnung des Links lautet eine andere Frage, ob der Anbieter seine Informationspflicht in einem Fall erfüllt, in dem die Informationen erst dann sichtbar sind, wenn der Verbraucher den Bildschirm nach rechts scrollen muss, um an die Informationen zu gelangen. Das OLG Hamburg hält dies für unzureichend.⁶⁷⁴ Es ist aber einem Durchschnittsverbraucher keinesfalls eine unzumutbare Aufgabe, den Bildschirm zu scrollen.⁶⁷⁵ Die Frage wird aber komplizierter, wenn es um sog. „Scrollboxen“ geht. Das OLG Frankfurt a.M. hat entschieden, dass eine in einer *kleinen* Scrollbox untergebrachte Widerrufsbelehrung den gesetzlichen Anforderungen an Klarheit und Verständlichkeit nicht gerecht wird.⁶⁷⁶ Das Gericht verdient volle Zustimmung, weil in dem vorliegenden Fall lediglich zwei bzw. maximal drei Zeilen der Widerrufsbelehrung sichtbar waren. Dadurch wird unzweifelhaft die Verständlichkeit der Belehrung selbst für einen mit dem Scrollen vertrauten Nutzer in einer mit dem Zweck der Informationspflichten nicht mehr zu vereinbarenden Weise beeinträchtigt. Anders zu beurteilen ist es aber, wenn der Verbraucher gleichzeitig sechs Zeilen des Textes lesen kann, weil er den Text hier so gut wahrnehmen kann wie auf einer Seite ohne Scrollbox.⁶⁷⁷ Wiederum anders zu beurteilen sind die Fälle, in denen der Verbraucher vor dem Erreichen der Widerrufsbelehrung umfangreich scrollen und dann ein doppelter Link betätigt werden muss.⁶⁷⁸ Zwar ist die Rechtsprechung des BGH, wonach die Voraussetzungen für eine unmittelbare Erreichbarkeit der Anbieterkennzeichnung bei der Erreichbarkeit über zwei Links erfüllt seien, ohne weiteres auf die Widerrufsbelehrung übertragbar.⁶⁷⁹ Es darf aber nicht außer Acht bleiben, dass die Beschaffung von Informationen dem Verbraucher in der Regel Aufwand

⁶⁷² OLG Hamm MMR 2005, 540 (541) – *Widerrufsbelehrung in eBay-Angebot unter „mich“*; ebenso OLG Jena GRUR-RR 2006, 283 (284) – *Pflichtangaben und Widerrufsbelehrung in Internetplattform*.

⁶⁷³ LG Berlin, Beschluss vom 9.10.2007 - 15 S 5/07 (unveröffentlicht, zitiert nach *Föhlisch*, in: Hoyer/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 13.4 (2012) Rdn. 89). Siehe auch OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2007, 56 (56) – *sprechender Link*: „Die Widerrufsbelehrung hat vielmehr auch den Zweck, den Käufer darüber zu informieren, dass ihm überhaupt ein Widerrufsrecht zusteht. Diesen Zweck kann ein Link nur erfüllen, wenn seine Kennzeichnung bereits erkennen lässt, dass Informationen über ein Widerrufsrecht aufgerufen werden können.“

⁶⁷⁴ OLG Hamburg MMR 2003, 105 (105) – *Impressums- und Kennzeichnungspflichten*.

⁶⁷⁵ BGH GRUR 2014, 94 (Rdn. 18) – *Pflichtangaben im Internet*; BGH GRUR 2014, 298 (Rdn. 31) – *Runes of Magic*.

⁶⁷⁶ OLG Frankfurt a.M. MMR 2007, 603 (603) – *Widerrufsbelehrung in einer Scrollbox*.

⁶⁷⁷ Ebenso LG Frankfurt a.M. BeckRS 2009, 19470.

⁶⁷⁸ OLG Brandenburg JurionRS 2006, 20297 (Rdn. 20) – *Vorliegen eines Wettbewerbsverstößes aufgrund eines Verstößes gegen die Informationspflicht im Rahmen einer Präsentation bei eBay*.

⁶⁷⁹ Ebenso LG Lübeck MMR 2008, 554 (555) – *Informationspflichten eines eBay-Shops*.

und Mühen verursacht. Aufwand und Mühen dürfen aber nicht so groß sein, dass diese letztendlich zum einen Verzicht auf die Informationserlangung führen. Von einem Durchschnittsverbraucher wird lediglich verlangt, einem gut erkennbaren Link nachzugehen. Ein langes Suchen – insbesondere wie im entschiedenen Fall, ohne zu wissen, welche Informationen sich im unteren Teil der Seite befinden – schadet also auf jedem Fall dem Zweck des Verbraucherleitbildes, der in einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Marktteilnehmern besteht.

Obwohl PAngV weitaus strengere Vorgaben enthält, wie Preisangaben zu gestalten sind, gilt das bisher Ausgeführte in entsprechender Weise auch für Angaben zum Preis der Ware. Denn § 4 Abs. 4 PAngV schreibt zwar für Waren, die auf Bildschirmen angeboten werden, vor, dass der Gesamtpreis (worunter die Preise zu verstehen sind, die einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile zu zahlen sind) unmittelbar bei den Abbildungen oder Beschreibungen der Waren angegeben werden muss. Der BGH hat aber entschieden, dass der Anbieter eines Reservierungssystems nicht gegen die §§ 1 Abs. 1 Satz 1, 1 Abs. 6 PAngV verstößt, wenn das System bei der erstmaligen Preisanzeige nicht bereits den Endpreis angibt, sondern dieser erst bei fortlaufender Eingabe in das Reservierungssystem ermittelt wird, wenn der Verbraucher hierauf zuvor klar und unmissverständlich hingewiesen wird.⁶⁸⁰

Auch im Rahmen von § 1 Abs. 2 PAngV hat der BGH einen weniger strengen Weg verfolgt. Nach dieser Vorschrift ist in einem Fernabsatzvertrages neben dem Gesamtpreis zusätzlich anzugeben, dass der für eine Ware oder Leistung geforderte Preis die Umsatzsteuer und sonstige Preisbestandteile enthält und ob zusätzlich Liefer- und Versandkosten anfallen. Nach Auffassung des BGH lässt sich dieser Vorschrift aber nicht entnehmen, dass diese Angaben unmittelbar neben dem Einzelpreis zu platzieren sind. Gegen die Pflicht des § 1 Abs. 2 PAngV wird daher nicht schon verstoßen, wenn auf einer Internetseite nicht bereits neben der Abbildung einer Ware darauf hingewiesen wird, dass der Preis die Umsatzsteuer enthält und zusätzlich zu dem Preis Liefer- und Versandkosten anfallen. Den Verbrauchern ist bekannt, dass im Versandhandel neben dem Endpreis üblicherweise Liefer- und Versandkosten anfallen; sie gehen selbstverständlich davon aus, dass die angegebenen Preise die Umsatzsteuer enthalten. Es kann deshalb genügen, wenn die durch § 1 Abs. 2 PAngV geforderten Angaben alsbald sowie leicht erkennbar und gut wahrnehmbar auf einer gesonderten Internetseite via Links gemacht werden.⁶⁸¹

⁶⁸⁰ BGH GRUR 2003, 889 (890) – *Internet-Reservierungssystem*.

⁶⁸¹ BGH GRUR 2008, 84 (Rdn. 29) – *Versandkosten*; siehe auch BGH GRUR 2008, 532 (Rdn. 23) – *Umsatzsteuerhinweis*; BGH GRUR 2010, 248 (Rdn. 27) – *Kamerakauf im Internet*.

Nach Auffassung des BGH ist aber für die Angabe des Grundpreises (§ 2 PAngV) neben dem Gesamtpreis eine strengere Beurteilung geboten. Auch im Internet ist es nicht ausreichend, wenn der Verbraucher den Grundpreis erst auf einer weiteren Produktdetailsseite angezeigt bekommt.⁶⁸² Unzulässig ist deshalb die Grundpreisangabe innerhalb der Artikelbeschreibung, weil ein Durchschnittsverbraucher nicht damit rechnet, in der Artikelüberschrift zusätzliche Preisinformationen zu finden.⁶⁸³

Es ist also festzuhalten, dass die Erreichbarkeit der Informationen über Links genügt, weil der Durchschnittsverbraucher bei entsprechender Benennung der Links unmittelbar zu den gewünschten Informationen findet.

Daran anschließend stellt sich die Frage, ob der Anbieter sicherstellen muss, dass der Verbraucher die zur Verfügung gestellten Informationen auch tatsächlich zur Kenntnis nimmt. Ein Teil der Rechtsprechung bejaht dies und fordert eine Zwangsführung, welche verlangt, dass der Verbraucher nur dann zur Vertragsabschluss-Webseite gelangen darf, wenn er die Kenntnisnahme der Angaben gegenüber dem Anbieter durch Mausklick bestätigt.⁶⁸⁴ Derart strenge Anforderungen sind jedoch weder gesetzlich vorgeschrieben noch erscheinen sie erforderlich. Ausreichend zur Erfüllung der Informationspflichten ist es, dass der Verbraucher die Möglichkeit erhält, von den Informationen Kenntnis zu nehmen.⁶⁸⁵ Der Verbraucher soll selbst entscheiden, welche Informationen er für die Erwerbsentscheidung benötigt und welche nicht. Eine andere Sichtweise ist nicht mediengerecht und entspricht auch nicht dem Verbraucherleitbild.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Integration der Pflichtinformationen in die AGB grundsätzlich möglich ist.⁶⁸⁶ Voraussetzung dafür ist aber, dass die AGB des Anbieters entsprechend den rechtlichen Grundsätzen nach § 305 Abs. 2 BGB wirksam in den Vertrag zwischen Anbieter und Bieter miteinbezogen werden. Die rechtlichen Grundsätze werden dann erfüllt, wenn der Anbieter auf die eigenen AGB bei Vertragsschluss ausdrücklich hinweist (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und der Bieter die Möglichkeit hat, die

⁶⁸² BGH GRUR 2009, 982 (Rdn. 15) – *Dr. Clauder's Hufpflege*.

⁶⁸³ LG Hamburg K&R 2012, 66 (67) – *Wettbewerbsverstoß durch unzureichende Grundpreisangaben bei eBay*.

⁶⁸⁴ Ausdrücklich OLG Frankfurt a.M. MMR 2001, 529 (530) – *Pflichtangaben beim Fernabsatz*. In diese Richtung aber etwas weniger streng OLG Karlsruhe MMR 2002, 618 (619) – *Geschäftsbesorgung durch Weiterleitung von Lottotipps*. Nicht ganz eindeutig: BGH GRUR 2008, 84 (Rdn. 31) – *Versandkosten*: „genügt es, wenn die fraglichen Informationen alsbald sowie leicht erkennbar und gut wahrnehmbar auf einer gesonderten Seite gegeben werden, die noch vor Einleitung des Bestellvorgangs notwendig aufgerufen werden muss.“

⁶⁸⁵ BGH GRUR 2007, 159 (Rdn. 34) – *Anbieterkennzeichnung im Internet*; *Föhlisch*, in: Hören/Sieber/Holzner, Multimedia-Recht, Teil 13.4 (2012) Rdn. 86; *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, § 312c Rdn. 83.

⁶⁸⁶ BT-Drucks. 14/2658, S. 38; *Thüsing*, in: Staudinger, BGB, § 312c (2012) Rdn. 35; *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, § 312c Rdn. 86.

AGB in zumutbarer Weise zur Kenntnis zu nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Die erste Voraussetzung ist ohne weiteres erfüllt, wenn die AGB direkt in der Angebotsbeschreibung abgebildet sind. Ausreichend ist aber auch, wenn sich ein deutlich gekennzeichnete Hinweis auf die dem Vertrag zugrunde liegenden AGB direkt auf der Angebotsseite befindet. Auch ein externer Hyperlink, sofern das Auktionshaus dies zulässt, oder eine interne Verlinkung auf die „Mich“-Seite bei eBay können also als ausdrücklicher Hinweis auf die AGB genügen.⁶⁸⁷ Auch die zweite Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Bieter die Möglichkeit hat, den Text unproblematisch zu speichern oder auszudrucken.⁶⁸⁸ Auch hier kommt es auf die tatsächliche Kenntnisnahme des Verbrauchers nicht an. Es liegt also im alleinigen Verantwortungsbereich des Verbrauchers, ob er die AGB tatsächlich liest oder über sie hinwegsieht. Schließlich muss sich der Verbraucher noch mit den AGB des Anbieters einverstanden erklären. Zwar kann diese Voraussetzung im Rahmen von Online-Auktionen nicht gewährleistet werden, weil der Verbraucher lediglich die Möglichkeit hat, durch die Abgabe seines Gebots den Vertrag anzunehmen, nicht aber, eine darüber hinausgehende Erklärung abzugeben. Man kann jedoch sehr wohl davon ausgehen, dass der Bieter durch die Abgabe seines Gebots konkludent seine Zustimmung zur Einbeziehung der AGB zum Ausdruck bringt.⁶⁸⁹

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann der Anbieter in der Regel alle Pflichtinformationen (z.B. Versandkosten, Lieferzeit, Leistungsbedingungen, Informationen über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Widerrufsrechts sowie Einzelheiten über die Ausübung des Widerrufsrechts, Angaben zu Kundendienst, Beschwerdeverfahren, Garantien, Mängelhaftungsrecht usw.) in die AGB integrieren, solange der Anbieter die informationspflichtigen Angaben besonders betont, um ihre Transparenz zu gewährleisten. Nach der Rechtsprechung kann aber z.B. die Auferlegung der Kosten der Rücksendung nicht durch eine in die AGB integrierte Widerrufsbelehrung erfolgen, sondern dazu müsse zusätzlich eine vertragliche Vereinbarung getroffen werden.⁶⁹⁰ Selbstverständlich können ferner die Pflichtinformationen wie die wesentlichen Merkmale der Ware und der Gesamtpreis natürlich nicht in die AGB integriert werden, da es sich um produktspezifische Informatio-

⁶⁸⁷ Härtling, Internetrecht, Rdn. 599; Heckmann, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.3 Rdn. 249.

⁶⁸⁸ Härtling, Internetrecht, Rdn. 608; Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 305 Rdn. 36.

⁶⁸⁹ Vgl. Härtling, Internetrecht, Rdn. 614.

⁶⁹⁰ OLG Stuttgart MMR 2010, 284 (285) – *Abmahnkostenerstattung bei teilberechtigter Abmahnung*; OLG Hamburg MMR 2010, 320 (320 f.) – *40-Euro-Klausel muss doppelt verwendet werden*; OLG Hamm MMR 2010, 330 (330) – *Überwälzung durch Rücksendekosten für den Fall des Widerrufs*; OLG Koblenz MMR 2010, 330 (330) – *Vereinbarung über Tragung von Rücksendekosten bei Widerruf*; a.A. OLG München MMR 2012, 370 (371) – *Widerrufsrecht in AGB des Verkäufers*.

nen handelt, die für jeden einzelnen Vertrag anders sein können,⁶⁹¹ insbesondere bei Online-Auktionen.

bb) Das Verhältnis von § 4 Nr. 11 UWG zum Irreführungsverbot

Nun ist zu untersuchen, welche Auswirkungen es hat, wenn der Anbieter die benannten Informationspflichten nicht richtig platziert. Das BGB schweigt zu dieser Frage. Mit dem Willen des Gesetzgebers ist deshalb davon auszugehen, dass sich die Rechtsfolgen der fehlerhaften Platzierung der Informationen nach den allgemeinen Bestimmungen bestimmen sollen.⁶⁹² Die fehlerhafte Platzierung der Informationen kann also z.B. einen Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB begründen, wenn der Vertrag bei einer ordentlichen Platzierung der Informationen nicht abgeschlossen worden wäre. Als mögliche Rechtsfolgen kommen außerdem Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG in Betracht, weil der Verstoß gegen die ordentliche Platzierung der Informationen als wettbewerbswidriger Vorsprung durch Rechtsbruch i.S.d § 4 Nr. 11 UWG zu qualifizieren ist. Daran besteht kein Zweifel. Ob aber in der fehlerhaften Platzierung der Informationen zugleich eine Irreführung liegt, erscheint zweifelhaft.

Soweit ersichtlich, hat sich bisher lediglich das OLG Hamburg mit dieser Frage beschäftigt, ohne darauf ein klares Wort zu sprechen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall gab der eBay-Händler den Endpreis für die angebotenen „Herzlichen Dank“-Schokoladentäfelchen wahrheitsgemäß mit „6,15 €“ für einen 300g-Beutel an. Da der Grundpreis nicht in unmittelbarer Nähe des Endpreises angegeben wurde, nahm das Gericht einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG mit der Begründung an, dass die Berechnung des auf ein Kilo bezogenen Grundpreises keine einfache Kopfrechenoperation sei. Die wettbewerbsrechtliche Relevanz sei deshalb anzunehmen, weil dem Verbraucher die Möglichkeit des Preisvergleichs erheblich erschwert werde. Ob der Verbraucher irregeführt wird, hat aber das Gericht nicht weiter diskutiert. So hieß es lediglich, dass eine Irreführung „hier nicht ersichtlich ist.“⁶⁹³

Diese Entscheidung zeigt es, dass eine fehlerhafte Platzierung nicht deshalb gegen die Irreführungsverbotstatbestände des UWG verstößt, weil ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG vorliegt.

Das gilt auch für den fehlerhaften „Inhalt“ der Informationspflichten. Das ist der Fall, wenn die Informationen zwar richtig platziert werden, deren Inhalt aber nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Auch in diesem Fall kann der Unternehmer nach § 280

⁶⁹¹ Föhlisch, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 13.4 (2012) Rdn. 96.

⁶⁹² Vgl. BT-Drucks. 16/11643, S. 69; Grüneberg, in: Palandt, BGB, § 312d Rdn. 4; 312f Rdn. 5; 312i Rdn. 5; Einführung von Art. 238 EGBGB Rdn. 2, 7.

⁶⁹³ OLG Hamburg MMR 2013, 173 (174) – Grundpreis bei eBay-Plattform.

BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB auf Schadenersatz haften, wenn der Verbraucher z.B. infolge unzureichender Belehrung an der Ausübung seines Widerrufsrechts oder an der Geltendmachung sonstiger Ansprüche gehindert worden ist und er dadurch einen Rechtsverlust erlitten hat. Außerdem kommen auch hier Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG in Betracht. Denn es besteht kein Zweifel daran, dass nach der Aufgabe der Differenzierung zwischen wertneutralen und wertbezogenen Normen im Wettbewerbsrecht⁶⁹⁴ und nach dem Abschied von einer Absicht der Vorsprungserzielung i.R.d. Rechtsbruchtatbestands⁶⁹⁵ jeder Verstoß gegen die Informationspflichten bei Online-Auktionen nach §§ 312d Abs. 1 Satz 1, 312f Abs. 2 Satz 1, 312i Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 246a § 1, 246c EGBGB,⁶⁹⁶ § 5 TMG,⁶⁹⁷ § 1 PAngV⁶⁹⁸ eine Wettbewerbswidrigkeit i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG begründet, weil all diese Pflichtinformationen eine verbraucherschützende Funktion haben und deshalb auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Es stellt sich aber wiederum die gleiche Frage, nämlich ob die Verletzung irgendwelcher Informationspflichten eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG auslösen kann. Um diese Frage beantworten zu können, muss man das Verhältnis zwischen dem Rechtsbruch- und dem Irreführungsverbotstatbestand näher in Augenschein nehmen:

Es wird in der zivilrechtlichen Literatur sowie in der Rechtsprechung zu Online-Auktionen das Konkurrenzverhältnis zwischen § 4 Nr. 11 UWG und § 5 UWG nicht weiter diskutiert, da es sich bei beiden Vorschriften um Beispiele für unlautere geschäftliche Handlungen i.S.d. § 3 UWG handelt.⁶⁹⁹ Demzufolge werden alle Probleme, die in einem Zusammenhang mit Online-Auktionen stehen, unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch behandelt. Das kann aber für das Wettbewerbsstrafrecht nicht gelten. § 16 Abs. 1 UWG stellt nicht jede unlautere geschäftliche Handlung unter Strafe, sondern nur „irreführende“ unlautere geschäftliche Handlungen i.S.d. § 5 UWG. Der Tatbestand der Irreführung bringt also „ein zusätzliches Unlauterkeitsmerkmal“ zum Ausdruck, das vor allem dazu dient, die strafrechtlich relevanten Informationspflichtverletzungen von den strafrechtlich nicht relevanten abzugrenzen.

⁶⁹⁴ Wegweisende Entscheidung: BGH GRUR 2000, 1076 (1078 f.) – *Abgasemissionen*.

⁶⁹⁵ Siehe hierzu *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rdn. 11.58; *Schaffert*, in: MüKo-UWG, § 4 Nr. 11 Rdn. 85.

⁶⁹⁶ Statt vieler: *Metzger*, in: GK-UWG, § 4 Nr. 11 Rdn. 178, 182 f.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rdn. 11.163; *Schaffert*, in: MüKo-UWG, § 4 Nr. 11 Rdn. 310; *Heckmann*, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.2 Rdn. 819; *Götting*, in: Fezer-UWG, § 4-11 Rdn. 156 f.

⁶⁹⁷ Statt vieler: *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rdn. 11.169; *Schaffert*, in: MüKo-UWG, § 4 Nr. 11 Rdn. 322; *Heckmann*, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.2 Rdn. 834.

⁶⁹⁸ Statt vieler: BGH GRUR 2008, 532 (Rdn. 21) – *Umsatzsteuerhinweis*; *Heckmann*, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.2 Rdn. 843; *Schaffert*, in: MüKo-UWG, § 4 Nr. 11 Rdn. 339.

⁶⁹⁹ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 1.72.

Tatsächlich ist der entscheidende Unterschied zwischen dem Rechtsbruchtatbestand und dem Irreführungsverbot, dass ein Verstoß gegen § 5 UWG nur dann angenommen werden kann, wenn aufgrund der Angaben für den Verbraucher die Gefahr besteht, in die Irre geführt zu werden, wohingegen der Rechtsbruchtatbestand allein mit dem Verstoß gegen irgendeine Norm erfüllt ist. M.a.W: Während eine Irreführung immer ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG ist,⁷⁰⁰ kann nicht jeder Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG als eine Irreführung behandelt werden.

Die erste Konsequenz dieses Unterschieds ist, dass die Informationspflichtverletzungen, die für die eingetretene Irreführung bzw. für die eventuelle Irreführungsgefahr nicht kausal sein können, von vornherein von dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG ausgeschlossen sind. Das betrifft vor allem die Verpflichtungen des Unternehmers im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312i Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246c EGBGB), weil diese keinen Einfluss auf die Erwerbsentscheidung des Verbrauchers haben, und die nachvertraglichen Informationspflichten (§ 312f Abs. 2 Satz 1 BGB), weil diese in erster Linie lediglich der dauerhaften Verfügbarkeit der Informationen und nicht dem Vertragsabschluss dienen.

Aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche der §§ 4 Nr. 11, 5 UWG sind aber auch zahlreiche vorvertragliche Informationspflichten für das Wettbewerbsstrafrecht als irrelevant zu qualifizieren oder – zumindest – anders als im Wettbewerbszivilrecht nicht in vollem Umfang als Anknüpfungspunkt für die wettbewerbsrechtlichen Sanktionen zu betrachten.

(1) Geschäftlicher Zweck

Ein gutes Beispiel dafür ist der offenzulegende geschäftliche Zweck der Kontaktaufnahme, § 312i Abs. 1 BGB (analog: § 312 Abs. 1 BGB a.F. i.V.m. Art. 246 § 1 Abs. 1 EGBGB a.F.).

Teilweise wird vertreten, dass sich bei Online-Auktionen der Zweck des Kontakts aus dem Modell an sich ergibt. Dem Bieter sei bekannt, dass durch das Angebot des Anbieters auf der Auktionsplattform ein Vertragsabschluss angestrebt wird. Aus diesem Grund könne auf eine ausdrückliche Information über den Zweck des Kontakts verzichtet werden.⁷⁰¹

Das überzeugt aber nicht, weil aus den fernabsatzvertraglichen Vorschriften des BGB kein Anhaltspunkt für die Sonderbehandlung von Online-Auktionen entnommen werden kann. Diese Informationspflicht gilt also auch für Online-Auktionen. Der Anbieter soll

⁷⁰⁰ Aus diesem Grund ist jede strafbare Werbung auch unlauter i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

⁷⁰¹ Lienemann, Verbraucherschutz bei Online-Auktionen, S. 198 f.

sich deshalb entweder als privater oder als gewerblicher Verkäufer anmelden, damit diese Information bei jedem Angebot angezeigt werden kann.⁷⁰² So weiß der Verbraucher, ob es sich um einen privaten oder einen gewerblichen Verkäufer handelt. Wenn ein gewerblicher Händler ein Angebot im Rahmen einer Online-Auktion abgibt, ohne auf seine Unternehmereigenschaft hinzuweisen, so ist dies unzweifelhaft ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG. Ob darin zugleich eine Irreführung zu sehen ist, wird aber unterschiedlich behandelt.

Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass der BGH die Möglichkeit der Irreführung durch das Fehlen eines Hinweises auf die Unternehmereigenschaft im Zusammenhang mit Printmedien ausdrücklich anerkannt hat. Diese von der Rechtsprechung für den Bereich der Printmedien entwickelte Regel sei auch auf Online-Auktionen zu übertragen.⁷⁰³

Festzustellen ist zunächst, dass die Kenntnis des Bieters über die Unternehmereigenschaft des Anbieters bezüglich des Bestehens und der Durchsetzung der gesetzlichen Rechte von enormer Bedeutung ist. Das betrifft vor allem das Widerrufsrecht. Es ist aber nicht außer Acht zu lassen, dass die unlautere Handlung und die unlautere irreführende Handlung zwei verschiedene Sachverhalte sind. In diesem Zusammenhang hat das LG Osnabrück zutreffend festgestellt, dass dieses Unterlassen im Rahmen von Online-Auktionen nicht geeignet sei, eine Fehlvorstellung hervorzurufen. Da es üblich und bekannt sei, dass sich an Online-Auktionen neben Privatanbietern auch Unternehmer beteiligen, könne die Nichtangabe der Unternehmereigenschaft keine Irreführung des Verbrauchers bewirken.⁷⁰⁴ Das OLG Oldenburg vertritt in diese Richtung die Auffassung, dass ein Unternehmer den gewerblichen Charakter seines Angebotes offen legen müsse, wenn der Verbraucher davor bewahrt werden müsse, aufgrund eines neutral gehaltenen Angebotes ungewollte geschäftliche Kontakte aufzunehmen. Denn das angesprochene Publikum gehe bei Privatangeboten von einem günstiger kalkulierten Preis aus. Bei Online-Auktionen bestehe dieser Schutzbedarf jedoch nicht in gleichem Maße. Denn im Gegensatz zum herkömmlichen Markt und zu den übrigen E-Commerce-Angeboten vollziehe sich die Preisbildung im Rahmen von Online-Auktionen nicht durch den Anbieter der Ware, sondern allein anhand der Gebote der miteinander konkurrierenden Kaufinteressenten. Deshalb könne der angesprochene Verkehr auch nicht über die preisbildenden Faktoren des Angebotes getäuscht werden.⁷⁰⁵

⁷⁰² Vgl. § 2 Abs. 3 eBay-AGB.

⁷⁰³ Busche, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 696; Kaestner/Tews, WRP 2004, 391 (395).

⁷⁰⁴ LG Osnabrück CR 2003, 293 (293) – *Händler-eigenschaft des Verkäufers bei eBay*.

⁷⁰⁵ OLG Oldenburg MMR 2003, 270 (270) – *Händlerangebote bei Internetauktion*; zustimmend ebenso Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 4.127; Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 345; Seifert, K&R 2003, 244 (245); Steinbeck, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 566.

(2) Impressumspflicht

Das Erfordernis einer Fehlvorstellung beschränkt den Anwendungsbereich des Irreführungsverbots auch bei anderen Informationspflichten in entsprechender Weise:

Eine Irreführung bezüglich der Impressumspflicht liegt nicht vor, bloß weil die Angaben nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Eine Irreführung kommt erst dann in Betracht, wenn Unternehmensbezeichnungen irreführende Angaben enthalten, die dem Verkehr einen falschen oder missverständlichen Eindruck von dem dahinter stehenden Unternehmen vermitteln.

So hat das OLG München einen Einzelunternehmer, der sich in drei verschiedenen Impressen (eigene Webseite, Facebook und eBay) jeweils als „Geschäftsführer“ bezeichnet hatte, zur Unterlassung verurteilt, weil die Angaben gegen § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG verstoßen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall war in den jeweiligen Impressen jeweils ein Logo mit einem integrierten Schriftzug abgebildet, wobei dieser Schriftzug eine Unternehmensbezeichnung (Fantasiename) enthielt. In der Fußzeile der jeweiligen Impressen war eine Steuernummer enthalten. Der Name des Anbieters war hinter der Angabe „Geschäftsführer“ genannt. Nach Ansicht des Gerichts wird ein relevanter Teil des angesprochenen Verkehrs aufgrund dieser Angaben aus der Bezeichnung „Geschäftsführer“ darauf schließen, dass es sich bei der in dem Schriftzug verwendeten Unternehmensbezeichnung um die Benennung einer juristischen Person handelt, deren Vertretungsorgan der namentlich genannte Betreiber des fraglichen Internetshops ist. Der Verkehr gehe deshalb davon aus, dass ein Vertrag mit der Firma abgeschlossen werde, die in der Unternehmensbezeichnung genannt wird.⁷⁰⁶

Das Gericht verdient volle Zustimmung. Diese irreführenden Angaben sind auch geeignet, den Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen, weil der Verbraucher dadurch vermeintlich in die Lage versetzt wird, den Ruf des Unternehmers im Hinblick auf Qualität und Zuverlässigkeit der von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen, aber auch dessen wirtschaftliche Potenz und Bonität einzuschätzen zu können.⁷⁰⁷

Auch die weiteren Ausführungen des OLG München sind zutreffend. Das Gericht hat ferner festgestellt, dass die Sache anders zu beurteilen wäre, wenn direkt hinter dem Logo mit dem Fantasienamen des Einzelunternehmers auch der bürgerliche Name des Inhabers genannt wäre. Zwar würde in diesem Fall immer noch ein Verstoß gegen § 5a Abs. 3 Nr.

⁷⁰⁶ OLG München WRP 2014, 591 (Rdn. 35-38) – *Irreführung durch Angabe „Geschäftsführer“ im Impressum eines Einzelunternehmens*.

⁷⁰⁷ Vgl. BGH GRUR 2013, 1169 (Rdn. 13) – *Brandneu von der IFA*.

2 UWG (gemeint ist § 4 Nr. 11 UWG)⁷⁰⁸ vorliegen. Wenn dies der Fall wäre, könnte es den Gesamteindruck des Impressums allerdings dahingehend ändern, dass der Verkehr die Angabe „Geschäftsführer“ als die Benennung derjenigen Person verstünde, die tatsächlich die Geschäfte dieses Einzelunternehmens führt.⁷⁰⁹

(3) Garantiebedingungen

Das bislang Ausgeführte gilt auch für die Informationen über die Garantiebedingungen (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EGBGB). Dies lässt sich zunächst aus der „*Werbung mit Garantie*“-Entscheidung des BGH entnehmen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte ein Internethändler auf seiner Internetseite Druckerzubehör mit der Angabe „3 Jahre Garantie“ angeboten. Der Abmahner hatte gerügt, dass in der Werbung nicht angegeben war, wie sich die Bedingungen des Eintritts des Garantiefalls darstellen und unter welchen Umständen der Verbraucher die Garantie in Anspruch nehmen kann.

Der BGH hatte zutreffend entschieden, dass das Verhalten des Internethändlers unlauter war. Denn die Garantiewerbung unterliegt – und zwar unabhängig von der in 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 EGBGB genannten Informationspflicht – den speziellen Anforderungen der §§ 474 ff. BGB, wenn es sich um einen sog. Verbrauchsgüterkauf geht, was bei B2C-Auktionen immer der Fall ist. Gemäß § 477 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB muss eine Garantieerklärung (§ 443 BGB) den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie einen Hinweis darauf, dass diese durch die Garantie nicht eingeschränkt werden, enthalten. Nach § 477 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB muss die Erklärung ferner den Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind, insbesondere die Dauer und den räumlichen Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Namen und Anschrift des Garantiegebers, enthalten. Diesen Anforderungen wird die streitgegenständliche Angabe bezüglich der Garantie nicht gerecht. Denn im konkreten Angebot wird dem Verbraucher lediglich die Dauer der Garantie mitgeteilt. Die sich aus § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB weiter ergebenden Pflichtangaben sind nicht erwähnt worden.⁷¹⁰ Das ist nach unbestrittener Auffassung ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG.⁷¹¹

⁷⁰⁸ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) cc).

⁷⁰⁹ OLG München WRP 2014, 591 (Rdn. 38) – *Irreführung durch Angabe „Geschäftsführer“ im Impressum eines Einzelunternehmens*.

⁷¹⁰ Die Besonderheit dieser Entscheidung liegt darin, dass der BGH im zu entscheidenden Fall im Ergebnis das Vorliegen einer Garantieerklärung verneint, weil das Gericht eine durch das Internet übermittelte Aufforderung zur Bestellung letztendlich als bloße invitatio ad offerendum bewertet. Der BGH ist deshalb im Ergebnis zu dem Schluss gekommen, dass die Werbung des Anbieters nicht gegen die Anforderungen aus § 477 BGB verstoße, BGH GRUR 2011, 638 (Rdn. 26-32) – *Werbung mit Garantie*. Diese Besonderheit verhindert es nicht, die Aussagen des BGH auf eBay zu übertragen, weil bei Online-Auktionen die Einstel-

Ob darin aber zugleich eine Irreführung vorliegt, hat der BGH zutreffend mit der Begründung verneint, es sei nicht ersichtlich, dass die beanstandete Werbung beim angesprochenen Verkehr eine Fehlvorstellung über die Garantieverpflichtung oder ihre Bedingungen hervorrufe.⁷¹²

Wann von einer Fehlvorstellung auszugehen ist, hat der BGH allerdings offen gelassen. Hält man sich den Schutzzweck des § 477 BGB vor Augen, dann ist eine Fehlvorstellung – also eine Irreführung i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG – auf jeden Fall anzunehmen, wenn aufgrund der Angaben die Rechte des Verbrauchers im Vergleich zu seinen gesetzlichen Rechten *scheinbar* verstärkt werden, da § 477 BGB auch dem Missstand begegnen soll, dass die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers als Garantie bezeichnet werden, und dadurch der falsche Eindruck erweckt wird, der Verbraucher erhalte besonders günstige Konditionen.

Mit dieser Konstellation hat sich das OLG Hamm beschäftigt. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall bot der Anbieter auf eBay Mobiltelefon-Zubehör an. Im Zusammenhang mit der Beschreibung eines Ladegeräts fand sich der Hinweis „volle Garantie“ sowie bei den Angaben zu den Versandkosten der fett gedruckte Hinweis: „Die Versandkosten für das versicherte Paket betragen (...)“. Dem Verbraucher wird also der Eindruck vermittelt, dass ihm durch den versicherten Versand das Transportrisiko abgenommen wird. Wie das Gericht zutreffend festgestellt hat, ist diese Aussage unlauter und auch irreführend, weil beim Verbrauchsgüterkauf die Regelung des § 447 BGB zum Gefahrübergang beim Versendungskauf nicht anwendbar ist. Das Transportrisiko bleibt damit solange beim Anbieter, bis der Bieter in den Besitz der Sache gelangt. Das heißt, das generelle Versandrisiko wird beim Verbrauchsgüterkauf dem Unternehmer aufgebürdet. Dem Verbraucher erwächst hieraus also durch den Hinweis „volle Garantie“ kein Vorteil. Diese Fehlvorstellung beim Verbraucher begründet aber natürlich nicht automatisch einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot der §§ 5, 16 Abs. 1 UWG. Die Angaben müssen ferner geeignet sein, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen. Hinsichtlich der Aussage ist aber auch das Vorliegen einer Eignung ohne weiteres zu bejahen, weil das Risiko, den Kaufpreis zahlen zu müssen, obwohl die versendete Ware nicht oder beschädigt an-

lung der Ware auf der Webseite ein rechtsgeschäftlich bindendes Angebot an den Bieter darstellt, ebenso BGH MMR 2013, 586 (Rdn. 10, 14) – *Werbung mit Herstellergarantie bei eBay*. Nach Auffassung des BGH ist es ferner unerheblich, dass der Anbieter die Garantieerklärung nicht im eigenen Namen, sondern als Erklärungsvertreter oder Erklärungsbote des Herstellers abgegeben hat, BGH MMR 2013, 586 (Rdn. 13) – *Werbung mit Herstellergarantie bei eBay*.

⁷¹¹ BGH GRUR 2011, 638 (Rdn. 22) – *Werbung mit Garantie*; ebenso OLG Hamm, Urteil vom 15.12.2011 - I-4 U 116/11 (juris Rdn. 45) – *Verkaufsangebot auf eBay mit der Angabe „Garantie“*; OLG Hamm GRUR-RR 2012, 282 (283) – *Anforderungen an Garantierklärung auf Auktionsplattform*.

⁷¹² BGH GRUR 2011, 638 (Rdn. 34) – *Werbung mit Garantie*.

kommt, für die Erwerbsentscheidung des Verbrauchers durchaus eine entscheidende Rolle spielt.⁷¹³

(4) Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln

Das Verhältnis von § 4 Nr. 11 UWG zum Irreführungsverbot ist schließlich am Beispiel der Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln zu verdeutlichen. Wie oben dargestellt, sind, wenn der unternehmerische Anbieter die Geschäfte mit seinen eigenen AGB durchführt und diese nach § 305 Abs. 2 BGB in den Vertrag zwischen ihm und seinem Kunden einbezieht, die AGB des Anbieters für beide Parteien bindend.⁷¹⁴ Die AGB des Anbieters haben in diesem Fall Vorrang vor den AGB des Auktionshauses. Der Anbieter ist also berechtigt, die einzuhaltenden Regeln im Rahmen eines Auktionsvorgangs nicht nur nach den AGB des Auktionshauses, sondern auch nach seinen eigenen AGB zu bestimmen und darin ggf. von den AGB des Auktionshauses abzuweichen. So kann der Anbieter z.B. seine Auktionsangebote als unverbindliche (Preisumfrage) kennzeichnen und dadurch, je nach Höhe des Höchstgebotes, entscheiden, ob er das Höchstgebot eines Bieters annimmt. Der Anbieter kann sogar das Zustandekommen eines Vertrages durch die Klauseln in seinen eigenen AGB verhindern, obwohl z.B. § 6 Abs. 2 eBay-AGB ausdrücklich besagt, dass beim Einstellen eines Artikels der Anbieter ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrages über diesen Artikel abgibt. Bei einem derartigen Verstoß gegen die eBay-AGB kann der Plattformbetreiber eBay zwar die vertraglich vereinbarten Sanktionen treffen (§ 4 eBay-AGB). Diese Sanktionen haben aber aufgrund der Privatautonomie letztendlich keine Auswirkung auf den konkreten Vertrag zwischen dem Anbieter und dem Bieter (§ 305b BGB).

Diese Rechtslage führt in der Praxis zu Schwierigkeiten. Auf der einen Seite ist es offensichtlich, dass die Freiheit bei der Ausgestaltung der AGB nicht grenzenlos sein kann. Alle AGB müssen so gestaltet werden, dass sie nicht gegen das geltende Recht verstoßen. Der Anbieter kann seine Geschäfte unter seinen eigenen AGB deshalb nur dann durchführen, wenn er auf die gesetzlichen Informationspflichten hinweist. Auf der anderen Seite aber werden die Informationspflichten nach §§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 246a § 1 EGBGB und das AGB-Recht im System des BGB unabhängig voneinander geregelt. Mit anderen Worten: Das Fernabsatzrecht und das AGB-Recht, das die freie Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse ermöglicht, haben zwei verschiedene Anwendungsbereiche.⁷¹⁵ Dennoch gibt es viele Berührungspunkte.⁷¹⁶ Denn sowohl bei den §§

⁷¹³ OLG Hamm GRUR-RR 2012, 282 (283 f.) – *Anforderungen an Garantierklärung auf Auktionsplattform*.

⁷¹⁴ Siehe Gliederungspunkt Teil 1 C I.

⁷¹⁵ BT-Drucks. 14/2658, S. 38.

⁷¹⁶ Vgl. Wendehorst, in: MüKo-BGB, § 312c Rdn. 71, 136.

305 ff. BGB als auch bei § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB geht es um Verbraucherschutz. Das führt dazu, dass man die Antwort auf die Frage nach den Auswirkungen der Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln in vielen Fällen nicht in § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB selbst, sondern in den §§ 305 ff. BGB, insbesondere in den §§ 307 ff. BGB finden kann.

Aus wettbewerbsstrafrechtlicher Sicht ändert diese Besonderheit nicht viel. Auch ein Verstoß gegen die §§ 305 ff. BGB kann über das UWG in zweifacher Weise sanktioniert werden: Einmal über den Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG, da nach Auffassung des BGH auch die Vorschriften zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 307 ff. BGB) das Marktverhalten regeln,⁷¹⁷ und über das Irreführungsverbot des § 5 UWG.

(a) Lieferbedingungen

Einen Fall der Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln bei Online-Auktionen stellen zunächst die vertraglichen Vereinbarungen über die Lieferbedingungen dar. Insbesondere die sog. Zirka-Frist-Klauseln sind von Bedeutung. Diese sind gegeben, wenn die angegebenen Lieferfristen nur einen Richtwert darstellen und der Verbraucher daher nicht sicher wissen kann, wann die Ware geliefert wird.

Das OLG Frankfurt a.M.⁷¹⁸ und das OLG Hamm⁷¹⁹ gehen davon aus, dass, wenn ein Internethändler, der in einer AGB-Klausel eine Lieferfrist für die Ware angibt und diese Angabe mit dem Zusatz „in der Regel“ einschränkt, dieser darin gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 308 Nr. 1 2. Alt. BGB verstößt. Denn nach dem Zweck des § 308 Nr. 1 2. Alt. BGB – so die Gerichte – müsse der Verbraucher ohne Schwierigkeiten und ohne rechtliche Beratung in der Lage sein, das Fristende einer in den AGB vorgegebenen Lieferfrist selbst zu erkennen und zu berechnen. Nicht hinreichend bestimmte Lieferzeitangaben führen bei verwenderfeindlicher Auslegung jedoch zu dem Verständnis, dass es sich der Anbieter vorbehalten will, selbst zu entscheiden, wann eine Regel vorliegt und wann ein Ausnahmefall.

Ob darin auch eine Irreführung vorliegt, haben die Gerichte allerdings unbeantwortet gelassen. Es fällt aber schwer anzunehmen, dass mit einer solchen Klausel gegen § 5 UWG verstoßen wird. Denn ein Durchschnittsverbraucher relativiert die Formulierung „in der

⁷¹⁷ BGH GRUR 2010, 1117 (Rdn. 26, 29) – *Gewährleistungsausschluss im Internet*, BGH GRUR 2012, 949 (Rdn. 45-48) – *Missbräuchliche Vertragsstrafe*; zustimmend Götting, in: Fezer-UWG, § 4-11 Rdn. 159; Metzger, in: GK-UWG, § 4 Nr. 11, Rdn. 172; siehe aber Ahrens, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung G, Rdn. 166.

⁷¹⁸ OLG Frankfurt a.M. MMR 2011, 800 (800) – *AGB-Klausel über Lieferfrist und Versandkosten ins Ausland*.

⁷¹⁹ OLG Hamm MMR 2013, 241 (Rdn. 3 f.) – *Lieferfrist „in der Regel 3-4 Arbeitstage nach Zahlungseingang“*.

Regel“ dahingehend, dass der Anbieter lediglich die Tatsache zum Ausdruck bringt, dass eine Lieferung ohne Verzögerung nicht immer 100%-ig gewährleistet werden kann. Schon 1986 hat der BGH in einem Urteil ausgeführt,⁷²⁰ dass ein Verbraucher im Geschäftsverkehr durchaus mit der Möglichkeit vereinzelter Leistungsverzögerungen rechnen.⁷²¹

(b) Leistungsvorbehalt

Auch die Leistungsvorbehalt-Klauseln in den AGB des Anbieters sind in der Praxis von Bedeutung. Hier ist zwischen dem unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen Rücktrittsvorbehalt nach § 308 Nr. 3 BGB und der stets wettbewerbswidrigen Werbung für nicht lieferbare Ware zu unterscheiden.

Für die erste Konstellation ist die Entscheidung des OLG Hamm ein gutes Beispiel. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall vertreibt ein eBay-Händler mit Leinsamen gefüllte Wärmepantoffeln, welche er selbst herstellte. In den AGB des Anbieters befand sich die Klausel: „Sollte ein bestellter Artikel nicht lieferbar sein, weil wir von unserem Lieferanten ohne Verschulden trotz dessen vertraglicher Verpflichtung nicht beliefert werden, sind wir zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt. In diesem Fall werden wir den Kunden unverzüglich darüber informieren, dass die bestellte Ware nicht mehr verfügbar ist und etwaige schon erbrachte Leistungen unverzüglich erstatten.“

Das OLG Hamm hat einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 308 Nr. 3 BGB mit der Begründung verneint, dass § 308 Nr. 3 BGB solche AGB-Klausel verbiete, in denen der Anbieter sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht löst. Nach ständiger Rechtsprechung sei dies aber nicht der Fall, wenn der Anbieter ein konkretes Deckungsgeschäft abgeschlossen hat und von dem Partner dieses Vertrages im Stich gelassen wird.⁷²² Da diese Voraussetzungen durch die gegebene Klausel erfüllt werden, verdient das Gericht volle Zustimmung.

Das Gericht hat auch einen möglichen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG aufgrund des Verstoßes gegen § 6 Abs. 10 eBay-AGB (§ 9 Abs. 4 eBay-AGB a.F.), wonach der Anbieter in der Lage sein müsse, dem Bieter die angebotenen Waren unverzüglich nach Vertragsabschluss zu übereignen, zutreffend verneint. Der Lieferungsvorbehalt in dem konkreten Fall widerspricht zwar den eBay-AGB. Das Gericht ging aber mit der zutreffenden Auffassung in der Literatur⁷²³ und Rechtsprechung⁷²⁴ davon aus, dass die eBay-AGB keine

⁷²⁰ BGH GRUR 1987, 52 (54) – *Tomatenmark*.

⁷²¹ Vgl. LG Hamburg BeckRS 2009, 23910, das in einem ähnlich gelagerten Fall mit ähnlichen Überlegungen schon das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 4 Nr. 11 UWG verneint.

⁷²² OLG Hamm BeckRS 2012, 25508 (IV. a.) – *Doppelte Vertragsstrafe/eBay*.

⁷²³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rdn. 11.29; Metzger, in: GK-UWG, § 4 Nr. 11 Rdn. 32.

unmittelbare Wirkung für den Anbieter und den Bieter haben und sie auch keine gesetzlichen Vorschriften i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG sind.⁷²⁵

Die zutreffende Ausführung des OLG Hamm gilt aber nur für die Auktionen, in denen die Waren z.B. spezifisch auf Wunsch des Anbieters angefertigt worden sind (vgl. § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB). Die Entscheidung des OLG Hamm lässt sich aber nicht auf Auktionen und erst recht nicht auf Auktionen mit der Option „Sofort-Kaufen“ übertragen.⁷²⁶ Wenn ein Anbieter bei eBay unter der Option „Sofort-Kaufen“ eine Ware anbietet und damit dem Verkehr signalisiert, dass die Ware sofort lieferbar ist, obwohl er in seinen AGB derartige Leistungsvorbehalte trifft, führt er irre.⁷²⁷ Denn die Vorgehensweise des Anbieters nähert sich der stets als irreführend zu qualifizierenden Werbung für nicht lieferbare Ware. Der Verkehr geht grundsätzlich davon aus, dass der Händler auch im Internetversandhandel unverzüglich liefern kann.⁷²⁸ Kann er das nicht, muss der Anbieter genau angeben, wann und wie er liefern kann, unabhängig davon, ob der Anbieter die Ware selbst vorrätig hält bzw. selbst produziert oder sie bei einem Dritten abrufen. Diese Voraussetzung kann aber sicherlich durch einen Leistungsvorbehalt bei einer Auktion, bei der der Verbraucher die Ware auch sofort kaufen kann, nie erfüllt werden. Nicht zu Unrecht hat deshalb das OLG Hamm bereits in einer anderen Entscheidung die Klausel „Die Lieferungen erfolgen, soweit die Ware vorrätig ist, innerhalb von 5 Werktagen nach Vertragsschluss“ als irreführende Angabe i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG bewertet. Denn der Durchschnittsverbraucher verstehe die Formulierung dahin, dass es Lieferfristen gibt. Der Hinweis schränke das Angebot aber nicht derart ein, dass eine Lieferung überhaupt fraglich ist.⁷²⁹

(c) Gewährleistungsausschluss

Ein weiterer Fall der Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln bei Online-Auktionen sind ferner die Vereinbarungen über den Gewährleistungsausschluss. Mit dieser Konstellation hat sich der BGH beschäftigt. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall bot ein eBay-Händler gebrauchte Software und medizinische Geräte mit folgendem Hinweis zum Kauf an: „Ob eine Umlizenzierung bzw. Umschreibung möglich ist, wissen wir nicht, daher verkaufen wir die Software wie oben beschrieben ohne Garantie und Gewährleistung.“ Nach Auffassung des BGH liegt ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG

⁷²⁴ OLG Hamm GRUR-RR 2011, 218 (Rdn. 3) – *Verstoß gegen eBay-Grundsätze*.

⁷²⁵ OLG Hamm BeckRS 2012, 25508 (IV. b.) – *Doppelte Vertragsstrafe/eBay*.

⁷²⁶ A.A. OLG Hamm BeckRS 2012, 25508 (IV. c.) – *Doppelte Vertragsstrafe/eBay*.

⁷²⁷ Vgl. OLG Hamburg MMR 2008, 44 (45) – *Wettbewerbswidrige Belehrung gemäß BGB-InfoV*.

⁷²⁸ BGH GRUR 2005, 690 (692) – *Internet-Versandhandel*.

⁷²⁹ OLG Hamm MMR 2009, 555 (556) – *„Lieferzeit auf Nachfrage“ in Onlineshop-Werbung*; siehe auch BGH GRUR-RR 2012, 475 (Rdn. 20) – *Werbung für nicht lieferbare Ware im Internet*; OLG Hamm MMR 2010, 697 (697 f.) – *Lieferfristklausel in AGB eines Onlinehändlers*.

i.V.m. § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, weil sich der Unternehmer nach dieser Vorschrift nicht auf eine Vereinbarung berufen könne, die die Rechte des Verbrauchers bei Mängeln der Sache aus § 437 BGB ausschließt.⁷³⁰

Ob in dem unzulässigen Gewährleistungsausschluss ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot des § 5 UWG anzusehen ist, hat der BGH offen gelassen.

Köhler verneint dies. Nach *Köhler* diene das Irreführungsverbot nicht dazu, die Verwendung unzulässiger AGB zu unterbinden. Dieses Ziel könne man nur über die AGB-Kontrolle (§§ 307 ff. BGB) und über § 4 Nr. 11 UWG erreichen. Derjenige, der eine unzulässige Vertragsklausel verwende, führe nicht irre. Anders wären nur die Fälle zu behandeln, in denen sich der Unternehmer zur Abwehr der Ansprüche auf unwirksame Vertragsklauseln berufe.⁷³¹

Diese Auffassung ist indes nicht überzeugend. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG liegt eine irreführende unlautere geschäftliche Handlung vor, wenn die Aussage des Unternehmens zur Täuschung geeignete Angaben über die Rechte des Verbrauchers, insbesondere solche bezüglich Garantieverprechen oder Gewährleistungsrechten bei Leistungsstörungen, enthält. Diese Vorschrift findet immer dann ihren Anwendungsbereich, wenn aufgrund der Angaben beim Verbraucher der Eindruck erweckt wird, dass ihm kein Gewährleistungs- oder Widerrufsrecht zustehe mit der Folge, dass er davon abgehalten wird, von seinen Rechten Gebrauch zu machen. Auch im konkreten Fall ist deshalb ohne weiteres von einer Irreführung auszugehen, weil der Verbraucher unzutreffend über die Rechtslage belehrt wird. Diese unzutreffende Belehrung über die Rechtslage ist ferner geeignet, den Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen, weil er durch sie daran gehindert wird, eine informationsgeleitete Entscheidung zu treffen.

cc) Die strafrechtlichen Aspekte des „Vorenthaltes“ von Informationen

Die bisherigen Untersuchungen beschränkten sich auf die Fälle, in denen der Anbieter die Informationspflichten durch sein aktives Tun verletzt hat. Er machte zwar Angaben, deren Inhalte waren allerdings fehlerhaft. Demzufolge wurde eine Irreführung nur in den Fällen angenommen, in denen der Anbieter den Verbraucher durch aktive Täuschung in die Irre geführt hat. Eine Irreführung wurde z.B. dann angenommen, wenn der Anbieter dem Verkehr einen missverständlichen Eindruck von dem dahinter stehenden Unternehmen vermittelt. Eine Irreführung wurde auch in den Fällen angenommen, in denen aufgrund

⁷³⁰ BGH GRUR 2010, 1117 (Rdn. 23, 29) – *Gewährleistungsausschluss im Internet*. Zwar hat der Unternehmer geltend gemacht, dass er nur an Gewerbebetreibende verkaufe und daher der Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufrechts nicht eröffnet sein solle. Der BGH hat aber darauf hingewiesen, dass der Unternehmer im Anschluss an die Angabe, nur an Gewerbebetreibende zu verkaufen, den Zusatz angebracht hat „Für Privatbieter gilt das handelsübliche 30-tägige Widerrufs- und Rückgaberecht“ (a.a.O. Rdn. 21).

⁷³¹ *Köhler*, GRUR 2010, 1047 (1050).

der angegebenen Angaben dem Verbraucher z.B. ein besonderer Vorteil für den Fall suggeriert wurde, wenn er mit dem Anbieter einen Vertrag abschließt, oder in denen der falsche Eindruck erweckt wurde, dass dem Verbraucher keine gesetzlichen Rechte zustehen.

Was wäre aber, wenn der Anbieter beim Verkehr eine Fehlvorstellung nicht durch die angegebenen Informationen hervorruft, sondern durch deren Weglassen oder Vorenthalten. Die Antwort auf diese Frage findet man in dem im Zuge der UWG-Novelle 2008 geschaffenen § 5a UWG („Irreführung durch Unterlassen“).

Die Vorschrift enthält zwei strikt voneinander zu trennende Regelungsbereiche.⁷³²

(1) Das Weglassen der Informationen wird in § 5a Abs. 1 UWG geregelt. Der sowohl im Verhältnis B2B als auch im Verhältnis B2C geltende⁷³³ § 5a Abs. 1 UWG (§ 5 Abs. 2 Satz 2 UWG 2004) bringt nichts Neues, sondern knüpft an die alte Rechtslage an, die eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck brachte: Auch im Verschweigen einer nachteiligen Eigenschaft kann eine Irreführung liegen.⁷³⁴ Das hätte an sich keiner ausdrücklichen Regelung bedurft, weil jeder Täuschungsstraftatbestand immer auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann (§ 13 StGB). § 5a Abs. 1 UWG regelt also lediglich die herkömmliche Irreführung durch Unterlassen, und das mit den Worten des Betrugsstrafrechts (§ 263 StGB): „Täuschung durch Unterlassen“. Diese Vorschrift ist deshalb dogmatisch dem § 5 UWG zuzuordnen.⁷³⁵ Ob bei dem Weglassen der Informationen in strafrechtlicher Hinsicht eine konkludente Täuschung vorliegt oder nicht, und, falls nicht, ob dann dem Werbenden eine Garantenstellung zukommen kann, sind zwei Fragen, die vorerst auf einem anderen Blatt stehen.⁷³⁶

(2) Aus strafrechtlicher Sicht ist das „Vorenthalten“ der Informationen (§ 5a Abs. 2-4 UWG) weitgehend problematisch und aufklärungsbedürftig. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Unternehmer dem Verbraucher keine Angaben über seine Identität macht.

Ob die unterbliebenen Informationen für § 16 Abs. 1 UWG Relevanz haben können, wurde – soweit ersichtlich – weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur diskutiert.⁷³⁷ Man findet lediglich – und auch ohne explizite Bezugnahme auf § 5a Abs. 2-4

⁷³² Zur Einteilung von § 5a Abs. 1 UWG einer- und § 5a Abs. 2-4 UWG andererseits siehe nur *Bornkamm*, WRP 2012, 1 (2 f., 5).

⁷³³ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5a Rdn. 6 f.; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5a Rdn. 31; *Peifer*, in: Fezer-UWG, § 5a Rdn. 5; kritisch *Alexander*, in: MüKo-UWG, § 5a Rdn. 51.

⁷³⁴ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5a Rdn. 8 f.; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 5a Rdn. 1; v. *Walter/Kluge*, WRP 2013, 866 (Rdn. 1).

⁷³⁵ *Alexander*, in: MüKo-UWG, § 5a Rdn. 63; *Bornkamm*, WRP 2012, 1 (3).

⁷³⁶ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 e).

⁷³⁷ Einzige Ausnahme: *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 31 ff.

UWG – die Aussage: „Wer schweigt, macht keine Angabe“.⁷³⁸ Diese Aussage liefert aber auf die hier zu untersuchende Frage keine befriedigende Antwort. Denn § 5a Abs. 2-4 UWG setzt Art. 7 der vollharmonisierenden Richtlinie 2005/29/EG mit der Folge um, dass der Schutzstandard weder unter- noch überschritten werden kann. Nach dem Erwägungsgrund 22 sollen die Mitgliedstaaten für die Sanktionierung von Verstößen gegen diese Richtlinie sorgen. Zwar spricht die Richtlinie nicht von einer Kriminalstrafe, allerdings hat der Gesetzgeber keine Ordnungswidrigkeit geschaffen.⁷³⁹ Die Pönalisierung des bloßen Fehlens der Informationen kann daher nur aufgrund des Erfordernisses einer Tatsachenbehauptung nicht ausgeschlossen sein.

Auch die Gesetzesbegründung hilft nicht weiter. Dort findet man lediglich den Hinweis, dass Verstöße gegen § 5a Abs. 2-4 UWG weiterhin unter § 4 Nr. 11 UWG fallen, weil die Vorschrift lediglich der Klarstellung diene.⁷⁴⁰ Da aber unlautere geschäftliche Handlungen und irreführende geschäftliche Handlungen zwei voneinander zu unterscheidende Sachverhalte sind, macht diese Aussage lediglich deutlich, dass der Gesetzgeber sich überhaupt keinen Gedanken über die strafrechtlichen Folgen der Gesetzesänderung gemacht hat.

Um die strafrechtliche Relevanz des bloßen Fehlens der Pflichtinformationen zu bestimmen, ist daher die Regelung von § 5a Abs. 2-4 UWG, die nur im geschäftlichen Verkehr gegenüber Verbrauchern (B2C) Anwendung findet, näher zu betrachten.

§ 5a Abs. 2 UWG stellt fest, dass eine Irreführung, unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich des „Kommunikationsmittels“, auch durch das „Vorenthalten“ von „wesentlichen“ Informationen begangen werden kann. Auffällig ist, dass die Vorschrift über die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG hinaus – und damit anders als §§ 5, 5a Abs. 1 UWG – eine Berücksichtigung des verwendeten Kommunikationsmediums enthält. Zumindest im Rahmen von Online-Auktionen führt aber diese Voraussetzung zu keiner greifbaren Einschränkung, da der Durchschnittsverbraucher damit rechnet, dass Angaben verlinkt werden können. Der Anbieter sollte deshalb alle Informationen offenlegen.

In § 5a Abs. 3 und 4 UWG werden die offenzulegenden Informationen näher präzisiert. Diese Informationen überschneiden sich mit den oben dargestellten Pflichtinformationen aus BGB, EGBGB, TMG und PAngV und sollen hier deshalb nicht wiederholt werden.

⁷³⁸ Z.B. *Kilian*, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 34; *Kugler*, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 75; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 16 Rdn. 5; *Wolters*, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 19.

⁷³⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/10145, S. 18.

⁷⁴⁰ BT-Drucks. 16/10145, S. 26 f., zustimmend *Schützle*, CR 2009, 443 (446).

Es ist lediglich darauf hinzuweisen, dass es in den Formulierungen einige geringfügige Abweichungen gibt, die aber keine inhaltlichen Unterschiede zur Folge haben und mithilfe der Rechtsprechung immer weiter verkleinert werden. Beispielsweise die Impressumspflicht ist hier zu nennen. § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG verlangt nach seinem Wortlaut zwar lediglich Informationen über die Identität und die Anschrift des Unternehmers. Nach Auffassung der Rechtsprechung sei aber „auch die Angabe der Rechtsform deswerbenden Unternehmens“⁷⁴¹ anzugeben.

Nach klarem Wortlaut des § 5a Abs. 3 UWG folgt aus dem Vorenthalten der wesentlichen Informationen *per se* ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die fehlende Angabe geeignet ist, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen. Denn die Wesentlichkeit der Pflichtangaben, deren Offenlegung eine unionsrechtliche Grundlage haben, (vgl. § 5a Abs. 4 UWG – also: alle Pflichtinformationen im Fernabsatzrecht), wird im Wege einer unwiderlegbaren Vermutung fingiert und eine Prüfung der geschäftlichen Relevanz nach § 3 Abs. 2 UWG entfällt.⁷⁴² Selbst das Fehlen der Umsatzsteueridentifikationsnummer im Impressum ist also ausreichend, um eine Irreführung durch Unterlassen zu begründen. Ob dies nachvollziehbar ist, erscheint natürlich zweifelhaft.⁷⁴³ Der Wortlaut des § 5a Abs. 3 UWG – unabhängig von der Frage, ob der in § 5a Abs. 3 UWG enthaltene Katalog abschließend ist⁷⁴⁴ – wird deshalb in der Literatur im Wege der richtlinienkonformen Auslegung dahingehend korrigiert; zusätzlich wird die Prüfung verlangt, ob der Durchschnittsverbraucher die vorenthaltene Information unter den gegebenen Umständen tatsächlich benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen.⁷⁴⁵

Eine ausführliche Diskussion über die tatbestandsmäßige Reduktion kann hier dahingestellt bleiben, denn aus strafrechtlicher Sicht ist lediglich ein Punkt besonders bedeutsam: Die Einführung von § 5a Abs. 2 bis Abs. 4 UWG führt im deutschen Recht zu einer entscheidenden Strukturänderung. Er trennt dogmatisch scharf die „Irreführung durch Weglassen der Angaben“ von der „Irreführung durch Nichtstun“.⁷⁴⁶ Damit wurde der jahr-

⁷⁴¹ BGH GRUR 2013, 1169 (Rdn. 14) – *Brandneu von der IFA*.

⁷⁴² BGH GRUR 2010, 852 (Rdn. 21) – *Gallardo Spyder*; BGH GRUR 2010, 1142 (Rdn. 24) – *Holzocker*; BGH GRUR 2011, 82 (Rdn. 33) – *Preiswerbung ohne Umsatzsteuer*; BGH GRUR 2012, 842 (Rdn. 25) – *Neue Personenkraftwagen*; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5a Rdn. 5, 56 f.; *Bornkamm*, WRP 2012, 1 (5); *Peifer*, in: Fezer-UWG, § 5a Rdn. 4; v. *Walter/Kluge*, WRP 2013, 866 (Rdn. 4); abweichend BGH GRUR 2009, 1180 (Rdn. 30) – *0,00 Grundgebühr*; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 3 Rdn. 151.

⁷⁴³ Vgl. *Schröder*, WRP 2013, 153 (Rdn. 6).

⁷⁴⁴ **(Pro)** *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5a Rdn. 98; **(contra)** BT-Drucks. 16/10145, S. 25; *Peifer*, in: Fezer-UWG, § 5a Rdn. 36.

⁷⁴⁵ *Alexander*, WRP 2014, 501 (Rdn. 81); *Köhler*, WRP 2014, 259 (Rdn. 38 ff.); *Steinbeck*, WRP 2011, 1221 (1224).

⁷⁴⁶ *Peifer*, in: Fezer-UWG, § 5a Rdn. 1.

zehntelang geltende Grundsatz, das „echte“ Schweigen stelle für sich allein keine Angabe dar und könne daher keine taugliche Grundlage für ein Irreführungsverbot sein,⁷⁴⁷ aufgegeben. Irreführend ist nicht mehr nur „sprechendes Schweigen“, sondern auch das bloße Fehlen der Angaben.⁷⁴⁸ Damit werden Verstöße gegen die Informationspflichten dem Irreführungsverbot unterstellt. Das hat zur Folge, dass nicht nur im Falle des Vorenthaltes einer Information, sondern auch in allen oben angesprochenen Fällen, in denen eine Irreführung abgelehnt wurde, doch nun von einer Irreführung auszugehen ist. Denn sonst würde der Anbieter, dessen fehlerhafte Angabe zwar gegen § 4 Nr. 11 UWG verstößt, allerdings nicht geeignet ist, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen, gegenüber dem Anbieter, der keine Angabe macht, privilegiert.

Es ist aber insgesamt sehr fraglich, ob es tatsächlich die Absicht des Richtliniengebers war, das Irreführungsverbot in den Rechtsbruchtatbestand umzufunktionieren. Vor allem ist festzuhalten, dass der europäische Gesetzgeber den Unlauterkeitstatbestand durch Rechtsbruch nicht kennt.⁷⁴⁹ Er kennt lediglich „irreführende“ und „aggressive“ Praktiken.⁷⁵⁰ Das Vorenthalten der Informationen wird bei solcher Zweiteilung naheliegender Weise der Irreführung zugeschlagen.⁷⁵¹ Der deutsche Gesetzgeber hatte deshalb keine andere Wahl, als eine Vorschrift zu schaffen, die im Text zwar nur von „Unlauterkeit“, ihrer Überschrift nach aber darüber hinausgehend auch von „Irreführung“ spricht (§ 5a Abs. 2 UWG).⁷⁵²

Zumindest besteht daher für § 16 Abs. 1 UWG genügend Raum, an den bisherigen Grundsätzen des Irreführungsverbots festzuhalten. Aus strafrechtlicher Sicht muss deshalb auch die Irreführung durch Unterlassen nach wie vor stets eine Fehlvorstellung auf Seiten des Verbrauchers voraussetzen. Denn das klassische Irreführungsverbot – auch in seiner durch Unterlassen begangenen Form – ist ein Desinformationsverbot, kein Informationsgebot.⁷⁵³ Es bietet deshalb konzeptionell keine Rechtsgrundlage, allgemeine Informationspflichten zur Verbraucheraufklärung zu begründen.⁷⁵⁴ Die in § 5a Abs. 2-4 UWG von der Fehlvorstellungsgefahr unabhängig⁷⁵⁵ geregelten Vorschriften basieren demgegenüber auf dem Informationsgebot, das auch und gerade dann greift, wenn der

⁷⁴⁷ Fezer, WRP 2007, 1021 (1024).

⁷⁴⁸ Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5a Rdn. 17.

⁷⁴⁹ EuGH GRUR 2011, 76 (Rdn. 33) – *Mediaprint*; EuGH GRUR 2013, 1157 (Rdn. 37) – *CHS Tour Services/Team4 Travel*; Fezer, WRP 2010, 577 (582).

⁷⁵⁰ Siehe Fn. 391.

⁷⁵¹ Peifer, in: Fezer-UWG, § 5a Rdn. 4.

⁷⁵² Vgl. Köhler, WRP 2013, 1419 (Rdn. 3).

⁷⁵³ Lindacher, in: GK-UWG, Vor §§ 5, 5a Rdn. 114; Ruess, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 160.

⁷⁵⁴ Fezer, WRP 2007, 1021 (1024).

⁷⁵⁵ BGH GRUR 2012, 943 (Rdn. 13) – *Call-by-Call*.

Verkehr keine Vorstellungen davon hat.⁷⁵⁶ Der Fall des bloßen Fehlens einer Pflichtinformation ist deshalb – zumindest i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG – als ein Fall der zivilrechtlichen⁷⁵⁷ Bestimmung von § 4 Nr. 11 zu behandeln,⁷⁵⁸ der in diesen Fällen ohnehin erfüllt ist.⁷⁵⁹ Eine Ausnahme soll lediglich die unterbliebene Widerrufsbelehrung darstellen, weil nur in diesem Fall das echte Schweigen zum gleichen Ergebnis führen kann wie eine inhaltlich falsche oder unvollständige Information, nämlich dass der Verbraucher davon abgehalten wird, von seinen Rechten Gebrauch zu machen (§ 5a Abs. 3 Nr. 5 UWG).⁷⁶⁰

Die hier vertretene Auffassung wurde auch jüngst vom BGH im Rahmen des Binnenverhältnisses der §§ 5, 5a UWG bestätigt. Der BGH hat ausdrücklich ausgeführt, „dass zwar § 5a Abs. 1 UWG den zuvor in § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG 2004 enthaltenen Irreführungstatbestand regelt, dass aber die in den nachfolgenden Absätzen 2 bis 4 des § 5a UWG enthaltenen Bestimmungen an sich eher dem Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG zuzuordnen sind“.⁷⁶¹ Der BGH hat weiterhin darauf hingewiesen, dass zwar die Typenbezeichnung eines Elektrohaushaltsgeräts ein wesentliches Merkmal der Ware i.S.d. § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG sei. Die Frage sei aber davon zu trennen, ob eine Werbung für Elektrogeräte ohne Typenangabe nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG irreführend sei.⁷⁶² Der BGH verwies auf die Kommentierung von *Bornkamm*, wo er zahlreiche Rechtsprechung zitiert, in denen eine Irreführung abgelehnt wurde.⁷⁶³

d) Zwischenfazit

Die bisherigen Untersuchungen haben folgende Ergebnisse erbracht:

- (1) Weder die Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr noch die nachvertraglichen Informationspflichten haben strafrechtliche Relevanz.
- (2) Die vorvertraglichen Informationspflichten müssen sich nicht zwingend auf der Angebotsseite befinden, es genügt die Integration eines Links auf der Angebotsseite, der zu den Informationen führt. Dieser muss aber so beschaffen sein, dass eindeutig ersichtlich ist, dass sich dahinter Informationen verbergen. Außerdem muss er leicht auffindbar sein und auf direktem Wege zu den Informationen führen. Bei der grundsätzlich möglichen In-

⁷⁵⁶ *Lindacher*, in: GK-UWG, Vor §§ 5, 5a Rdn. 115.

⁷⁵⁷ *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 32: „äußerstenfalls Ordnungswidrigkeit“.

⁷⁵⁸ Vgl. *Alexander*, in: MüKo-UWG, § 5a Rdn. 36; *Lindacher*, in: GK-UWG, Vor §§ 5, 5a Rdn. 125; *Peifer*, in: Fezer-UWG, § 5a Rdn. 4; *Peifer*, WRP 2008, 556 (558).

⁷⁵⁹ Statt vieler siehe nur BGH GRUR 2010, 251 (Rdn. 17) – *Versandkosten bei Froogle I*; BGH GRUR 2010, 1110 (Rdn. 19) – *Versandkosten bei Froogle II*; BGH GRUR 2010, 1142 (Rdn. 12) – *Holzocker*; BGH GRUR 2011, 638 (Rdn. 19) – *Werbung mit Garantie*.

⁷⁶⁰ Die Garantenstellung des Anbieters ist zu bejahen, vgl. Gliederungspunkte Teil 2 C II 5 e) und g).

⁷⁶¹ BGH GRUR 2014, 584 (Rdn. 19, 21) – *Typenbezeichnung*, zustimmend *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5a Rdn. 5.

⁷⁶² BGH GRUR 2014, 584 (Rdn. 17) – *Typenbezeichnung*.

⁷⁶³ *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 7.30; siehe auch *Bohne*, GRUR-Prax. 2014, 207 (207).

tegration der Informationen in die AGB des Anbieters muss das Transparenzgebot zwingend beachtet werden.

(3) Werden Informationspflichten gestalterisch oder inhaltlich nicht erfüllt, kommen die wettbewerbsstrafrechtlichen Sanktionen in Betracht. Dabei ist zu beachten, dass § 4 Nr. 11 UWG und § 5 UWG zwei verschiedene und voneinander unabhängige Anwendungsbereiche haben. Während jede Informationspflichtverletzung für die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes i.S.d. Rechtsbruchstatbestandes ausreichend ist, setzt § 16 Abs. 1 UWG eine *irreführende* unlautere geschäftliche Handlung voraus. In jedem Einzelfall ist das Vorliegen einer Fehlvorstellung gesondert zu untersuchen. Zwar kann man diese zusätzliche Untersuchung im Wettbewerbszivilrecht weglassen. Sie ist aber im Wettbewerbsstrafrecht unverzichtbar, weil man nur mithilfe dieses zusätzlichen Unlauterkeitsmerkmals die strafrechtlich relevanten Informationspflichtverletzungen bestimmen kann.

(4) Das gilt für das Verhältnis des § 16 Abs. 1 UWG zu § 5a Abs. 2-4 UWG gleichermaßen, weil das Vorenthalten einer Information dogmatisch § 4 Nr. 11 UWG zuzuordnen ist. Der in § 5a Abs. 2-4 UWG genannte Katalog von Informationspflichten kann demzufolge nur dann eine strafrechtliche Relevanz haben, wenn das Vorenthalten der darin enthaltenen Informationspflichten geeignet ist, den Verbraucher in die Irre zu führen, was aber in der Regel schwer vorstellbar ist, weil die unterbliebenen Informationen für eine Fehlvorstellung nicht kausal sein können. § 5a Abs. 3 Nr. 5 UWG stellt eine Ausnahme dar.

Nach diesen Grundsätzen kann man nun die weiteren Informationspflichten aus strafrechtlicher Sicht näher betrachten.

e) Irreführung über Produkteigenschaften – Garantenstellung des Anbieters

Der Unternehmer muss den Verbraucher über alle wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung informieren (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB). Dazu zählen Angaben über die Beschaffenheit eines Produkts, über seine geographische oder betriebliche Herkunft und über die Ergebnisse, die von der Verwendung des Produkts zu erwarten sind. Dasselbe gilt für Risiken, Zubehör, Verfahren oder Zeitpunkt der Herstellung, Lieferung oder Erbringung, Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge etc. (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG). Alle diese Angaben können Gegenstand einer Irreführung sein.

(1) Bezüglich einer Irreführung kann man aufgrund des Kohärenzgebots auf eine ausführliche Darstellung verzichten und auf die umfangreich zum Offline-Bereich ergangene

Rechtsprechung hinweisen, weil diese ohne weiteres auch auf den Online-Bereich übertragbar ist:

So hat das LG Aurich festgestellt, dass, wenn ein Hotel im Internet mit „drei Sternen“ wirbt, ohne über eine entsprechende Klassifizierung des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes zu verfügen, dieses über die Art und Ausführung der beworbenen Dienstleistung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG irreführt.⁷⁶⁴

Im Internet sind dabei aber auch – ähnlich wie im Offline-Bereich – die Anforderungen an einen Durchschnittsverbraucher zu beachten. In diesem Zusammenhang ist lediglich auf die „*Falsche Suchrubrik*“-Entscheidung des BGH hinzuweisen. Im zugrunde liegenden Fall inserierte der Anbieter in der Rubrik „bis 5000 km“ einer Internethandelsplattform ein Kfz mit der im Druck hervorgehobenen Überschrift „BMW 320 d Tou. Gesamt-KM 112.970 ATM-1260 KM. – EUR 17.800“. Aus der anschließenden Fahrzeugbeschreibung ergab sich, dass der Pkw zum Angebotszeitpunkt einen Gesamtkilometerstand von 112.970 km aufwies und dass bei 111.708 km ein Austauschmotor eingebaut worden war, der nunmehr einen Kilometerstand von 1.260 km hatte. Der BGH stellte fest, dass eine irreführende geschäftliche Handlung darin liegen kann, dass ein Kfz auf einer Internethandelsplattform in eine Suchrubrik mit einer geringeren als der tatsächlichen Laufleistung des Pkw eingestellt wird; denn es handele sich insoweit grundsätzlich um eine unwahre Angabe über die Produkteigenschaft des angebotenen Fahrzeugs. Zur Irreführung des Verkehrs sei eine solche unzutreffende Einordnung aber nicht geeignet, wenn für einen Durchschnittsverbraucher bereits aus der Überschrift der Anzeige die tatsächliche Laufleistung ohne weiteres hervorgeht, der Verkehr also nicht getäuscht wird.⁷⁶⁵

(2) Aus strafrechtlicher Sicht ist die weitaus interessantere Frage, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen der Anbieter die wesentlichen Merkmale der Ware *verschweigt*. Hier stellt sich die Frage, ob das Verschweigen wesentlicher Umstände aus strafrechtlicher Sicht eine konkludente Täuschung oder ein Unterlassen darstellt. Diese Frage kann anhand von zwei Beispielen erörtert werden: Im ersten Beispiel bewirbt der Anbieter das Produkt als „Komplettangebot“. Im zweiten Beispiel verschweigt der Anbieter eines Produkts, dass für die Verwendungsmöglichkeit der Ware Zubehörteile erforderlich sind, die gesondert erworben werden müssen.⁷⁶⁶ Auch aus dem Gesamteindruck ergibt sich in beiden Fällen nicht, dass Folgeinvestitionen erforderlich sind, da diese Ware üblicherweise mit Zubehör geliefert wird und der Durchschnittsverkehr daran gewöhnt ist.

⁷⁶⁴ LG Aurich WRP 2009, 1579 (1580) – *Drei-Sterne-Hotel*.

⁷⁶⁵ BGH GRUR 2012, 286 (Rdn. 21) – *Falsche Suchrubrik*.

⁷⁶⁶ Vgl. hierzu Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5a Rdn. 29.

(a) Entgegen der Literaturmeinung, wonach das Verschweigen einzelner Tatsachen kein positives Verhalten darstelle,⁷⁶⁷ ist im ersten Beispiel ohne weiteres von einem positiv konkludenten Tun auszugehen. Denn eine Täuschung durch konkludentes Verhalten liegt vor, wenn nach dem Empfängerhorizont und der Verkehrsauffassung dem tatsächlichen Handeln ein Erklärungswert (Gesamtwirkung) zukommt.⁷⁶⁸ Aus diesem Grund ist von einer Möglichkeit einer schlüssigen Erklärung immer auszugehen, wenn das Verhalten des Werbenden so verstanden werden kann, dass er die verschwiegenen Tatsachen aus der Perspektive eines vernünftigen Durchschnittsverbrauchers tatsächlich – im Sinne von konkludent – mit erklärt hat.⁷⁶⁹ Das genau ist der Fall im ersten Beispiel, da ein Durchschnittsverbraucher „Komplettangebot“ so versteht, dass das Zubehör im Preis enthalten sei. Selbst wenn man nicht auf das Kriterium der „Gesamtwirkung“, das letztendlich eine Fortführung des aus dem Hauptstrafrecht bekannten „Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit“⁷⁷⁰ darstellt, zurückgreift, sondern auf das Vorliegen eines für den tatbestandlichen Erfolg kausalen „Energieeinsatzes“ abstellt,⁷⁷¹ kommt man zu dem gleichen Ergebnis. Wer unter Fortlassung wesentlicher Umstände wirbt, setzt Energie ein und gibt konkludent zu erkennen, dass die von ihm gemachten Angaben einen Inhalt haben, der für den Irrtum des Verbrauchers kausal ist.

Hier der favorisierten Auffassung folgend, muss ein positives konkludentes Tun bejaht werden, wenn z.B. Unterhaltungselektronik ohne Hinweis auf die Beschränkungen der Interoperabilität oder Kompatibilität mit bestimmter Hard- oder Software auf Auktionsplattformen gestellt wird (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 264a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 15 EGBGB),⁷⁷² Textilien aus Mischgewebe als „aus Wolle“ bestehend angeboten⁷⁷³ oder Waren aus minderwertigen oder müllrecyclten Stoffen als „neueste Formen“ oder „prima Qualität“ angepriesen werden.⁷⁷⁴ Um einen Fall des positiven Tuns handelt es sich auch, wenn der Werbende für sein bei einem Warentest mit der Note „gut“ bewerteten Produkt mit der Aussage „Test Gut“ wirbt, obwohl das getestete Produkt in Wahrheit unter dem Gesamtdurchschnitt der getesteten Produkte geblieben ist, weil unter den getesteten Produkten 10 mit „sehr gut“, 11 mit „gut“ und eins als „zufriedenstellend“ bewertet

⁷⁶⁷ *Hernández*, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung, S. 229 ff.; 234 ff., 238 ff., 244.

⁷⁶⁸ Vgl. *Fischer*, StGB, § 263 Rdn. 18; *Gaede*, in: *AnwaltK-StGB*, § 263 Rdn. 25; *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 263 Rdn. 32; *Tiedemann*, in: *LK*, § 263 Rdn. 25.

⁷⁶⁹ *Brammsen*, in: *MüKo-UWG*, § 16 Rdn. 41; *Kilian*, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 39 ff.; *Kugler*, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 199 ff.; *Otto*, in: *GK-UWG* (1. Auflage), § 4 Rdn. 40; *Rengier*, in: *Fezer-UWG*, § 16 Rdn. 70; *Wolters*, in: *GK-UWG*, § 16 Rdn. 20.

⁷⁷⁰ Vgl. *Stree/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, Vor § 13 Rdn. 158a.

⁷⁷¹ Vgl. *Rudolphi/Stein*, in: *SK-StGB*, Vor § 13 Rdn. 6 f., 77; *Wohlers/Gaede*, in: *NK-StGB*, § 13 Rdn. 7.

⁷⁷² Vgl. BGH GRUR 2000, 76 (77) – *Shareware-Version*.

⁷⁷³ Vgl. BGHSt 16, 220 (220) – *Zellwollhosen-Fall*.

⁷⁷⁴ Vgl. RGSt 36, 430 (430 f.) – *Prima Qualität*.

wurde.⁷⁷⁵ Von einer konkludenten Täuschung ist deshalb auszugehen,⁷⁷⁶ weil der Anbieter mit seiner Aussage zugleich erklärt, sein Produkt habe ein überdurchschnittlich gutes Testergebnis erzielt.⁷⁷⁷ Um einen Fall des positiven Tuns handelt es sich auch, wenn ein Unternehmen eine Telefondienstleistung als vollwertige Alternative zu Telekom Anschlüssen anbietet, ohne darauf hinzuweisen, dass hierbei eine Nutzung von „Call-by-Call“- oder „Preselection“-Angeboten von Drittanbietern nicht möglich ist, weil er ohne besondere Hinweise konkludent erklärt, dass die genannten Möglichkeiten auch bei anderen Anbietern nicht genutzt werden können.⁷⁷⁸

(b) Im zweiten Beispiel ist dagegen von einem Unterlassen auszugehen.⁷⁷⁹ Denn das Verschweigen des Anbieters, dass für die Verwendungsmöglichkeit der Ware Zubehörteile erforderlich sind, die gesondert erworben werden müssen, kann nicht ohne weiteres als „Komplettangebot“ behandelt werden. Er erklärt nicht konkludent, dass Zubehör im Preis enthalten sei. Ebenso erklärt derjenige Anbieter nicht konkludent, dass es sich bei seiner Ware um aktuelle oder neuere Produkte handle, obwohl er weiß, dass es schon neuere Produkte gibt. Natürlich ist seine Werbeaussage anfechtbar, jedoch kann sein „stille“ Produktpräsentation im Aussagegehalt nicht mit begleitenden Angaben wie „aktuelle“, „neue“ oder „Saison-Ware“ gleichgesetzt werden.⁷⁸⁰ Ebenso ist von einem Unterlassen auszugehen, wenn der Anbieter bei Verkauf eines Importfahrzeugs über eine Internethandelsplattform es unterlässt, darauf hinzuweisen, dass das Importfahrzeug über eine etwas schlechtere Serienausstattung verfügt als ein im Inland erworbenes Fahrzeug desselben Herstellers.⁷⁸¹

⁷⁷⁵ Vgl. BGH GRUR 1982, 437 (438) – *Test Gut*.

⁷⁷⁶ Ebenso *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, Rdn. 450; *a.A. Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 41; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 70; *Rengier*, in: FS-Otto, S. 727 (736); vgl. auch *Hart/Silberer*, GRUR 1983, 691 (698).

⁷⁷⁷ Die Straftat scheitert aber im geltenden Recht an der Unwahrheit der Angaben [siehe Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (b) und Teil 2 C III 3 b)].

⁷⁷⁸ Vgl. BGH GRUR 2011, 846 (Rdn. 22 ff.) – *Kein Telekom-Anschluss nötig*.

⁷⁷⁹ Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass eine Begehung durch Unterlassen nach § 16 Abs. 1 UWG ausgeschlossen sei, *Hernández*, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung, S. 238 ff.; *Puchinger*, Irreführung durch Informationspflichtverletzung, S. 215 ff., 234 f.; *Rengier*, in: FS-Otto, S. 727 (740 f.); *Trepper*, in: Götting/Nordemann, UWG, § 16 Rdn. 10. Ihr Fazit lautet: Selbst wenn man eine Anwendung des § 13 StGB auf § 16 Abs. 1 UWG zulasse und mit einigem Begründungsaufwand eine Garantenstellung des Werbenden bejahe, so lasse sich dennoch die Entsprechungsklausel des § 13 StGB hinsichtlich des Verschweigens von Tatsachen in Bezug auf § 16 Abs. 1 UWG nicht überwinden, weil die Anwendung des § 13 StGB die Existenz eines abzuwendenden Erfolges im Sinne eines Erfolgsdelikts voraussetze, weshalb die Erfüllung des Tatbestandes der strafbaren Werbung, welcher kein Erfolgsdelikt sei, durch unechtes Unterlassen von vornherein ausgeschlossen sei. Diese Auffassung ist sicherlich nicht überzeugend, weil der abzuwendende Erfolg in § 13 StGB nicht im Sinne eines Erfolgsdelikts auszulegen ist, *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rdn. 3. § 13 StGB gilt deshalb auch für abstrakte Gefährdungsdelikte, also auch für § 16 Abs. 1 UWG.

⁷⁸⁰ *Rengier*, in: FS-Otto, S. 727 (735).

⁷⁸¹ Vgl. BGH GRUR 1999, 1125 (1126) – *EG-Neuwagen II*; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 12a; *Rengier*, in: FS-Otto, S. 727 (735).

Ob diese Fälle strafrechtliche Relevanz haben können, bedarf näherer Untersuchung. Denn die zivilrechtliche Rechtsprechung bejaht in diesen Fällen zwar ohne weiteres eine Aufklärungspflicht und damit auch eine Irreführung,⁷⁸² da aber die Strafbarkeit einer Irreführung durch Unterlassen an höhere Voraussetzungen geknüpft ist als die zivilrechtliche Haftung, kann die zivilrechtliche Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht nicht spiegelbildlich auf § 16 Abs. 1 UWG übertragen werden kann. *Rengier* weist zutreffend darauf hin, dass zivilrechtliche Aufklärungspflichten und eine strafrechtliche Garantenstellung sich nicht decken.⁷⁸³ Es stellt sich also die Frage nach der Garantenstellung des Werbenden. Da der Tatbestand der irreführenden Werbung im Vorfeld des Betruges angesiedelt ist, so ist diese Frage anhand der überwiegend anerkannten Grundsätze des Betruges durch Unterlassen⁷⁸⁴ zu untersuchen. Eine Garantenstellung kann demzufolge aus dem Gesetz, dem Vertrag sowie aus dem Grundsatz von Treu und Glauben⁷⁸⁵ abgeleitet werden.⁷⁸⁶

Tatsächlich ist es heute im Betrugsstrafrecht weitgehend anerkannt, dass, unabhängig von rein strafrechtlichen Normen, die Garantenpflicht auch durch außerstrafrechtliche Normen⁷⁸⁷ auferlegt werden kann. Man kann deshalb zunächst daran denken, ob nach der Einfügung des § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG a.F. durch die UWG-Reform 2004 bzw. des § 5a Abs. 1 UWG durch die UWG-Novelle 2008 die Garantenstellung aus der gesetzlichen Mitteilungspflicht abgeleitet werden kann. Es gibt allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 5 Abs. 2 Satz 2 UWG a.F. bzw. § 5a Abs. 1 UWG nicht nur die bisherige Rechtsprechung zum Irreführen durch Verschweigen gesetzlich verankern, sondern darüber hinaus eine strafbewehrte Aufklärungspflicht begründen wollte.⁷⁸⁸

⁷⁸² Siehe nur BGH GRUR 1999, 757 (758) – *Auslaufmodelle I*; BGH GRUR 1999, 760 (761) – *Auslaufmodelle II*; BGH GRUR 1999, 1122 (1123) – *EG-Neuwagen I*; BGH GRUR 1999, 1125 (1126 f.) – *EG-Neuwagen II*; BGH GRUR 2000, 616 (618) – *Auslaufmodelle III*.

⁷⁸³ *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 72.

⁷⁸⁴ Vgl. nur *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 18 ff.; *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 51, 53 ff. Die Literaturansicht, wonach „Täuschung durch Unterlassen“ bei § 263 StGB grundsätzlich abzulehnen sei, hat sich nicht durchgesetzt, so aber zuletzt *Kargl*, ZStW 119 (2007), 250 (262 ff., 267 ff., 287).

⁷⁸⁵ AllgM: *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rdn. 14; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 23; *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 66 f.; *Waßmer/Kießling*, NZWiSt 2012, 313 (313); *a.A.* *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 176 Fn. 154.

⁷⁸⁶ Im Folgenden soll die Ingerenzhaftung nicht diskutiert werden, weil sie grundsätzlich nur dann in Betracht kommt, wenn der Werbende seine irreführenden Angaben nicht beseitigt, siehe Gliederungspunkt Teil 3 B II.

⁷⁸⁷ Vgl. *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 158; *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 60.

⁷⁸⁸ Ebenso *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 12a; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 16 Rdn. 18; *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 97; *Janssen/Maluga*, in: MüKo-StGB, UWG, § 16 Rdn. 31; *Rengier*, in: FS-Otto, S. 727 (739 f.); *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 74; *Wolters*, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 21.

Im Betrugsstrafrecht kann eine Garantenstellung ferner aus vertraglichen Aufklärungspflichten abgeleitet werden. Sie setzt allerdings ein besonderes Vertrauensverhältnis voraus,⁷⁸⁹ es sei denn, die Parteien haben eine Aufklärungspflicht ausdrücklich vertraglich vereinbart.⁷⁹⁰ Fehlt eine ausdrückliche Abrede, kann ein derartiges besonderes Vertrauensverhältnis nach der herrschenden Lehre nur bei laufenden Geschäftsbeziehungen oder langjährigen Geschäftspartnerschaften angenommen werden,⁷⁹¹ wenn sich die Beteiligten bislang die erwarteten Informationen tatsächlich erteilt haben.⁷⁹² Das ist bei alltäglichen Kaufverträgen bei Online-Auktionen sicherlich nicht der Fall. Nach diesen Grundsätzen ist es offensichtlich, dass sich aus dem Vertrag keine Garantenstellung ableiten lässt. Der Anbieter muss also nicht offenbaren, dass der Versteigerungsgegenstand etwa ein Auslaufmodell ist.

Übrig bleibt also lediglich die Möglichkeit, die Garantenstellung aus Treu und Glauben abzuleiten. Diesen Weg hat vor 40 Jahren *Tiedemann* vorgeschlagen. Nach seiner Auffassung ist die von der Rechtsprechung i.R.d. § 263 StGB aus Treu und Glauben abgeleitete Garantenstellung auf den im Vorfeld des Betruges angesiedelten Straftatbestand der irreführenden Werbung zu übertragen.⁷⁹³

Die herrschende wettbewerbsstrafrechtliche Literatur lehnt dagegen die Garantenstellung des Werbenden aus § 242 BGB ab. Einhellig wird auf die fehlende Nähebeziehung zwischen Werbenden und Adressaten bei der öffentlichen Werbung hingewiesen.⁷⁹⁴ *Rengier* erklärt den Standpunkt der herrschenden Meinung folgendermaßen: „Dass einer vom Betrugstatbestand her in den § 16 Abs. 1 UWG hineininterpretierten etwaigen Garantenstellung aus Treu und Glauben das Betrugsfundament fehlt, belegen Stellungnahmen, die aus der Sicht des § 263 StGB in parallel zu den Auslaufmodell-Fällen liegenden Konstellationen ein betrugsrelevantes Unterlassen nicht anerkennen und betonen, dass es keine betrugsspezifische Pflicht gebe, über den Auslaufmodellcharakter der verkauften Ware aufzuklären.“ Denn „es ist heute auch innerhalb der Rechtsprechung nicht mehr so allgemein

⁷⁸⁹ *Fischer*, StGB, § 263 Rdn. 46; *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 61.

⁷⁹⁰ *Fischer*, StGB, § 263 Rdn. 45.

⁷⁹¹ *Waßmer/Kießling*, NZWiSt 2012, 313 (315) weisen aber zutreffend darauf hin, dass es der Annahme einer strafrechtlich relevanten Aufklärungspflicht überhaupt nicht entgegenstehe, dass der Verkäufer gegenüber dem Käufer nur einmalig in Erscheinung trete, wenn es sich etwa um einen massiven Schimmelbefall handelt, siehe auch *Fischer*, StGB, § 263 Rdn. 49a.

⁷⁹² *Fischer*, StGB, § 263 Rdn. 46; *Kindhäuser*, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 161; *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 63.

⁷⁹³ *Tiedemann*, JR 1973, 429 (430); *Tiedemann*, ZStW 86 (1974), 990 (1023).

⁷⁹⁴ *Ebert-Weidenfeller*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Teil Kap. 3 Rdn. 16; *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 97; *Kugler*, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 205 ff.; *Otto*, in: GK-UWG (1. Auflage), § 4 Rdn. 40; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 72 f.; siehe auch *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 12a; *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 40; *Janssen/Maluga*, in: MüKo-StGB, UWG, § 16 Rdn. 32; *Trepper*, in: Götting/Nordemann, UWG, § 16 Rdn. 10; *Wolters*, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 21.

anerkannt, dass wie es BGHSt 6, 198, 199 formuliert, Treu und Glauben die Pflicht begründen können, den Vertragsgegner über Umstände aufzuklären, die für seine weiteren Entschlüsse erkennbar von Bedeutung sind.“⁷⁹⁵

Rengier ist dahingehend zuzustimmen, dass tatsächlich in der neueren Zeit eine Garantenstellung aus Treu und Glauben auch im Betrugsstrafrecht nicht vorschnell bejaht wird. So verlangt der BGH für das Vorliegen einer Offenbarungspflicht ein besonderes Vertrauensverhältnis,⁷⁹⁶ von welchem im Normalfall zwischen Werbenden und Adressaten keine Rede sein kann. Rengier verdient daher volle Zustimmung, wenn er sagt, dass Werbung auf Lückenhaftigkeit und Beschönigung angelegt sei. Der Verbraucher – und der „vernünftige“ erst recht – weiß dies und wird sich deshalb bei Bedarf bemühen, weitere Informationen zu sammeln, um das Unwissenheitsrisiko zu minimieren. Der Durchschnittsverbraucher tritt der Werbung deswegen mit einem gesunden Misstrauen entgegen.⁷⁹⁷

Rengier und die herrschende Meinung übersehen allerdings die Tatsache, dass § 16 Abs. 1 UWG kein Vermögensgefährdungsdelikt ist.⁷⁹⁸ Die Frage lautet nicht, ob ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Werbenden und Adressaten besteht bzw. bestehen kann. Die entscheidende Frage lautet vielmehr, ob ein besonderes Vertrauensverhältnis überhaupt eine Voraussetzung für die Annahme einer Garantenstellung im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG sein soll. Denn die Annahme einer Garantenstellung aus Treu und Glauben beim Betrug ist durch das Verlangen eines besonderen Vertrauensverhältnisses deshalb eingeschränkt worden, weil der Betrug ein Vermögensdelikt ist und der Schutz des Vermögens die primäre kriminalpolitische Funktion dieser Strafbestimmung bildet. Konkret bedeutet das, dass jemand als Garant für den Erfolg im Sinne des § 263 StGB nur dann einzustehen hat, wenn er aus einer besonderen Pflicht für den Schutz des fremden Vermögens verantwortlich ist. Eine betrugsspezifische Garantenstellung setzt demnach eine besondere Stellung des Täters voraus, die ihn zur Abwendung des Erfolges der Vermögensbeschädigung verpflichtet. Eine bloße Aufklärungspflicht, die lediglich den Irrtum des Opfers beseitigt, reicht hierfür nicht aus. Vielmehr muss die Aufklärungspflicht gera-

⁷⁹⁵ Rengier, in: FS-Otto, S. 727 (738).

⁷⁹⁶ BGHSt 39, 392 (398) – *Abheben eines zu viel überwiesenen Betrages*. Diese Einschränkung ist auch in der Literatur auf Zustimmung gestoßen, selbst Tiedemann, in: FG-50 Jahre BGH, Band IV, S. 551 (555): „Bei der Täuschung durch Unterlassen ist in der neueren BGH-Rechtsprechung eine von der Wissenschaft ausnahmslos begrüßte Tendenz zu Restriktion zu erkennen, vor allem soweit die Annahme von Garantenstellung aus Treu und Glauben in Frage steht. Diese Restriktionstendenz ist schon deshalb als berechtigt anzusehen, weil die Interpretation des geltenden Betrugstatbestands durch die herrschende Meinung (insbesondere mit der Annahme von schadensgleichen Vermögensgefährdungen, der Konstruktion des so genannten Eingehungsbetruges und auch der Einordnung subjektiver Gegebenheiten als innere Tatsachen) im europäischen Rechtsvergleich außerordentlich weit geht und daher nicht nur im deutschsprachigen Ausland häufig abgelehnt wird.“

⁷⁹⁷ Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 73.

⁷⁹⁸ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 a) bb).

de dem Vermögensschutz dienen.⁷⁹⁹ M.a.W.: Allein die Beeinträchtigung des Vermögens fällt unter den Erfolgsbegriff des § 13 StGB, diesen Erfolg muss der Unterlassungstäter abwenden. Der Erfolg im Sinne des § 13 StGB ist beim § 263 StGB deshalb nicht der Irrtumserfolg,⁸⁰⁰ der vielleicht auch zur Vermögensverfügung und zum einen Gefährdungsschaden führen kann.

Da aber § 16 Abs. 1 UWG gerade die Dispositionsfreiheit schützt und nur deshalb der Tatbestand im Vorfeld des Betruges wirken kann, muss man die Garantenstellung der Person annehmen, die werbend am Geschäftsverkehr teilnimmt. Sonst verliert der Tatbestand jegliche Bedeutung, weil insbesondere die tatbestandsausweitende Wirkung des Eignungselements übersehen wird.

Die Annahme einer Garantenstellung aus Treu und Glauben ist ferner keine Wiederbelebung von BGHSt 6, 198 (199), weil einerseits die Anzahl der Informationen, die ein Durchschnittsverbraucher für seine Entscheidungen benötigt, deutlich geringer ist als die Anzahl der Informationen, die man benötigt, um einem dem Betrug zugrunde liegenden Opferleitbild gerecht zu werden. Andererseits sind diese Informationen in qualitativer Hinsicht auf jeden Fall für einen Kaufentschluss unentbehrlich.

Gegen eine Garantenstellung aus Treu und Glauben im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG spricht auch die Grundannahme nicht, nach der sich ein Durchschnittsverbraucher bemüht, weitere Informationen zu sammeln. Das Bemühen des Verbrauchers trägt nur in den Fällen Früchte, in denen der Anbieter sachgemäße und inhaltlich korrekte Informationen zur Verfügung stellt. In diesem Fall muss der Verbraucher diese Informationen zur Kenntnis nehmen. Wenn der Verbraucher trotz aller Bemühungen, seiner Informationsobliegenheit nachzukommen, keine entsprechenden Informationen findet, so sollte sich in diesem Fall das Informationsrisiko zu Lasten des Werbenden verlagern.

Dies ergibt sich aus der Grundidee des Informationsmodells, wonach jede Partei für ihre rechtsgeschäftlichen Entscheidungen in voller Selbstverantwortlichkeit einzustehen hat. Die Beschaffung und die Einordnung der für die Disposition relevanten Informationen und die Fürsorge obliegen daher grundsätzlich dem Verbraucher. Es ist daher nicht sachgerecht, eine Garantenstellung aus Treu und Glauben schon dann zu bejahen, wenn der Täter lediglich durch sein überlegenes Wissen die unzureichende Informationsausstattung des Verbrauchers ausnutzt und gerade diese Ausnutzung des Wissensvorsprungs durch den Täter kausal für eine Fehlentscheidung ist. Diese Überlegung stößt aber an ihre

⁷⁹⁹ In diesem Sinne sehr lesenswert: OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868 (2869), das eine Garantenstellung des „doppelten Rechtsreferendars“ zu Recht verneint.

⁸⁰⁰ Zutreffend *Seibert*, Die Garantenpflichten beim Betrug, S. 167 f.

Grenze, wenn die benötigten Informationen dem Durchschnittsverbraucher vor vornehmer-
ein überhaupt nicht zugänglich sind.

In diesem Fall bedeutet die Annahme einer Garantenstellung aus Treu und Glauben auch keine unzulässige Gleichstellung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten mit der strafrechtlichen Garantenstellung, da heute in den meisten Fällen die angenommenen zivilrechtlichen Aufklärungspflichten dogmatisch zu § 5a Abs. 2-4 UWG gehören, welcher den Zugang des Verbrauchers zu wesentlichen Informationen gewährleistet. Denn meistens handelt es sich um wesentliche Merkmale des angebotenen Produkts, für die nach § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG eine ausdrückliche Informationspflicht besteht. Grundlage der Garantenstellung aus Treu und Glauben im Wettbewerbsstrafrecht ist aber § 5a Abs. 1 UWG, der dogmatisch zu § 5 UWG gehört⁸⁰¹ und keine allgemeine Informationspflicht begründet. Verhindert ist lediglich die Fehlvorstellung des Verbrauchers durch einen fehlerhaften Informationsinhalt.⁸⁰² Damit ist der Werbende prinzipiell nicht verpflichtet, sich selbst anzuschwärzen und alle geringen oder gar negativen Eigenschaften seines Angebots zu offenbaren.⁸⁰³ Er darf und soll lediglich den Verbraucher durch seine Angebotspräsentation nicht in die Irre führen.

Aus strafrechtlicher Sicht besteht daher kein Grund, eine Garantenstellung anzunehmen, wenn der Anbieter auf einen im Handel noch nicht vollzogenen Modellwechsel nicht hinweist. Diesen Bereich übernehmen die wettbewerbszivilrechtlichen Bestimmungen von § 5a Abs. 2-4 UWG i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG. So muss der Verkäufer einer Sache nicht über die Angemessenheit des Preises⁸⁰⁴ aufklären. Der Verkäufer muss ferner nicht offenbaren, dass die Kaufsache ein Auslaufmodell ist⁸⁰⁵ oder dass das Importfahrzeug über eine etwas schlechtere Serienausstattung verfügt als ein im Inland erworbenes Fahrzeug desselben Herstellers. Anders wären aber die Fälle zu beurteilen, in denen auf den Umstand des Imports nicht hingewiesen wird. Denn auch ein Durchschnittsverbraucher geht in diesem Fall nicht davon aus, dass das beworbene Fahrzeug in wichtigen Ausrüstungs- oder Ausstattungsmerkmalen von der *Serienausstattung* eines für den deutschen Markt hergestellten Fahrzeugs abweicht (z.B. kein Beifahrer-Airbag, keine geteilte Rück-
sitzbank).

⁸⁰¹ Daher wendet der BGH § 5 und § 5a Abs. 1 UWG zutreffend gemeinsam an, ohne beide Tatbestände exakt gegeneinander abzugrenzen, z.B. BGH GRUR 2011, 846 (Rdn. 15 ff.) – *Kein Telekom-Anschluss nötig*; BGH GRUR 2012, 943 (Rdn. 12) – *Call-by-Call*.

⁸⁰² Vgl. Alexander, in: MüKo-UWG, § 5a Rdn. 55 f.

⁸⁰³ Das ist aber der Fall im Wettbewerbszivilrecht: BGH GRUR 1999, 760 (761) – *Auslaufmodelle II*.

⁸⁰⁴ Fischer, StGB, § 263 Rdn. 48; Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 200; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 161; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 17c, 22; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 64.

⁸⁰⁵ Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 46; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 64.

Im Ausgangsbeispiel ist dementsprechend eine Garantenstellung anzunehmen, wenn der Verbraucher davon ausgehen darf, dass das Produkt üblicherweise mit Zubehör geliefert wird. Er wird irregeführt, wenn die gelieferte Ware dieses übliche Merkmal nicht aufweist.

Zu stellen ist deshalb immer die Frage, wovon der Durchschnittsverbraucher nach Treu und Glauben ausgehen darf. Gibt es eine Differenz zwischen der *Wahrheit* und seiner *Vorstellung* aufgrund der verschwiegenen Tatsachen, so sollte eine Garantenstellung angenommen werden. Ergibt sich eine Differenz dagegen nur aufgrund der Tatsachen, über die sich der Verkehr grundsätzlich keine Gedanken macht, deren Offenbarung jedoch gesetzlich vorgeschrieben ist, so ist § 5a Abs. 2-4 UWG einschlägig. Aus diesem Grund geht der BGH in seiner zivilrechtlichen Rechtsprechung zutreffend davon aus, dass die Annahme eines positiven Tuns (§ 5 UWG) bzw. einer Unterlassung i.S.v. § 5a Abs. 1 UWG nicht ausschließt, dass den Verbrauchern wesentliche Informationen i.S.d. § 5a Abs. 2-4 UWG vorenthalten worden sind. Er stützt deswegen zuweilen eine Verurteilung sowohl auf die §§ 5, 5a Abs. 1 UWG als auch auf § 5a Abs. 2-4 UWG.⁸⁰⁶

f) Irreführung über den Gesamtpreis sowie Liefer- und Versandkosten

Nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB sowie nach §§ 1 Abs. 1 Satz 1, 1 Abs. 2 PAngV muss der Verbraucher über den Gesamtpreis (das ist der Preis, der einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile zu zahlen ist) der Waren oder Dienstleistungen, oder in den Fällen, in denen der Preis aufgrund der Beschaffenheit der Waren oder Dienstleistungen vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann, über die Art der Preisberechnung sowie ggf. alle Liefer- und Versandkosten und alle sonstigen Kosten informiert werden. Enthalten diese Informationen zur Täuschung geeignete Angaben, sind diese Informationen nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG irreführend. Dass diese irreführenden Angaben auch eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG bewirken, ist lediglich eine Selbstverständlichkeit, denn schließlich sei der Preis der wichtigste „Aktionsparameter im Wettbewerb, gleichzeitig das informationsdichteste Entscheidungskriterium für die Aktivierung der Kundenentscheidung.“⁸⁰⁷

Es ist aber fraglich, ob bei Online-Auktionen – von „Shill-Bidding“ einmal abgesehen – überhaupt eine Fehlvorstellung über den Gesamtpreis hervorgerufen werden kann. Denn bei diesem Geschäftsmodell hat der Anbieter kaum Einfluss auf den Gesamtpreis. Der

⁸⁰⁶ Siehe nur BGH GRUR 2011, 82 (Rdn. 30, 32) – *Preiswerbung ohne Umsatzsteuer*; BGH GRUR 2011, 1151 (Rdn. 18, 20, 22) – *Original Kanchipur*; OLG Köln GRUR 2015, 75 (Rdn. 24, 47) – *50 De-Mails inklusive*.

⁸⁰⁷ Peifer, in: Fezer-UWG, § 5a Rdn. 54.

Anbieter gibt lediglich einen Startpreis (Mindestpreis) an, welcher für den Bieter nur einen Ausgangspunkt darstellt. Der Preis wird aber durch gegenseitiges Überbieten von Bietern in die Höhe getrieben. Erst mit Ablauf der Auktionslaufzeit steht der Gesamtpreis fest. Ein Durchschnittsverbraucher, der an der Preisermittlung teilnimmt und den Preis durch die eigenen Gebote sogar noch erhöht, kann daher über den Gesamtpreis nicht getäuscht werden. Er kann darüber hinaus auch über die Berechnungsgrundlage nicht getäuscht werden, da es bei Online-Auktionen keine mathematische oder auch nur an rationalen Kriterien angelehnte Methode gibt, vor der Abgabe der Willenserklärung zu ermitteln, zu welchem Gesamtpreis der Vertrag schließlich abgeschlossen wird.⁸⁰⁸ Diese Besonderheit dieses Geschäftsmodells ist auch dem Gesetzgeber bekannt. Durch die Ausnahmeregelung des § 9 Abs. 1 Nr. 5 PAngV entbindet er den Anbieter bei Online-Auktionen, den Gesamtpreis anzugeben, weil lediglich das aktuelle Höchstgebot angezeigt werden kann, welches nicht der Gesamtpreis i.S.d. § 1 Abs. 1 PAngV ist. Diese Ausnahmeregelung ist selbstverständlich auch auf §§ 5, 16 Abs. 1 UWG anzuwenden.⁸⁰⁹ Zu beachten ist aber, dass die Ausnahmeregelung des § 9 Abs. 1 Nr. 5 PAngV den Anbieter nicht von den anderen Informationspflichten entbindet.

(1) Der Verbraucher muss weiterhin über die Liefer- und Versandkosten informiert werden.⁸¹⁰ Zwei Fallgruppen sind denkbar:

(a) Denkbar sind zunächst die Fälle, in denen der Anbieter diese zusätzlichen Kosten ordnungsgemäß angibt. Eine Irreführung kommt hier natürlich nicht in Betracht, weil die zusätzlichen Kosten tatsächlich verlangt werden und damit auch inhaltlich zutreffend sind. Eine Fehlvorstellung liegt selbst dann nicht vor, wenn die bei der Vertragsanbahnung verlangten zusätzlichen Kosten weit über den handelsüblichen Transportkosten liegen. Denn der allgemeinen Meinung nach erklärt derjenige, der etwas zu einem bestimmten Preis anbietet, damit nicht schlüssig mit, dass dieser Preis auch üblich und angemessen sei.⁸¹¹

(b) Denkbar wären ferner die Fälle, in denen der Anbieter über die zusätzlichen Kosten gar keine Angabe macht. Wie oben bereits festgestellt wurde, sind diese Fälle aus wettbewerbsstrafrechtlicher Sicht irrelevant, weil beim bloßen Fehlen der Angaben lediglich die §§ 4 Nr. 11, 5a Abs. 3 Nr. 3-4 UWG einschlägig sind.

⁸⁰⁸ Vgl. Kresse, Die Auktion als Wettbewerbsverfahren, S. 386; Brennscheidt, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, S. 181 f.

⁸⁰⁹ Es ist aber zu beachten, dass dies nur auf klassische Online-Auktionen zutrifft. Anders wäre es bei Angeboten mit der Zusatz-Option „Sofort-Kaufen“. Da hier die Ware zum Gesamtpreis angeboten wird, hat der Anbieter den Verbraucher über den Preis und sonstige Preisbestandteile sofort zu informieren.

⁸¹⁰ Ausführlich Nippe, WRP 2009, 690 (691 ff.).

⁸¹¹ Statt vieler: Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdn. 10.

Dieses Ergebnis soll aber nur für die Fälle als sachgerecht erachtet werden, bei denen die erst nach dem Vertragsabschluss verlangten Lieferkosten handelsüblich ist.

Anders zu beurteilen sind dagegen die Fälle, in denen der Bieter erst nach dem Vertragsabschluss von enorm überhöhten und kaum nachvollziehbaren Lieferkosten erfährt. Diese Fälle sind deshalb anders zu beurteilen, weil sie sich denjenigen Fällen nähern, in denen der Anbieter bei der Vertragsanbahnung lediglich eine Aussage wie die folgende macht: „Verpackungs- und Versandkosten trägt der Bieter“. Im Rahmen des Betrugsstrafrechts neigt *Dingler* in diesen Fällen dazu, eine Täuschungshandlung abzulehnen, weil derjenige, der sich auf ein unbeziffertes Angebot einlässt, zum späteren Missbrauch maßgeblich selbst beitrage. Mit dieser unbestimmten Vereinbarung habe der Bieter den Gefahrenbereich des Verlangens überzogener Nebenkosten gleichberechtigt mit eröffnet.⁸¹²

In diesem Fall ist eine Irreführung *richtigerweise* zu bejahen. Die Idee der Eigenverantwortlichkeit sowie die Feststellung des Ausschlusses der Selbstschädigung aus dem Täuschungsschutz greifen in diesen Fällen nicht, weil der Durchschnittsbietter im Versandhandel zwar damit rechnet, dass zusätzlich zum Preis noch Versandkosten anfallen können,⁸¹³ er aber im B2C-Bereich grundsätzlich davon ausgehen darf, dass die Höhe der Lieferkosten – wenn darüber keine Angaben bei der Vertragsanbahnung gemacht wurden – handelsüblich ist, da sonst die Informationspflicht aus Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB leer laufen würde. Das Subsidiaritätsprinzip kommt also lediglich dann in Betracht, wenn der Bieter trotz seiner voller Kenntnis den überhöhten Versandkosten bezahlt.

(2) Der Verbraucher muss weiterhin darüber informiert werden, ob sich der noch zu ermittelnde Gesamtpreis inklusive der Umsatzsteuer versteht. Wirbt ein unternehmerischer Anbieter, ohne darauf hinzuweisen, dass zuzüglich zum Preis die Mehrwertsteuer zu entrichten ist, so ist die Werbung irreführend, weil der Verkehr aufgrund der Legaldefinition davon ausgeht, dass in den ihm gegenüber anzugebenden Endpreisen die Mehrwertsteuer enthalten ist.⁸¹⁴

⁸¹² *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 226.

⁸¹³ Siehe nur BGH GRUR 2010, 1110 (Rdn. 23) – *Versandkosten bei Froogle II*.

⁸¹⁴ Siehe nur *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 7.109.

g) Irreführung über das Bestehen des Widerrufsrechts sowie über die Einzelheiten der Ausübung des Widerrufsrechts

Der Verbraucher hat bei Online-Auktionen in der Regel nicht die Möglichkeit, die Ware vor Vertragsabschluss zu besichtigen oder sich ihre Eigenschaften im persönlichen Gespräch erläutern zu lassen. Das Widerrufsrecht ist daher die wichtigste Selbstschutzmöglichkeit des Verbrauchers.

Es stellt sich daher die Frage, ob irreführende Angaben über das Widerrufsrecht von § 16 Abs. 1 UWG zu erfassen sind.

Auf den ersten Blick mag diese Frage überraschend wirken, besonders dann, wenn man das Widerrufsrecht als „Kern des Verbraucherschutzes“ betrachtet. Aus wettbewerbsstrafrechtlicher Sicht ist aber die Antwort auf diese Frage nicht so leicht, wie es auf den ersten Blick scheint. Es ist bereits klärungsbedürftig, ob die Informationspflichtverletzung über das Widerrufsrecht überhaupt unter das Irreführungsverbot fallen kann. In diesem Zusammenhang ist das Verhältnis des § 4 Nr. 2 UWG zu § 5 UWG zu klären (aa). Anschließend ist auf die Frage einzugehen, ob das Täuschen über eine Rechtslage überhaupt eine „Angabe“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG darstellen kann (bb). Nur nach diesen Vorfragen kann man konkretisieren, welche Fallgruppe unter dem Irreführungsverbot erfasst werden können (cc). Schließlich ist zu untersuchen, welche Auswirkungen der Begriff der „Werbung“ auf den Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG hat, während das zivilrechtliche Irreführungsverbot von „geschäftlichen Handlungen“ spricht (dd).

aa) Ausnutzen der Rechtsunkenntnis: Ein Fall des § 4 Nr. 2 UWG oder § 5 UWG?

Informiert der Anbieter den Verbraucher über ein diesem durch Gesetz eingeräumtes Widerrufsrecht entgegen den gesetzlichen Vorschriften (§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 EGBGB) nicht ordnungsgemäß, besteht kein Zweifel daran, dass er wettbewerbswidrig handelt. Die „unterlassene“,⁸¹⁵ „falsche“ oder „unzureichende“ Belehrung stellt in jedem Fall einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG dar.⁸¹⁶

Die Frage aber, ob man darin darüber hinaus auch eine Irreführung i.S.d. § 5 UWG begründen kann, wird in der OLG-Rechtsprechung nicht weiter diskutiert. Als ein weiterer Anknüpfungspunkt für die Begründung eines Wettbewerbsverstoßes wird lediglich § 4 Nr. 2 UWG angesehen. Es wird überwiegend davon ausgegangen, dass es sich bei der unterbliebenen, falschen oder unzureichenden Belehrung über das Widerrufsrecht um eine Ausnutzung der Rechtsunkenntnis *als Unterfall* der geschäftlichen Unerfahrenheit

⁸¹⁵ Siehe Fn. 760.

⁸¹⁶ BGH GRUR 2007, 159 (Rdn. 30) – *Anbieterkennzeichnung im Internet*; BGH GRUR 2010, 1142 (Rdn. 22) – *Holzocker*; BGH GRUR 2012, 643 (Rdn. 15) – *Überschrift zur Widerrufsbelehrung*.

handelt. So hat das KG entschieden, dass die Verwendung einer unwirksamen Klausel über das Widerrufsrecht gemäß § 4 Nr. 2 UWG unlauter sei. In diesem Fall betrieb ein Unternehmer einen Einzelhandel mit Computern und Computerzubehör über das Internet. In seinen AGB fand sich die Klausel: „Mängel sowie Materialfehler an der Ware müssen uns innerhalb einer Woche nach Empfang der Sendung gemeldet werden.“ Nach Auffassung des KG sei die Klausel unwirksam und auch geeignet, Verbraucher von der Geltendmachung ihres Mängelrechts abzuhalten, um so ihre Rechtsunkenntnis auszunutzen.⁸¹⁷ Auch das OLG Düsseldorf kam zu dem gleichen Ergebnis. In diesem Fall informierte eine Lotteriegesellschaft den Verbraucher folgendermaßen über sein Widerrufsrecht: „Grundsätzlich steht Ihnen ein zweiwöchiges Widerrufsrecht zu. Mit der Annahme ihrer Bestellung beginnt die Lotteriegesellschaft aber bereits mit den ersten Dispositionen bezüglich der Ausführung der übernommenen Dienstleistungsobliegenheit. Dadurch erlischt nach den gesetzlichen Bestimmungen ihr Widerrufsrecht unmittelbar mit der Annahme ihrer Bestellung.“ Nach Auffassung des OLG verstoße diese Widerrufsbelehrung gegen § 4 Nr. 2 UWG, weil durch sie die Gefahr begründet werde, dass der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht keinen Gebrauch mache und der Unternehmer diese Rechtsunkenntnis zu seinem Vorteil ausnutze.⁸¹⁸ Auch haben sich zahlreiche Stimmen in der Literatur dieser Auffassung angeschlossen.⁸¹⁹

Aus wettbewerbszivilrechtlicher Sicht mag diese Auffassung keinen Unterschied machen, weil es letztendlich – wie im Verhältnis des § 4 Nr. 11 UWG zu § 5 UWG der Fall ist⁸²⁰ – keine Rolle spielt, ob eine Unlauterkeit i.S.d. § 3 UWG aus § 4 Nr. 2 UWG oder aber aus § 5 UWG abgeleitet wird. Da aber § 16 Abs. 1 UWG nicht jede unlautere geschäftliche Handlungen, sondern nur „irreführende“ geschäftliche Handlungen i.S.d. § 5 UWG unter Strafe stellt, sollte man sich mit dieser Auffassung etwas näher auseinandersetzen. Denn die geschäftliche Unerfahrenheit ist unter bestimmten Umständen zwar auch bei § 16 Abs. 1 UWG zu berücksichtigen,⁸²¹ die Annahme einer Irreführung kann aber nicht allein auf § 4 Nr. 2 UWG gestützt werden.

Nach dem Gesetzgeber verfolgt die Norm § 4 Nr. 2 UWG den Sinn und Zweck, Verbraucher, die sich in „besonderen Ausnahmesituationen“ befinden oder besonders schutzbedürftig sind, zu schützen.⁸²² Daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass der Gesetzge-

⁸¹⁷ KG MMR 2005, 466 (467) – *Rügefrist für Mängel in Online-AGB*.

⁸¹⁸ OLG Düsseldorf GRUR 2006, 782 (785) – *Internetangaben eines Spielvermittlers*.

⁸¹⁹ In der Literatur wurde aber auch auf eine mögliche Irreführung i.S.d. § 5 UWG hingewiesen, vgl. *Becker/Föhlisch*, NJW 2005, 3377 (3380); *Föhlisch*, MMR 2007, 139 (141); *Hansen*, ZGS 2006, 14 (16); *Lettl*, Das neue UWG, Rdn. 248; zurückhaltend aber v. *Westphalen*, NJW 2007, 2228 (2231).

⁸²⁰ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) bb).

⁸²¹ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc) (3) (b).

⁸²² BT-Drucks. 15/1487, S. 17.

ber nicht jede Form der geschäftlichen Unerfahrenheit als schützenswert erachtet, sondern nur diejenige, die aufgrund einer besonderen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers besteht. Tatsächlich macht nur ein engeres Verständnis vom Begriff der geschäftlichen Unerfahrenheit Sinn, da jeder Verbraucher irgendwann zum allerersten Mal ein Rechtsgeschäft vornimmt. Alleine diese Tatsache macht ihn aber noch nicht schutzwürdig. Deshalb ist die Norm so zu interpretieren, dass eine unlautere unternehmerische Handlung im Sinne des § 4 Nr. 2 UWG nur dann vorliegt, wenn die besondere Schutzbedürftigkeit in der Person des Verbrauchers begründet ist und der Unternehmer gerade diese Situation ausnutzt. Das ist aber sicherlich nicht der Fall bei einer unterbliebenen, falschen oder unzureichenden Belehrung über das Widerrufsrecht. Ein Unternehmer, der versucht, die Rechtsunkenntnis von Verbrauchern auszunutzen, macht sich Sonderwissen aus seiner Tätigkeit als Unternehmer, nicht aber ein besonderes Verbraucherdefizit zunutze. Mit anderen Worten: Nicht der Verbraucher ist geschäftlich unerfahren, sondern der Unternehmer ist überdurchschnittlich erfahren. Nur darauf beruht das Wissensdefizit des Verbrauchers. Der Informationsvorsprung, den der Unternehmer ausnutzen möchte, ist gerade nicht auf der Seite des Verbrauchers und erst recht nicht durch ein persönliches Verbraucherdefizit begründet. Wenn ein Unternehmer weiß oder damit rechnen muss, dass seine Vertragspartner nicht über die zur Beurteilung einer bestimmten Frage erforderlichen Rechtskenntnisse verfügen, und er somit lediglich seine überlegene Rechtskenntnis ausnutzt, ist daher § 4 Nr. 2 UWG nicht einschlägig.⁸²³

Entscheidend soll deshalb vielmehr der Stand der Rechtskenntnis sein, der bei einem Durchschnittsverbraucher erwartet werden kann. Von diesem ist zwar zu erwarten, dass er seine Rechte durchsetzt. Dies setzt aber voraus, dass er ordnungsgemäß über seine Rechte belehrt wird. Wenn dies der Fall ist, fällt es in seinen Verantwortungsbereich, ob er seine Rechte geltend macht oder nicht. Wird er jedoch nicht ordnungsgemäß belehrt, kann von ihm keine genauere Kenntnis der Rechtsvorschriften und ihrer exakten Auslegung erwartet werden. Das Täuschen eines Verbrauchers über das Bestehen oder den Umfang des ihm zustehenden Widerrufsrechts ist deshalb als ein Fall der Irreführung zu behandeln.

Zum einem vergleichbaren Ergebnis kam auch der BGH in einem Fall, in dem ein Kraftfahrzeugversicherer seinen Kunden unter Berufung auf eine Entscheidung eines Amtsgerichts bezüglich der Höhe der geltend gemachten Sachverständigenkosten fehlerhaft über die Rechtslage belehrt hat. Der BGH führte aus, eine etwaige Unkenntnis der Rechtsprechung zur Erstattung von Sachverständigenkosten mache die Kunden noch nicht zu ge-

⁸²³ Zum Ganzen siehe nur die lesenswerte Kritik an Literatur und Rechtsprechung bei *Peterek*, WRP 2008, 714 (717 ff.).

schäftlich unerfahrenen Personen, die des besonderen Schutzes durch die Vorschrift des § 4 Nr. 2 UWG bedürften.⁸²⁴

Bemerkenswert ist aber, dass der BGH im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung auch eine Irreführung mit der Begründung verneint hat, weil eine „Angabe“ fehle. Bei der Rechtsansicht zur Erstattungspflicht handele es sich um eine Meinungsäußerung, die nicht unter die irreführenden Angaben i.S.d. § 5 UWG falle, unabhängig davon, ob die Rechtsansicht zutreffe. Denn es müsse dem Versicherer bei der Abwehr von Ansprüchen unbenommen bleiben, einen entsprechenden Rechtsstandpunkt einzunehmen.⁸²⁵

bb) Stellt das Täuschen über die Rechtslage eine „Angabe“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG dar?

Folgt man dem BGH und überträgt seine Auffassung auf Online-Auktionen, sollte man daran zweifeln, ob im Fall einer nicht ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG überhaupt eröffnet ist.

Vor allem ist klarzustellen, dass von der hier zu untersuchenden Frage die Fallgruppen zu unterscheiden sind, in denen der Anbieter den Bieter *nicht nur* über eine für den Vertragsabschluss relevante Produkteigenschaft, sondern *darüber hinaus* über das Bestehen bzw. den Umfang seines Widerrufsrechts täuscht.⁸²⁶ Denn die Täuschung über eine Produkteigenschaft (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG) führt sowieso zu einer strafrechtlich relevanten Irreführung i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG.

Schwierig und klärungsbedürftig sind also die Fälle, in denen der Anbieter *nur* über das Bestehen bzw. den Umfang eines Widerrufsrechts hinwegtäuscht.

Da der Begriff der „Angabe“ in den §§ 5, 16 Abs. 1 UWG mit identischem Bedeutungsgehalt versehen ist, ist dem BGH zu folgen.

Auch nach der herrschenden Täuschungsstrafrechtlehre sind nur konkrete Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart „Tatsachen“, die dem „Beweis“ zugänglich sind.⁸²⁷ Bloße Rechtsausführungen seien, wenn sie allein die Rechtslage beurteilen, keine Tatsachenerklärung.⁸²⁸ Auf der Grundlage dieser Formulierung werden Rechtsansichten der Kategorie der von den Tatsachenbehauptungen zu unterscheidenden Werturteile oder

⁸²⁴ BGH GRUR 2007, 978 (Rdn. 27) – *Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer*.

⁸²⁵ BGH GRUR 2007, 978 (Rdn. 30) – *Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer*.

⁸²⁶ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 A VI 2.

⁸²⁷ Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdn. 4; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 8; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 10.

⁸²⁸ BGH JR 1958, 106 (106) – *Prozessbetrug*; OLG Karlsruhe JZ 2004, 101 (102) – *Betrug durch rechtliche Beratung*; BGH BeckRS 2014, 20657 (Rdn. 20) – *Betrug bei der Immobilienvermittlung*; Fischer, StGB, § 263 Rdn. 11; Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 18.

Meinungsäußerungen zugeordnet.⁸²⁹ Da der Begriff der „Angabe“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG dem der „Tatsachenbehauptung“ i.S.d. § 263 StGB entspricht, ergibt sich also auch hier kein anderes Ergebnis.

Solange sich die Täuschung also nicht auf den Gegenstand eines Vertrages, sondern lediglich auf die Behauptung der sachverhaltsunabhängigen Existenz bzw. Nicht-Existenz eines Verbraucherrechts bezieht, fehlt eine „Angabe“.⁸³⁰

Man kann zwar argumentieren, dass der Unternehmer überdurchschnittlich erfahren sei und daher weiß bzw. wissen müsse, in welchem Umfang einem Verbraucher das Widerrufsrecht zusteht. Damit beziehe sich seine Täuschung letztendlich auf innere Tatsachen und stellt daher eine Tatsachenbehauptung dar.⁸³¹ Man muss aber vorsichtig sein, da eine derartige Annahme nur dann möglich ist, wenn Behauptungen über Rechte zugleich konkludent Tatsachenbehauptungen enthalten,⁸³² d.h. sie hinreichend substantiiert sind.⁸³³ Wenn aber der Unternehmer eine fehlerhafte Belehrung nur unter der Absicht gibt, seine Chancen im Fall eines möglichen Rechtsstreits zu verbessern, oder seine Behauptungen allein auf seiner subjektiven Einschätzung und Vermutungen beruhen – hier ist etwa an den Graubereich zwischen einer unternehmerischen und einer privaten Tätigkeit bei Online-Auktionen zu denken⁸³⁴, so handelt es sich nicht um Tatsachenaussagen. Ob dem Unternehmer seine irreführenden Angaben bewusst sind, ist auch nicht leicht feststellbar.⁸³⁵

Gute Gründe sprechen dennoch für die Annahme einer „Angabe“. Die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen ist fließend. Von besonderer Relevanz sind vor allem Äußerungen im Bereich der Werbung. Wie oben dargestellt, ist der Begriff der Angabe aufgrund des Leitbildes eines Durchschnittsverbrauchers im Wettbewerbsstrafrecht anders zu interpretieren als in § 263 StGB.⁸³⁶ Eine Abweichung ist auch im Bereich der Rechtsausführungen möglich:

In der Betrugsdogmatik wird die Diskussion über die Tatsachenqualität der Rechtsausführung vorwiegend im Rahmen des sog. „Prozessbetruges“ geführt. Bei Vorliegen einer Tatsachenbehauptung wird in den sog. Prozessbetrugsfällen deshalb von täuschungsun-

⁸²⁹ OLG Stuttgart NJW 1979, 2573 (2574) – *Betrug durch Geltendmachung von Ehemaklerlohn*: „(...) zwar ein Täuschungsversuch über die Rechtslage (...), nicht jedoch ein solcher über Tatsachen i.S. von § 263 StGB (...).“; *Meurer*, JuS 1976, 300 (302): „Rechtsansichten aber sind keine Tatsachen, weder äußere noch innere, sie stehen gerade im Gegensatz dazu: Sie sind Werturteile“.

⁸³⁰ So etwa ausdrücklich *Luipold*, Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes, S. 122 ff.

⁸³¹ Vgl. hierzu das zu § 4 Nr. 2 UWG Gesagte.

⁸³² Vgl. BGHSt 46, 196 (198) – *Betrug durch Vorlage eines Überweisungsformulars*.

⁸³³ Zutreffend *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, S. 215.

⁸³⁴ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (3).

⁸³⁵ Vgl. *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, S. 215 f.

⁸³⁶ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) cc) (2).

tauglichen Tatsachen ausgegangen, weil einhellig auf die klar geregelte „Kompetenzverteilung“ zwischen den Prozesssubjekten hingewiesen wird. Ausgehend davon hat das OLG Koblenz die Meinung vertreten, dass ein Rechtsanwalt, der in einem Zivilprozess wahrheitswidrig behauptet hatte, es gebe gerichtliche Entscheidungen, in denen eine bestimmte Rechtsauffassung vertreten worden sei, sich nicht wegen des versuchten Betruges strafbar gemacht habe.⁸³⁷ Begründet wurde dies damit, dass der Wahrheitspflicht nach § 138 ZPO nur Tatsachen, nicht aber Rechtsbehauptungen unterliegen und es die Aufgabe des Gerichts selbst sei, das Recht zu finden. Vorgetragene Rechtsausführungen habe der Richter nur als Denkanstöße, als unverbindliche Anregungen hinzunehmen.⁸³⁸

Diese Argumentation verdeutlicht, dass es bei der Bestimmung einer Äußerung als Tatsachenbehauptung im Kern nicht um die Beweisbarkeit der Existenz entsprechender Urteile geht, sondern um die verkehrskreisbezogene Zuordnung der Risiken.⁸³⁹ Nur durch diese Feststellung kann man – entgegen der gängigen Definition der Tatsachenbehauptungen – den Standpunkt des Schrifttums erklären, wonach auch „Werturteile“ von Personen mit besonderer Fachkompetenz gegenüber einem Laien Tatsachenbehauptungen sein sollen.⁸⁴⁰ Das Abstellen auf die Beweisbarkeit wäre schon von Anfang an abwegig gewesen, denn ob ein bestimmtes Urteil, eine ständige Rechtsprechung oder ein bestimmter abstrakter Rechtssatz („das Widerrufsrecht steht dem Verbraucher bei Online-Auktionen nicht zu“) existiert, kann mit wahr oder falsch beantwortet werden, ist also empirisch beweisbar.⁸⁴¹

Entscheidend ist also die Zuständigkeits- bzw. Risikoverteilung. Im Bereich der Pflichtinformationen werden sie durch den Gesetzgeber vorgeschrieben. § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 EGBGB zeigen, dass allein dem Unternehmer aufgebürdet wird, ob der Verbraucher im Rahmen der gesetzlichen Anforderungen ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wird, sofern ihm dieses zusteht. Der Risikobereich des Verbrauchers, ob er die Widerrufsbelehrung tatsächlich versteht oder ob er sein Widerrufsrecht fristgemäß oder aus Bequemlichkeit, Arbeitsüberlastung usw. gar nicht macht, beginnt erst nach der ordnungsgemäßen Belehrung. Als „anmutendes“⁸⁴² aber sachgerechtes Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine Angabe auch dann vorliegt,

⁸³⁷ OLG Koblenz NJW 2001, 1364 (1364) – *Kein Prozessbetrug durch wahrheitswidrige Behauptung eines Rechtsanwalts.*

⁸³⁸ Vgl. nur BGH JR 1958, 106 (106) – *Prozessbetrug*; OLG Koblenz NJW 2001, 1364 (1364) – *Kein Prozessbetrug durch wahrheitswidrige Behauptung eines Rechtsanwalts.*

⁸³⁹ Zutreffend Bosch, in: FS-Samson, S. 241 (250 f.); Graul, JZ 1995, 595 (602); Seier, ZStW 102 (1990), 563 (572).

⁸⁴⁰ Vgl. nur Hoyer, in: SK-StGB, § 263 Rdn. 15; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 21 f.

⁸⁴¹ Protzen, wistra 2003, 208 (209).

⁸⁴² So formuliert Bosch, in: FS-Samson, S. 241 (252).

wenn sich die Täuschung nicht auf den Vertragsgegenstand bezieht, sondern nur auf das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Diesem Ergebnis steht auch die oben zitierte „*Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer*“-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2007 nicht im Wege, weil im Zuge der UWG-Novelle 2008 der Gesetzgeber § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG geschaffen hat, um den Vorschriften des Fernabsatzrechts im Rahmen des Irreführungsverbots Rechnung zu tragen. Die dort gemachten Aussagen des BGH sind deshalb an sich überholt.

cc) Konkretisierung

Nun ist, ausgehend vom Irreführungsverbot des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG, nach dem eine irreführende geschäftliche Handlung vorliegt, wenn diese zur Täuschung geeignete Angaben über die „Rechte des Verbrauchers“ enthält, das obige Ergebnis zu konkretisieren. Allerdings lässt sich weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch – von einigen wenigen Ausnahmen abgesehen – aus der bisherigen wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung entnehmen, welche Fälle unter § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG zu subsumieren sind. Einen Anhaltspunkt liefert aber § 312k BGB, wonach von den Vorschriften der Informationspflichten nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden darf. Überträgt man § 312k BGB auf Online-Auktionen, ist eine täuschende Angabe über das Widerrufsrecht immer dann anzunehmen, wenn der unternehmerische Anbieter das Widerrufsrecht des Verbrauchers leugnet oder er die Ausübung dieses Rechts an zusätzliche Voraussetzungen, die die Ausübung des Widerrufsrechts erschweren, bzw. an Ausschlussgründe knüpft, die im Gesetz nicht vorgesehen sind, oder aber Maßnahmen ergreift, die zu einer Verkürzung der Widerrufsfrist führen. Kurz gesagt: Eine Irreführung soll vorliegen, wenn der Anbieter seiner Pflicht zur Widerrufsbelehrung zwar formell nachkommt, der Inhalt dieser Belehrung aber fehlerhaft ist und dadurch der Verbraucher von der Ausübung seines Rechts abgehalten wird. Liest man die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG im Hinblick auf diese Überlegung, findet man in der Rechtsprechung dann doch einige Beispiele zu den Vorschriften über das Widerrufsrecht im BGB, deren Sachverhalte sich in entsprechender Weise auch auf die §§ 5, 16 Abs. 1 UWG übertragen lassen.

Nach zutreffender Auffassung des BGH greift der in § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 BGB für Versteigerungen vorgesehene Ausschlussgrund nicht bei Online-Auktionen, so dass bei Online-Auktionen ein Widerrufsrecht für Verbraucher gegeben ist.⁸⁴³ Daher ist eine Klausel in den AGB des Anbieters, die besagt, dass das Widerrufsrecht nicht besteht, wenn der Vertrag im Rahmen einer Online-Auktion geschlossen wird, stets irreführend.⁸⁴⁴

⁸⁴³ BGH NJW 2005, 53 (53 ff.) – *Vertragsabschluss bei eBay*.

⁸⁴⁴ Vgl. LG Dortmund BeckRS 2006, 08514.

Da § 355 BGB aufgrund seiner Schutzfunktion einseitig halbzwingendes Recht enthält,⁸⁴⁵ kann der Verbraucher auf das Widerrufsrecht nicht verzichten. Stets irreführend sind deshalb ferner die Vereinbarungen, in denen der Ausschluss des bestehenden Widerrufsrechts vor und bei Zustandekommen des Vertrages vereinbart wird. Die Klausel „Als Verbraucher akzeptiere ich die AGB und verzichte auf mein Widerrufsrecht“⁸⁴⁶ in den AGB eines Anbieters ist daher unwirksam und auch irreführend i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG. Wirksam wäre diese Klausel nur dann, wenn der Anbieter den Verbraucher vor der Vereinbarung ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht belehrt und der Ausschluss erst nach Vertragsabschluss erfolgt.⁸⁴⁷ Wenn ein Durchschnittsverbraucher in voller Kenntnis auf seine Rechte verzichtet, besteht kein Grund mehr, ihn zu schützen.

Irreführend sind ferner Klauseln in Fernabsatzverträgen, wonach bei der Rückabwicklung eines Vertrages aufgrund von Widerruf die Ware „nur in der Originalverpackung und mit vollständigem Zubehör“⁸⁴⁸ bzw. „im original, ungetragenen, unbeschädigten Zustand“⁸⁴⁹ bzw. „unbenutzt und unbeschädigt und in Originalverpackung“⁸⁵⁰ bzw. „in ursprünglichem intakten Zustand, ungeöffnet und in Originalverpackung“⁸⁵¹ bzw. „in einwandfreiem Zustand in der Originalverpackung und mit Originalrechnung“⁸⁵² zurückgesendet werden muss. Wie das LG Karlsruhe zutreffend ausgeführt hat, sind solche Vereinbarungen irreführend, weil der Verbraucher aufgrund der Bestimmungen davon abgehalten werden kann, sein Widerrufsrecht auszuüben, falls die Originalverpackung nicht mehr vorhanden oder beschädigt ist. Auch ein Durchschnittsverbraucher kann angesichts dieser Bestimmungen der Meinung sein, dass die Verwendung der Originalverpackung Voraussetzung für eine wirksame Ausübung des Widerrufsrechts ist. Nach den Vorschriften des Fernabsatzvertragsrechts ist aber der Verbraucher nicht verpflichtet, die bestellte Ware in der Originalverpackung zurückzusenden. Die Verpackung der Kaufsache dient allein der Abwicklung des Geschäfts. Ihr Zweck beschränkt sich auf den Schutz der Ware vor transportbedingten Beschädigungen. Die Pflicht zur Verpackung trifft dabei den Anbieter. Bei der Rückabwicklung des Vertrages ergibt sich nur eine vergleichbare ausgestaltete Pflicht des Bieters, die Kaufsache in einer gegen typische Transportgefahren geschützten

⁸⁴⁵ Masuch, in: MüKo-BGB, § 355 Rdn. 4.

⁸⁴⁶ Vgl. LG Mannheim MMR 2009, 568 (569) – *Abofalle und AGB von Download-Angeboten*.

⁸⁴⁷ Wie hier Thüsing, in: Staudinger, BGB, § 312i (2012) Rdn. 10.

⁸⁴⁸ OLG Jena GRUR-RR 2006, 283 (284) – *Pflichtangaben und Widerrufsbelehrung in Internetplattform*.

⁸⁴⁹ LG Konstanz WRP 2006, 1156 (1156) – *Widerrufsrecht im Fernabsatz*.

⁸⁵⁰ LG Dortmund BeckRS 2011, 09872.

⁸⁵¹ LG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2011 - 14 O 27/11 (juris Rdn. 71 ff., 77) – *Wettbewerbsverstoß eines niederländischen Versandhändlers über die Internetverkaufsplattform eBay*.

⁸⁵² LG Düsseldorf MMR 2006, 833 (833) – *Unwirksame Klauseln in den AGB eines Onlineshops*.

Weise zurückzusenden.⁸⁵³ Anders zu beurteilen ist aber die Klausel „Wir bitten Sie, die Ware in ihrer Originalverpackung an uns zurückzusenden“, weil ein Durchschnittsverbraucher dieses als unverbindliches Ersuchen und nicht als Einschränkung des Widerrufsrechts versteht.⁸⁵⁴

Irreführend ist ferner die Klausel „Wichtig ist zunächst, dass Sie prüfen sollten, ob Sie die Ware aufgrund des Ihnen zustehenden Widerrufsrechts zurücksenden wollen oder ob es sich um einen Defekt handelt.“ Die Rechtsprechung hält die Klausel zutreffend für unwirksam, weil diese Klausel von einem Durchschnittsverbraucher auch dahingehend verstanden werden kann, dass er das Gerät in jedem Fall prüfen muss, um sich dann zu entscheiden, ob er den Vertrag widerrufen möchte. Die Rechte des Verbrauchers wegen Mängeln der Ware sind aber nicht vorrangig gegenüber dem Recht auf Widerruf; der Widerruf bedarf keiner Begründung, das Recht auf Widerruf besteht unabhängig von der Frage, ob dem Verbraucher Rechte wegen Mängeln der Ware zustehen.⁸⁵⁵

Stets irreführend sind ferner Vereinbarungen zur Verkürzung der 14-tägigen Widerrufsfrist (§ 355 Abs. 2 BGB), die bei der Lieferung von Waren nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher beginnt (§ 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB). Ohne weiteres irreführend ist daher die Klausel „Der Lauf der Widerrufsfrist beginnt mit der Auslieferung der Ware“⁸⁵⁶ bzw. „Der Lauf der Widerrufsfrist beginnt mit dem Rechnungsdatum“.⁸⁵⁷ Da die Frist zur Ausübung der Widerrufsfrist nicht beginnt, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB unterrichtet hat (§ 356 Abs. 3 Satz 1 BGB), bemängelt der BGH in mehreren Entscheidungen außerdem den in einer schon bei der Anbahnung des Vertrages sichtbaren Widerrufsbelehrung enthaltenen und über die eBay-Website abrufbaren Passus „Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt dieser Belehrung“. Der BGH führt hierzu aus: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine solche Belehrung unzureichend, da sie den Verbraucher nicht eindeutig über den Beginn der Widerrufsfrist belehrt. Sie ist nicht umfassend, sondern irreführend. Die Verwendung des Wortes ‚frühestens‘ ermöglicht es dem Verbraucher nicht, den Fristbeginn ohne weiteres zu erkennen. Er vermag lediglich zu entnehmen, dass die Widerrufsfrist ‚jetzt oder später‘ beginnen, der Beginn des Fristablaufs also gegebenenfalls noch von weiteren Voraussetzungen abhän-

⁸⁵³ LG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2011 - 14 O 27/11 (juris Rdn. 74) – *Wettbewerbsverstoß eines niederländischen Versandhändlers über die Internetverkaufsplattform eBay*.

⁸⁵⁴ Ebenso LG Hamburg MMR 2012, 96 (98) – *Rechtswahl in AGB*.

⁸⁵⁵ OLG Dresden, Urteil vom 03.06.2011 - 8 U 122/11 (juris Rdn. 31) – *Klausel mit unrichtiger Information über das Widerrufsrecht*; LG Leipzig, Urteil vom 23.12.2010 - 8 O 2315/10 (juris Rdn. 50) – *Irreführung des Verbrauchers durch Verweisung an den Hersteller bei Gewährleistungsansprüchen*.

⁸⁵⁶ LG Arnberg WRP 2004, 792 (792) – *Bekleidung im Fernabsatz*.

⁸⁵⁷ LG Waldshut-Tiengen WRP 2003, 1148 (1148) – *Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen*.

gen soll. Der Verbraucher wird jedoch im Unklaren gelassen, welche – etwaigen – weiteren Umstände dies sind.“⁸⁵⁸

In der Rechtsprechung wird ferner für irreführend gehalten, von einem Verbraucher die Rücksendekosten zu verlangen, wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausübe, ohne dies mit dem Verbraucher zu vereinbaren (§ 357 Abs. 6 Satz 1 BGB).⁸⁵⁹ In diesem Zusammenhang hatten sich die Gerichte darüber hinaus mit der Frage zu befassen, ob unfreie Retoursendungen des Verbrauchers bei Ausübung des Widerrufsrechts über eine entsprechende Klausel in der Belehrung ausgeschlossen werden können. Das OLG Hamburg hat dies verneint und vertritt so die Auffassung, dass durch diese Klausel auch ein Durchschnittsverbraucher in die Irre geführt werden könne, weil er diese Klausel dahingehend verstehe, dass er die Sendung frankieren müsse. Durch die Vorschusspflicht auf die Rücksendekosten, die im Gesetz nicht vorgesehen ist, könne der Verbraucher durchaus davon abgehalten werden, von seinem gesetzlichen Widerrufsrecht Gebrauch zu machen.⁸⁶⁰ Keine Beschränkung des Widerrufsrechts stellt nach OLG München dagegen eine Klausel mit der Bitte dar, Ware möglichst nicht unfrei zurückzusenden. Nach der Auffassung des OLG München sei der Fall anders gelagert als der Fall, der dem Beschluss des OLG Hamburg zugrunde liege, weil ein Durchschnittsverbraucher diese Bitte als unverbindliches Ersuchen verstehen soll.⁸⁶¹

Eine weitere vielfach gestellte Frage ist die, ob im Fall eines erklärten Widerrufs neben dem entrichteten Kaufpreis auch die Kosten der Hinsendung durch den Unternehmer zu erstatten sind. Teilweise wird die Auffassung vertreten, der Unternehmer könne mit einem eigenen Anspruch auf Wertersatz aus den §§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 357 Abs. 1 BGB a.F. aufrechnen, da es dem Verbraucher umgekehrt nicht möglich sei, die seitens des Unternehmers erhaltene Transportleistung zurückzugewähren mit der Folge, dafür in gleicher Höhe Wertersatz leisten zu müssen.⁸⁶² Auf Vorlage des BGH⁸⁶³ hin, hat der EuGH⁸⁶⁴ zutreffend eine andere Auffassung vertreten. Nach Ansicht des EuGH ist Art. 6 Abs. 1 UA 1 Satz 1 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG („Fernabsatzrichtlinie“) dahin ge-

⁸⁵⁸ BGH NJW 2010, 989 (Rdn. 15) – *Kontrolle von „Rückgabe-AGB“ in Kaufverträgen via eBay*; BGH GRUR 2010, 1142 (Rdn. 21) – *Holzocker*; BGH NJW 2011, 1061 (Rdn. 12) – *Anforderungen an die formelle Gestaltung einer Widerrufsbelehrung*; BGH NZG 2012, 427 (Rdn. 15) – *Keine Vermittlungsprovision nach wirksam widerrufenen Vermittlungsgebührenvereinbarung*.

⁸⁵⁹ Vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 481 (482) – *AGB-Klausel zu den Kosten einer Rücksendung*; LG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2011 – 14 O 27/11 (juris Rdn. 85) – *Wettbewerbsverstoß eines niederländischen Versandhändlers über die Internetverkaufsplattform eBay*.

⁸⁶⁰ OLG Hamburg MMR 2007, 530 (531) – *Vertragsabschluss und Widerrufsrecht bei eBay-Shops*.

⁸⁶¹ OLG München MMR 2012, 370 (371) – *Widerrufsrecht in AGB des Verkäufers*.

⁸⁶² *Becker/Föhlisch*, NJW 2005, 3377 (3380).

⁸⁶³ BGH NJW 2009, 66 (Rdn. 18) – *Belastung mit Hinsendekosten nach Verbraucherwiderruf im Fernabsatz*.

⁸⁶⁴ EuGH NJW 2010, 1941 (Rdn. 52 ff.) – *Heinrich Heine*.

hend auszulegen, dass diese Vorschrift einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der ein Lieferer in einem im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrag dem Verbraucher die Kosten der Zusendung der Ware auferlegen darf, wenn dieser sein Widerrufsrecht ausübt. In der Folge hat der BGH § 346 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 312d, 355 BGB a.F. richtlinienkonform dahin gehend ausgelegt, dass dem Verbraucher nach dem Widerruf eines Fernabsatzvertrages ein Anspruch auf Rückgewähr geleisteter Hinsendekosten zusteht.⁸⁶⁵ Die „Heinrich Heine“-Rechtsprechung ist nun im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2011/83/EU („Verbraucherrechterichtlinie“: VRRL) in das BGB niedergelegt worden (§ 357 Abs. 2 Satz 1 BGB).⁸⁶⁶ Entsprechend der Rechtsprechung des BGB und EuGH hat es das LG Karlsruhe einem niederländischen Unternehmer untersagt, bei eBay Verbrauchern in Deutschland bei der Belehrung über deren Widerrufsrecht mitzuteilen, dass die Hinsendekosten nicht erstattet würden. Mit diesem Verstoß gegen die §§ 312d, 355 BGB a.F. verstoße der Unternehmer insoweit auch gegen § 4 Nr. 11 UWG sowie gegen das Irreführungsverbot des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG und des Art. 6 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.⁸⁶⁷

dd) „Geschäftliche Handlung“ versus „Werbung“

Zuvor wurden zahlreiche Beispiele aus der Praxis präsentiert, die unter das Irreführungsverbot des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG fallen. Da § 16 Abs. 1 UWG Bezug auf die Regelung des § 5 UWG nimmt, sollte daher auf den ersten Blick kein Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass die obigen Beispiele auch eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG auslösen. Aus diesem Grund werden die strafrechtlichen Kommentierungen bezüglich des Tatbestandsmerkmals der Irreführung auf einige Grundzüge reduziert.⁸⁶⁸ Dahinter sollte die Annahme stehen, dass § 16 Abs. 1 UWG sich vom zivilen „Paralleldelikt“ gemäß § 5 UWG allein durch das Hinzutreten enumerativ benannter haftungsbegrenzender Tatbestandsmerkmale unterscheidet. § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG ist allerdings ein sehr gutes Beispiel, um die bereits bei dem gemeinsamen Tatbestandsmerkmal bestehenden Unterschiede aufzuzeigen, die im Fall einer unterbliebenen, falschen oder unzureichenden Belehrung über das Widerrufsrecht erhebliche Konsequenzen haben. Während § 5 UWG von „geschäftlichen irreführenden Handlungen“ spricht, die „vor“, „bei“ und „nach“ dem Geschäftsabschluss vorgenommen werden können, setzt § 16 Abs. 1 UWG eine „Werbung“ voraus.

⁸⁶⁵ BGH NJW 2010, 2651 (Rdn. 14) – *Hinsendekosten beim Widerruf eines Fernabsatzvertrages*. Schon vorher OLG Karlsruhe MMR 2008, 46 (47 ff.) – *Hinsendekosten bei Fernabsatzverträgen*.

⁸⁶⁶ Siehe Fn. 645.

⁸⁶⁷ LG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2011 - 14 O 27/11 (juris Rdn. 92 ff.) – *Wettbewerbsverstoß eines niederländischen Versandhändlers über die Internetverkaufsplattform eBay*.

⁸⁶⁸ Beispielsweise Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 9.

Das war aber nicht immer so: § 5 UWG 2004 verwendete ausdrücklich den Begriff des Werbens. Nach § 5 Abs. 1 UWG 2004 handelte unlauter, „wer irreführend wirbt“. Das Verbot fand also nur Anwendung, wenn irreführende Angaben im Rahmen der Werbung gemacht wurden. Der Begriff der „Werbung“ wurde allerdings weder vom Gesetz definiert noch in den Gesetzesmaterialien erläutert. Um den Anwendungsbereich des § 5 UWG 2004 zu bestimmen, wurde daher auf die unionsrechtliche Definition der Irreführungsrichtlinie 2006/114/EG zurückgegriffen,⁸⁶⁹ welche auf die Richtlinie 84/450/EWG zurückgeht. Danach ist Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“ (Art 2 lit. a). Diese Definition wurde aber in der Literatur, insbesondere aufgrund des Ausschlusses der Nachfrage- bzw. Bezugswerbung, als nicht ausreichend zufriedenstellend gefunden.

Tatsächlich beschränkt sich der Wortlaut der Richtlinie 2006/114/EG auf eine Förderung des Absatzes und klammert damit den Nachfragewettbewerb aus. Vom Wortlaut werden z.B. nicht die Werbung eines Gebrauchtwagenhändlers, der seine Kunden mit einem Mindestpreis anlockt, ohne korrekt auf die Bedingungen für den Erhalt dieses Mindestpreises hinzuweisen, oder die Werbung eines Wohnungsbauunternehmens, das auf der Suche nach Baugrundstücken irreführenden Angaben über die Bebaubarkeit macht, erfasst.⁸⁷⁰ Die herrschende Meinung sieht aber hierhin keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Nachfragewerbung, weil auch sie letztendlich einer „Absatzförderung“ diene.⁸⁷¹ Ausgehend von der Öffnungsklausel der Richtlinie 2006/114/EG (Art. 8 Abs. 1) wurde deshalb auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004⁸⁷² zurückgegriffen, welcher auch die Nachfragewerbung erfasste, um den Anwendungsbereich des Irreführungsverbots zu bestimmen.⁸⁷³ Danach fiel unter das Irreführungsverbot „jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder Erbringung oder den Bezug von

⁸⁶⁹ Statt vieler siehe nur *Lettl*, Das neue UWG, Rdn. 98 ff., 411; (zu § 16 Abs. 1 UWG) *Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 16 Rdn. 11; *Ebert-Weidenfeller*, in: *Achenbach/Ransiek/Rönnau*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Teil Kap. 3 Rdn. 14; *Hammer*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 8; *Janssen/Maluga*, in: *MüKo-StGB*, UWG, § 16 Rdn. 34, 38; *Rengier*, in: *Fezer-UWG*, § 16 Rdn. 76; zurückhaltend *Wolters*, in: *GK-UWG*, § 16 Rdn. 13.

⁸⁷⁰ Für diese und weitere Beispiele siehe *Bornkamm*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 5 Rdn. 2.31.

⁸⁷¹ Vgl. BGH GRUR 2008, 923 (Rdn. 6) – *Faxanfrage im Autohandel*; BGH GRUR 2008, 925 (Rdn. 12) – *FC Troschenreuth*.

⁸⁷² § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 ging wiederum auf den Begriff des „Handels im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ zurück (§ 1 UWG 1909).

⁸⁷³ Kritisch dazu, weil es dadurch zu einer Kluft zwischen dem Unionsrecht und dem deutschen Lauterkeitsrecht komme, *Lettl*, Das neue UWG, Rdn. 98.

Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“.

Selbst ausgehend von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 wurde der Anwendungsbereich des Irreführungsverbots aufgrund des Erfordernisses einer Absatzförderung aber nur dann eröffnet, wenn die irreführenden Angaben auf einen Geschäftsabschluss gerichtet waren. Das Irreführungsverbot deckte deshalb nur den Zeitraum „vor“ dem Geschäftsabschluss mit einem Nachfrager ab,⁸⁷⁴ mit der Konsequenz, dass die Verletzung vertraglicher Pflichten, insbesondere Nicht- oder Schlechterfüllung,⁸⁷⁵ auch wenn sie geeignet ist, dem Unternehmer Vorteile zu verschaffen,⁸⁷⁶ oder Maßnahmen, die der Durchführung, Beendigung oder Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses dienen,⁸⁷⁷ aus dem Anwendungsbereich des Irreführungsverbots ausgeklammert wurden. Dies wurde damit begründet, dass die Durchführung von Verträgen in aller Regel keinen Bezug auf die Mitbewerber und jedenfalls keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb hätte, und das Rechtsverhältnis zwischen Vertragsparteien nur anhand des Vertragsrechts zu beurteilen sei.⁸⁷⁸

Um einen möglichst umfassenden Schutz durch das UWG zu erreichen, wurden aber auch Ausnahmen gemacht, vor allem im Rahmen der sog. „Folgevertrages“-Problematik.⁸⁷⁹ Im Fall von rechnungsähnlichen Angeboten wurde deshalb ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot angenommen, weil der Unternehmer von vorneherein auf eine Übervorteilung seiner Kunden abzielte und diese planmäßige Kundentäuschung zum Mittel seines Wettbewerbs machte.⁸⁸⁰ In der Rechtsprechung wurde ferner die Verwendung inhaltlich unzureichender Widerrufsbelehrungen generell und ohne Rücksicht auf ein systematisches Vorgehen als Wettbewerbshandlung eingeordnet.⁸⁸¹ Diese systemwidrige Erweiterung stieß in der Literatur selbstverständlich auf Kritik, weil das Irreführungsverbot als Sonderdeliktsrecht nur Verhaltensregeln für die unternehmerische Betätigung aufstelle,

⁸⁷⁴ Siehe nur Fezer, in: Fezer-UWG, § 2 B Rdn. 81 ff.; Götting, in: Götting/Nordemann, UWG, § 2 Rdn. 4; Hammer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 5; Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 2 Rdn. 30 ff.; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 2 Rdn. 22 ff.

⁸⁷⁵ Siehe nur BGH GRUR 1983, 451 (451 f.) – *Ausschank unter Eichstrich I*; BGH GRUR 1987, 180 (180 f.) – *Ausschank unter Eichstrich II*.

⁸⁷⁶ BGH GRUR 2002, 1093 (1094) – *Kontostandauskunft*.

⁸⁷⁷ OLG Jena GRUR-RR 2008, 83 (83) – *Kundenreklamation*; vgl. auch BGH GRUR 1986, 816 (818 f.) – *Widerrufsbelehrung bei Teilzahlungskauf I*.

⁸⁷⁸ BGH GRUR 1987, 180 (181) – *Ausschank unter Eichstrich II*; BGH GRUR 2002, 1093 (1094) – *Kontostandauskunft*; OLG Jena GRUR-RR 2008, 83 (83 f.) – *Kundenreklamation*.

⁸⁷⁹ Aus strafrechtlicher Sicht: BGHSt 47, 1 – *Insertionsoffertenbetrug*.

⁸⁸⁰ BGH GRUR 1994, 126 (127) – *Folgeverträge I*; BGH GRUR 1995, 358 (360) – *Folgeverträge II*.

⁸⁸¹ OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2007, 56 (56 f.) – *sprechender Link*.

die sich auf das Stadium vor Vertragsschluss beschränkten. Komme es gleichwohl zum Abschluss eines unlauter initiierten Vertrages, versage der Schutz des UWG schlicht.⁸⁸²

Selbst diese systemwidrige Erweiterung des Anwendungsbereichs des Irreführungsverbots weichte allerdings in verschiedener Hinsicht von dem entsprechenden Zentralbegriff der Richtlinie 2005/29/EG, nämlich der „Geschäftspraktik“ gemäß Art. 2 lit. d, ab, so dass § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 bereits nach kurzer Zeit geändert werden musste. Im Zuge der UWG-Novelle 2008, die bekanntlich der Umsetzung der vollharmonisierenden Richtlinie 2005/29/EG diente, wurde der Begriff der „Wettbewerbshandlung“ durch den Begriff der „geschäftlichen Handlung“ ersetzt. Danach fällt jedes „Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens *vor, bei oder nach* einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt“ unter den Anwendungsbereich des UWG. Auch der Anwendungsbereich des § 5 UWG a.F. wurde ausgedehnt. Der Irreführungstatbestand knüpft nicht mehr an den Begriff der Werbung, sondern an den der „geschäftlichen Handlung“ an. Die Einfügung des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG ist in diesem Zusammenhang zu lesen.⁸⁸³

§ 5 UWG unterscheidet demzufolge drei Phasen des Marktgeschehens:

Die erste Phase („*vor*“ einem Geschäftsabschluss) betrifft jedes Verhalten des Unternehmers, das geeignet ist, die geschäftliche Entscheidung eines Verbrauchers zu beeinflussen. Hierzu zählen sämtliche Aktivitäten des Unternehmers zur Vermarktung von Waren und Dienstleistungen, namentlich die „*Werbung*“.⁸⁸⁴ Das Irreführungsverbot erstreckt sich nach eindeutigem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG weitergehend auch auf die Förderung des Bezugs von Waren und Dienstleistungen und damit alle Formen der Nachfragewerbung.⁸⁸⁵

Von besonderer Bedeutung sind die zweite („*bei*“ einem Geschäftsabschluss) und die dritte („*nach*“ einem Geschäftsabschluss) Phase. Während die zweite Phase sich von der Aufnahme von Vertragsverhandlungen bis zum Beginn von Erfüllungshandlungen erstreckt,⁸⁸⁶ besteht die dritte Phase in den Erfüllungshandlungen.⁸⁸⁷ Eine exakte Unter-

⁸⁸² Alexander/Pützhoven, DB 2001, 1133 (1136); Peukert, in: GK-UWG, § 2 Rdn. 259.

⁸⁸³ Siehe nur Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 270.

⁸⁸⁴ Peukert, in: GK-UWG, § 2 Rdn. 180.

⁸⁸⁵ „Was als Wettbewerbshandlung angesehen wurde, stellt auch eine geschäftliche Handlung dar“, so z.B. BGH GRUR 2009, 845 (Rdn. 38) – *Internet-Videorecorder*; BGH GRUR 2009, 881 (Rdn. 11) – *Überregionaler Krankentransport*; BGH GRUR 2009, 1189 (Rdn. 12) – *Blutspendedienst*; BGH GRUR 2010, 1125 (Rdn. 17) – *Femur-Teil*; BGH GRUR 2011, 638 (Rdn. 17) – *Werbung mit Garantie*.

⁸⁸⁶ Peukert, in: GK-UWG, § 2 Rdn. 274.

⁸⁸⁷ Peukert, in: GK-UWG, § 2 Rdn. 300.

scheidung ist allerdings weder möglich noch nötig.⁸⁸⁸ Wichtig ist, dass der Grundsatz des früheren Rechts, nach dem Verhaltensweisen, die im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses bei oder nach Vertragsschluss erfolgen, nur ausnahmsweise – und systemwidrig – dem Irreführungsverbot unterliegen, überholt wurde.⁸⁸⁹ Damit fällt der gesamte Inhalt geschäftlicher Angebots- und Annahmeerklärungen wie auch alle Erklärungen zur Rückabwicklung unter das Irreführungsverbot. Dementsprechend hat der BGH ausdrücklich festgestellt, dass gegen z.B. im Internet veröffentlichte AGB für ihren Einsatz bei einem Geschäftsabschluss vorgegangen werden kann.⁸⁹⁰

Diese Änderungen in den Vorschriften der §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 5 UWG bringen auf der zivilrechtlichen Seite des UWG eine Funktionserweiterung über ein reines Wettbewerbsrecht hinaus hin zu einem Verbraucherschutz mit sich. Die Änderungen bringen zum Ausdruck, dass das Verhältnis zwischen rechtsgeschäftlichem und wettbewerbsrechtlichem Verbraucherschutz nicht das eines Entweder-Oder im sich gegenseitig ausschließenden Sinne sein kann. Die Rechtssysteme überlappen sich.⁸⁹¹ Es ist deshalb unbestritten, dass im nach der UWG-Novelle 2008 geltenden Recht Vertragsverletzungen, unberechtigte Zahlungsaufforderungen, das Bestreiten eines Gewährleistungsanspruchs, unberechtigte Zurückweisung der Ansprüche aus Leistungsstörungen, das Leugnen oder die Verhinderung der Ausübung von dem Verbraucher zustehenden Vertragsauflösungsrechten (z.B. Anfechtungs-, Widerrufs-, Rückgabe-, Rücktritts-, und Kündigungsrechte) oder die Verwendung unwirksamer AGB gegen das Irreführungsverbot des § 5 UWG verstoßen, solange dies geeignet sind, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen.⁸⁹² Umstritten ist lediglich die Frage, ob das Wettbewerbsrecht alle Aspekte des Verbraucherschutzrechts abdecken soll. Ein Teil der Literatur will dies bejahen.⁸⁹³ Andere dagegen gehen davon aus, dass die Anwendungsbereiche des Wettbewerbsrechts und des Vertragsrechts nicht flächendeckend sind.⁸⁹⁴ Der zweiten Auffassung ist zuzustimmen, weil Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG ausdrücklich sagt, dass die Richtlinie das Vertragsrecht unberührt lässt.⁸⁹⁵ Um das Wettbewerbsrecht von dem Vertragsrecht abzugrenzen, ist deshalb darauf abzustellen, ob das Verhalten des Unternehmers einen objektiven

⁸⁸⁸ Vgl. Köhler, WRP 2009, 898 (901).

⁸⁸⁹ Glöckner, WRP 2009, 1175 (1188); Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1016).

⁸⁹⁰ BGH GRUR 2010, 1120 (Rdn. 25) – *Vollmachtnachweis*.

⁸⁹¹ Armgardt, WRP 2009, 122 (126).

⁸⁹² Siehe nur BGH GRUR 2013, 945 (Rdn. 37) – *Standardisierte Mandatsbearbeitung*.

⁸⁹³ Sosnitza, WRP 2008, 1014 (1017).

⁸⁹⁴ Armgardt, WRP 2009, 122 (126); Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311 (1326); Köhler, WRP 2009, 898 (902, 912); Peukert, in: GK-UWG, § 2 Rdn. 282 ff.

⁸⁹⁵ Scherer, WRP 2009, 761 (763) weist zutreffend darauf hin.

Zusammenhang zu den geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers aufweist. Ausschlaggebend ist das wirtschaftliche Interesse des Unternehmers.⁸⁹⁶

Im Fall der unterbliebenen, falschen oder unzureichenden Widerrufsbelehrung führt aber diese Diskussion zu keinem abweichenden Ergebnis, weil eine derartige Widerrufsbelehrung faktisch geeignet ist, dem Unternehmer Kosten zu ersparen, da der Verbraucher davon abgehalten wird, sein Recht geltend zu machen. Hierdurch wird der Produktabsatz des Unternehmers gefördert, so dass eine geschäftliche Handlung und auch ein Verstoß gegen § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG vorliegen.⁸⁹⁷

Eine vergleichbare Funktionserweiterung kann allerdings am § 16 Abs. 1 UWG nicht abgelesen werden. Auch nach der UWG-Novelle 2008 verwendet § 16 Abs. 1 UWG nach wie vor den Begriff der Werbung. Der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG beschränkt sich daher nur auf den Zeitraum „vor“ Geschäftsabschluss.⁸⁹⁸ Dementsprechend sind die Fälle, in denen der Verbraucher über das Bestehen seines Widerrufsrechts getäuscht wird, selbst wenn es sich um einen Teil eines planmäßigen Gesamtverhaltens handelt oder selbst wenn ein Unternehmer Kunden, die von einem Widerrufsrecht Gebrauch machen wollen, planmäßig und wider besseres Wissen erklärt, ein solches Recht stehe ihnen nicht zu, aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG ausgeschlossen. Es liegt aber auf der Hand, dass es keinesfalls sinnvoll und nachvollziehbar ist, diese Fälle aus dem Vorfeld des Betruges auszuklammern. Insbesondere dann, wenn man bedenkt, dass die nicht ordnungsgemäße Belehrung ebenso eine Betrugsstrafbarkeit (§§ 22, 263 StGB) auslösen kann.⁸⁹⁹ Man könnte zwar argumentieren, die enge Verbindung zwischen § 16 Abs. 1 UWG und § 5 UWG ermögliche eine andere Auslegung mit der Folge, dass die Änderungen im Zuge der UWG-Novelle 2008 den Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG automatisch ausdehnen. Das wäre aber in vielerlei Hinsicht falsch, weil die Entwicklung des Irreführungsverbots zeigt, dass der Begriff der Werbung einen Unterfall der geschäftlichen Handlung bildet. Darüber hinaus darf nicht außer Acht gelassen werden, dass § 16 Abs. 1 UWG zwar seinen Kern in einer anderen Norm findet, er aber letztendlich kein Blankettstrafrechtsnorm ist. Die Änderungen bei § 5 UWG können deshalb den Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG nicht automatisch ausdehnen. Eine andere Vorgehensweise wäre ein Verstoß gegen Art. 103 GG.

⁸⁹⁶ Siehe nur *Peukert*, in: GK-UWG, § 2 Rdn. 285.

⁸⁹⁷ Vgl. BGH GRUR 2013, 945 (Rdn. 26) – *Standardisierte Mandatsbearbeitung*.

⁸⁹⁸ Vgl. nur *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.25; *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 5.

⁸⁹⁹ Denn für die Annahme eines versuchten Betruges reicht die Vornahme einer Täuschungshandlung aus, vgl. Gliederungspunkte Teil 2 A VI 2 und Teil 2 C II 5 g) bb).

Man muss daher dafür plädieren, dass diese wenig sinnvolle Einschränkung künftig aufgegeben werden sollte. Die Verpflichtungen aus dem Europarecht zwingen dazu. Nach Art. 169 Abs. 1 AEUV soll die Union einen Beitrag zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus zum Schutze u.a. der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und des Rechts der Verbraucher auf Information leisten. Die Union leistet einen Beitrag zur Erlangung der in Abs. 1 genannten Ziele insbesondere durch Richtlinien. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang ganz besonders die vollharmonisierende Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Sie soll die Verbraucher vor irreführenden Geschäftspraktiken schützen, die ihre Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit beeinträchtigen und sie dazu verleiten können, geschäftliche Entscheidungen zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten. Das Ziel der vollharmonisierenden Richtlinie 2005/29/EG ist also, eine freie und informierte geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zu gewährleisten. Der Begriff der „geschäftlichen Entscheidung“ ist dabei i.S.d. Definition in Art. 2 lit. k der Richtlinie zu verstehen, nämlich als „jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt abgeben oder behalten oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen“. Der Richtlinie geht es daher gerade darum, eine Beeinflussung des Verbraucherverhaltens nach Vertragsabschluss zu erfassen.⁹⁰⁰ Da sich in der Entwicklung des Verbraucherschutzes in Europa das Irreführungsverbot von den Fesseln des engen Begriffs der Werbung befreit hat, sollte diese Entwicklung auch für die strafrechtliche Seite des unlauteren Wettbewerbs gelten. Der Begriff der Werbung sollte durch die geschäftliche Handlung ersetzt werden.⁹⁰¹

Durch diese Operation wird nicht nur einen lückenlosen Verbraucherschutz erreicht, sondern auch eine verlässliche Strafrechtsanwendung gewährleistet. Um dies zu verstehen, reicht es, neben den zahlreichen Mängeln der in Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG definierten „Werbung“, lediglich an die Unschärfe des „Äußerungsbegriffs“ zu denken, die zu der Frage führt, ob dieser Begriff weiter gefasst ist als derjenige der „Angabe“ und ebenfalls nicht nachprüfbar Äußerungen (z.B. Werturteile) erfasst.⁹⁰² Ein noch wichtiger Grund sind aber die Widersprüche innerhalb der wettbewerbsstrafrechtlichen Literatur. Es ist keinesfalls mit dem Gesetzlichkeitsprinzip vereinbar, wenn man entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Richtlinie 2006/114/EG davon ausgeht, dass § 16 Abs. 1 UWG

⁹⁰⁰ Vgl. EuGH GRUR 2014, 196 (Rdn. 36) – *Trento Sviluppo/AGCM*.

⁹⁰¹ Die nachvertraglichen irreführenden Angaben sind nicht mit den nachvertraglichen Informationspflichten zu verwechseln, siehe Fn. 429, 657; sowie Gliederungspunkte Teil 2 C II 5 b) bb) und Teil 2 C II 5 c) bb).

⁹⁰² *Götting*, Wettbewerbsrecht, § 8 Rdn. 13: „zentrale Frage“.

auch die Nachfragewerbung erfasst.⁹⁰³ Auch im Bereich der unberechtigten Zahlungsforderungen folgt die strafrechtliche Literatur der systemwidrigen Rechtsprechung des BGH.⁹⁰⁴ Richtigerweise wäre schon die Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 16 Abs. 1 UWG von vornherein abzulehnen. Umso bemerkenswerter ist, dass die Untauglichkeit des § 16 Abs. 1 UWG auch der Literatur bekannt ist, da es sich nämlich bei rechnungsähnlichen Angeboten um ein nachvertragliches Verhalten handele.⁹⁰⁵

Die hier vorgeschlagene Erweiterung des Tatbestandes kann übrigens nicht mit der Begründung in Frage gestellt werden, dass auf diese Weise der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG enorm ausgedehnt werde. Natürlich sind solche Fälle denkbar, in denen die Kriminalisierung der nachvertraglichen Informationspflichtverletzung nicht so leicht zu rechtfertigen ist. Hier ist etwa an den Graubereich zwischen einer unternehmerischen und einer privaten Tätigkeit bei Online-Auktionen zu denken.⁹⁰⁶ Es ist aber offensichtlich, dass in diesem Fall ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum vorliegt, weil der Anbieter nicht erkennt, dass sein Verhalten eine geschäftliche Handlung darstellt. Der Vorschlag bedeutet auch nicht, dass jede Informationspflichtverletzung automatisch Strafbarkeit auslösen sollte, wenn der Anbieter unternehmerisch tätig ist. Zwar reicht zur Bejahung des Vorsatzes grundsätzlich die Kenntnis der Tatumstände (§ 16 StGB), hier also der Gestaltung der Widerrufsbelehrung. Ist aber ein Tatbestandsmerkmal normativ aufgeladen, was bei der Irreführung über die Rechte des Verbrauchers genau der Fall ist,⁹⁰⁷ ist über die Tatsachenkenntnis hinaus eine so genannte „Parallelwertung in der Laiensphäre“⁹⁰⁸ notwendig. Das bedeutet, dass der unternehmerische Anbieter auch erkennen muss, dass durch die von ihm gewählte Formulierung beim Verkehr eine Fehlvorstellung hervorgerufen werden kann, ohne dass es dabei auf seine mögliche Irreführungsabsicht ankommt. Hält er dagegen die Fehlvorstellung des Verkehrs nicht für möglich, fehlt ihm der Vorsatz bezüglich Irreführungseignung seiner Widerrufsbelehrung. Durch diese aus der allgemeinen Strafrechtsdogmatik stammende zusätzliche Anforderung kann also verhindert werden, dass allein die Gefahr von Missverständnissen strafbegründend wirkt.

⁹⁰³ So die h.M. statt vieler *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 9.

⁹⁰⁴ So die h.M. statt vieler *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 83.

⁹⁰⁵ So die h.M. statt vieler *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 74.

⁹⁰⁶ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (3).

⁹⁰⁷ § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 EGBGB.

⁹⁰⁸ Vgl. statt vieler *Fischer*, StGB, § 16 Rdn. 14; *Lackner/Kühl*, StGB, § 15 Rdn. 14.

III. Unwahrheit

Irreführende Angaben unterliegen nur dann dem Tatbestand der strafbaren Werbung, wenn sie unwahr sind. Die Auslegung des Unwahrheitsmerkmals ist jedoch umstritten. Zwei gänzlich konträre Ansichten stehen sich hier gegenüber:

1. Subjektive Theorie

Nach der subjektiven Theorie sind die Begriffe „unwahr“ und „irreführend“ sinnidentisch zu interpretieren. Denn die Angaben sind auch dann „unwahr“, wenn sie mit den subjektiven Vorstellungen des Umworbenen nicht übereinstimmen. Ob die Angabe objektiv unwahr oder nur irreführend ist, erscheint deshalb irrelevant. Nach dieser Ansicht ist das für die Annahme von unwahren Angaben entscheidende Kriterium demzufolge die Auffassung des Adressaten, für den die Angabe bestimmt ist. Diese Ansicht will deshalb dem Tatbestandsmerkmal „unwahr“ keine große Bedeutung beimessen.⁹⁰⁹ Dementsprechend spricht *Lampe* von einer hermeneutischen Lösung: „Zwei Worte – ein Begriff“.⁹¹⁰

Gegen das subjektive Verständnis wurde eingewendet, dass es mit dem Wortlaut von § 16 Abs. 1 UWG schwer vereinbar sei,⁹¹¹ den Strafbarkeitsbereich zu weit ausdehne und aufgrund des alleinigen Abstellens auf die Verkehrsauffassung in Konflikt mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG gerate.⁹¹² Darüber hinaus spreche gegen die Subjektivierung des Merkmals „unwahr“, dass im Strafrecht den Begriffen „unwahr“, „falsch“ oder „unrichtig“ objektive Bedeutung beigemessen werde. Sofern Normen wie zum Beispiel den §§ 264, 264a, 265b StGB unrichtige Angaben als Tatbestandsmerkmal entnommen werden können, werde stets auf den objektiven Sinngehalt und nicht auf die Verkehrsauffassung des Adressatenkreises abgestellt.⁹¹³

2. Objektive Theorie

Nach dem BGH⁹¹⁴ und der herrschenden Meinung⁹¹⁵ sind die Angaben dagegen dann unwahr, wenn deren tatsächlicher Inhalt mit der objektiven (abstrakten) Wahrheit nicht

⁹⁰⁹ *Alt*, NJW 1987, 21 (27); *Lampe*, in: FS-Lange, S. 455 (460 f.); *Otto*, GRUR 1982, 274 (280); *Otto*, in: GK-UWG (1. Auflage), § 4 Rdn. 27; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität BT, S. 35; *Tiedemann*, ZStW 86 (1974), 990 (1022), anders jetzt *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rdn. 218.

⁹¹⁰ *Lampe*, in: FS-Lange, S. 455 (460).

⁹¹¹ *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 51.

⁹¹² *Alexander*, WRP 2004, 407 (414); *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 11; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 63.

⁹¹³ *Kilian*, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 49; *Kugler*, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 120; *Ruhs*, Strafbare Werbung, S. 191.

⁹¹⁴ BGHSt 52, 227 (Rdn. 45 ff.) – *Strafbare Werbung im Versandhandel*.

⁹¹⁵ *Alexander*, WRP 2004, 407 (414 f.); *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 10 f.; *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 51; *Claus*, Jura 2009, 439 (441); *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 16; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 16 Rdn. 15; *Eisele*, NSTZ 2010, 193 (197); *Grebing*, wistra 1982, 83 (86 dort Fn. 23); *Gribkowsky*, Strafbare Werbung, S. 47 ff.; *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG

übereinstimmt. Im Gegensatz zur subjektiven Interpretation der Unwahrheit der Angaben spielt die „Verkehrsauffassung“ i.S.d. § 5 UWG⁹¹⁶ in dieser Theorie daher *keine* Rolle. Danach sollten durch § 16 Abs. 1 UWG nur objektiv unwahre Angaben unter Strafe gestellt werden und nicht solche, die erst durch eine Diskrepanz zwischen der objektiven Wirklichkeit und der Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise „unwahr würden“. Aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG werden also die Angaben, die zwar „irreführend“, isoliert betrachtet aber „wahr“ sind, ausgenommen. Der „Unwahrheit“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG entspricht, so die Vertreter dieser Theorie, das Aufstellen einer falschen Tatsachenbehauptung durch ausdrückliche Täuschung nach § 263 StGB.⁹¹⁷ Dementsprechend werden sämtliche sonstigen Erklärungen, die sich logischerweise aus dem unmittelbar Erklärten ergeben,⁹¹⁸ aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG ausgeschlossen. Dies gilt an erster Stelle für die konkludente Täuschung, insbesondere für die konkludente Täuschung durch Erklärung wahrer Tatsachen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass auch die Vertreter der objektiven Theorie genau an dieser Stelle entweder ausdrücklich über eine sog. Zwei-Stufen-Methode⁹¹⁹ oder konkludent⁹²⁰ über die Notwendigkeit der Korrektur bei auslegungsbedürftigen Begriffen auf einen Empfängerhorizont zurückgreifen und eine gewisse Subjektivierung bei der Auslegung vornehmen. Gegen diese Auffassung wurde vorgebracht, dass es gerade die Divergenz zwischen der Bedeutungsvorstellung und der Wirklichkeit sei, die den Verstoß gegen das Wahrheitsgebot in der Werbung begründe. Die Ausnutzung der Tatsache, dass eine bestimmte Angabe im Verständnishorizont des Empfängers einen nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmenden Inhalt hat, kennzeichne das strafwürdige Verhalten.⁹²¹

Rdn. 25 f.; *Heghmanns*, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 7 A Rdn. 76; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, Rdn. 449 ff.; *Hernández*, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung, S. 181 ff.; *Janssen/Maluga*, in: MüKo-StGB, UWG, § 16 Rdn. 26 ff.; *Kempf/Schilling*, wistra 2007, 41 (43); *Kilian*, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 48 ff.; *Klug*, GRUR 1975, 217 (219); *Kugler*, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 119 ff.; *Kunkel*, Zur Strafbarkeit unwahrer, irreführender Absatzwerbung im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG, S. 88 f.; *Lettl*, Das neue UWG, Rdn. 746; *Lindloff/Fromm*, MMR 2011, 359 (362); *Pfaff*, Das Anlocken mit falschen Versprechungen, S. 27 ff.; *Pfeiffer*, in: FS-Lieberknecht, S. 207 (210); *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 61 ff.; *Richter*, wistra 1987, 117 (119); *Roth*, Strafbare Werbung und die Neuen Medien, S. 58 f.; *Ruhs*, Strafbare Werbung, S. 190 ff.; *Schwarz*, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 71 ff.; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 16 Rdn. 9; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rdn. 218; *Többens*, WRP 2005, 552 (553); *Trepper*, in: Götting/Nordemann, UWG, § 16 Rdn. 8; *Vassilaki*, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 15 Rdn. 30; *Vergho*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, S. 172 f.; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 33 Rdn. 9; *Wolters*, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 17.

⁹¹⁶ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 1.

⁹¹⁷ So ausdrücklich *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 62.

⁹¹⁸ Vgl. *Hoyer*, in: SK-StGB, § 263 Rdn. 28.

⁹¹⁹ Z.B. *Alexander*, WRP 2004, 407 (414 f.); *Kilian*, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 48 ff.

⁹²⁰ Z.B. *Heghmanns*, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 7 A Rdn. 77; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 64 f.; *Wolters*, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 18.

⁹²¹ *Otto*, in: GS-Meurer, S. 263 (270).

3. Stellungnahme

Die Thesen, die im Folgenden begründet werden sollen, lauten: Weder die subjektive noch die objektive Theorie verdienen den Vorzug. Richtigerweise sollte das Wort „Unwahrheit“ ersatzlos gestrichen werden. Durch diese Operation ist nicht nur die ausdrückliche, sondern auch die konkludente Täuschung unter § 16 Abs. 1 UWG zu subsumieren. Danach sollte bei § 16 Abs. 1 UWG, genauso wie bei § 263 StGB, allein die Verkehrsauffassung maßgeblich sein. Dies soll aber keineswegs dahingehend missverstanden werden, dass § 16 Abs. 1 UWG alle um Irrtum und Vermögensschaden gekürzten Betrugsfälle erfasst. Denn die Maßstabfigur ist der Durchschnittsverbraucher. Aus diesem Grund ist die Rechtsprechung und Literatur zu § 263 StGB, wonach jede Täuschung, die einen Verbraucher, der nicht genügend Selbstschutzmaßnahmen trifft, faktisch in die Irre führt, strafbar sei, für § 16 Abs. 1 UWG nicht unbesehen zu übernehmen. Da sich § 16 Abs. 1 UWG im Vorfeld des Betruges bewegt, sollte das Leitbild eines Durchschnittsverbrauchers auch auf § 263 StGB übertragen werden, um ein widerspruchsfreies Täuschungsschutzsystem zu schaffen. Hierzu nun im Einzelnen:

a) Bewertung und Ablehnung der subjektiven Theorie

Vor allem ist festzustellen, dass der in der Literatur häufig genannte Punkt, nach dem sich das subjektive Verständnis der Unwahrheit in Kollisionsgefahr mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG bringe, wenig überzeugend ist. Die strafbare Werbung ist, genauso wie § 263 StGB,⁹²² ein Kommunikationsdelikt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich auch bei § 16 Abs. 1 UWG, ebenso wie beim Betrug,⁹²³ der Erklärungsinhalt nach den üblichen Auslegungsmethoden in der konkreten Kommunikationssituation im Rahmen der Verkehrsauffassung und des Empfängerhorizonts bestimmen soll. Dieses Erfordernis wird angesichts der Natur des Betruges als Kommunikationsdelikt als zwingend angesehen⁹²⁴ und ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁹²⁵

Ebenso wenig überzeugend ist ferner, das Wort „unwahr“ mit den Strafvorschriften des StGB zu vergleichen und zu behaupten, dass auch bei den Strafvorschriften des StGB, welche „unrichtige“ Angaben als Tatbestandsmerkmal nennen – wie beispielsweise die §§ 264 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4; 264a Abs. 1; 265b Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB –, auf den objektiven Sinngehalt und nicht auf das Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise abge-

⁹²² Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 12; Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 25; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 4.

⁹²³ BGHSt 58, 102 (Rdn. 20) – *Schadensfeststellung beim Sportwettenbetrug*; Fischer, StGB, § 263 Rdn. 18; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 25.

⁹²⁴ BGHSt 58, 102 (Rdn. 20) – *Schadensfeststellung beim Sportwettenbetrug*; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 28.

⁹²⁵ BVerfG NJW 2012, 907 (Rdn. 168) – *Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungen*.

stellt werde, und kein Grund bestehe, diese Richtung nicht auch für die strafbare Werbung zu übernehmen. Zugegebenermaßen ist nach diesen Tatbeständen eine Angabe unrichtig, wenn sie mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt.⁹²⁶ Diese systematische Überlegung kann allerdings keinesfalls auf § 16 Abs. 1 UWG übertragen werden. Wenn der Formulierung der oben genannten Straftatbestände wörtlich zu folgen wäre, könnte man nicht ohne Widerspruch erklären, wie sich der Werbende durch Unterlassen strafbar machen kann, wenn in Bezug auf unvollständige Angaben kein konkludentes Handeln angenommen werden kann. Denn in diesen Tatbeständen hat sich der Gesetzgeber gezwungen gesehen, ausdrücklich bloß unvollständige Angaben zu erfassen.⁹²⁷ Der Gesetzgeber selbst legt also nahe, dass unvollständige Angaben den jeweiligen Tatbestand nur dann erfüllen, wenn sie ausdrücklich erwähnt werden. Sonst wäre deren ausdrückliche Erwähnung überflüssig. Daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass die Tatbestandsmerkmale „unrichtig“ und „unwahr“ nicht sinnidentisch sind.

Die subjektive Theorie ist jedoch im Ergebnis abzulehnen. Um dies zu verstehen, muss man den Hintergrund dieser Theorie beleuchten. Die subjektive Ermittlung der Unwahrheit geht auf einen Zeitraum zurück, in dem die Anwendungsbereiche der zivil- und strafrechtlichen Irreführungsverbote deckungsgleich waren. Ursprünglich war § 4 UWG a.F. in seiner Fassung auf den § 3 UWG a.F. abgestimmt, der noch das Tatbestandsmerkmal „unrichtige“ Angaben enthielt. Maßgeblich war nach Rechtsprechung und Literatur nicht die sachliche (Un-)Richtigkeit der Angaben, sondern allein die Verkehrsauffassung.⁹²⁸ Erst im Zuge der UWG-Novelle 1969⁹²⁹ wurde das Merkmal „unrichtige Angaben“ durch „irreführende Angaben“ ersetzt; damit wurde auch durch den Gesetzeswortlaut anerkannt, dass allein die Verkehrsauffassung und nicht die objektive Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Angabe maßgeblich ist. Bei § 4 UWG a.F. wurde aber keine Änderung vorgenommen. Gerade aus diesem Grund war die sinnidentische Interpretation der Tatbestandsmerkmale „unwahr“ und „irreführend“ im alten Recht sachgerecht und auch vertretbar, weil der Unterschied zwischen den Begriffen allein in der Höhe der erforderlichen „Konfusionsrate“ lag und somit ein rein quantitativer war. Folglich waren sowohl Irreführung als auch die Unwahrheit einer Angabe aus der Sicht der Werbeadressaten zu beurteilen, wobei beim Merkmal der Unwahrheit jedoch, anders als bei dem der Irreführung, nicht auf das Vorstellungsbild des „nicht völlig unbeachtlichen Adressatenkreises“,⁹³⁰ sondern

⁹²⁶ Vgl. nur Fischer, StGB, § 264 Rdn. 23; § 264a Rdn. 14; § 265b Rdn. 28.

⁹²⁷ §§ 264 Abs. 1 Nr. 1; 264 Abs. 1 Nr. 4; 264a Abs. 1; 265b Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB.

⁹²⁸ Vgl. BGH GRUR 1959, 365 (366) – *Englisch-Lavendel*; BGH GRUR 1969, 415 (416) – *Kaffeerösterei*; BGH GRUR 1970, 425 (426) – *Melitta-Kaffee*.

⁹²⁹ Gesetz vom 26.6.1969, BGBl. I vom 28.6.1969, S. 633. Siehe auch Fn. 273.

⁹³⁰ Vgl. (zu § 3 UWG a.F.) BGH GRUR 1955, 37 (40) – *Cupresa-Seide*; BGH GRUR 1960, 567 (570) – *Kunstglas*.

auf die „Durchschnittsauffassung der Adressaten“ abgestellt wurde.⁹³¹ Diese Differenzierung ist aber seit der UWG-Reform 2004 nicht mehr möglich. Infolge der Abkehr vom flüchtigen Verbraucher hin zum gehobenen Verbraucherleitbild führt die subjektive Ansicht zu einer Überflüssigkeit des Merkmals „unwahr“. Denn im geltenden Recht wird bereits zur Bestimmung der Irreführung auf die Durchschnittsauffassung eines *einzelnen*⁹³² Durchschnittsverbrauchers abgestellt. Darüber hinaus zeigen die Gesetzesmaterialien zu § 16 Abs. 1 UWG, dass die Einbeziehung wahrer, aber dennoch irreführender Angaben erwogen und abgelehnt worden war.⁹³³ Die kumulative Verbindung der beiden Begriffe durch den Gesetzgeber und der eindeutig von dem zivilrechtlichen Irreführungsverbot des § 5 UWG, welcher dem Wortlaut nach auch die Werbung mit wahren Angaben erfasst, abweichende Wortlaut des § 16 Abs. 1 UWG, sind deshalb so zu interpretieren, dass dem Merkmal der Unwahrheit eigenständige Bedeutung zukommen soll.

b) Bewertung und Ablehnung der objektiven Theorie

Will man den gesetzgeberischen Willen nicht ignorieren, bleibt wohl nicht viel übrig, als eine objektive Interpretation der Unwahrheit vorzunehmen. Nach der UWG-Reform 2004 wird deshalb einhellig vertreten, dass eine Angabe nur dann als unwahr betrachtet werden kann, wenn sie der objektiven (abstrakten) Wirklichkeit, das heißt den tatsächlichen Gegebenheiten, nicht entspricht. Es kommt deshalb für die Frage, ob die Angabe unwahr ist, nicht auf die Vorstellungen an, die sich die Verkehrskreise machen, an die sich die Werbung richtet. Die Verkehrsauffassung in der konkreten Kommunikationssituation spielt deshalb keine Rolle.

Schon diese wenigen Ausführungen lassen aber zunächst erklären, warum die Bedeutung des Tatbestandes bisher hinter § 263 StGB zurückbleibt, obwohl § 16 Abs. 1 UWG keinen Vermögensschaden voraussetzt.

Zu denken ist zunächst an Werbung mit Testergebnissen. Wer bei einem Warentest für sein Produkt die Note „gut“ erhalten hat und deshalb *wahrheitsgemäß* mit dem Slogan „Test Gut“ wirbt, suggeriert zugleich ein überdurchschnittlich gutes Testergebnis. Wenn in einem solchen Fall jedoch 10 der getesteten Produkte mit der Note „sehr gut“, 11 mit der Note „gut“ und 1 mit der Note „zufriedenstellend“ gewertet wurden, dann ist der Werbeslogan „Test Gut“, auch wenn dies zutrifft, mangels Überdurchschnittlichkeit des so angepriesenen Produktes irreführend.⁹³⁴

⁹³¹ So ausdrücklich Otto, in: GK-UWG (1. Auflage), § 4 Rdn. 33.

⁹³² Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) bb).

⁹³³ BT-Drucks. 15/1487, S. 26.

⁹³⁴ BGH GRUR 1982, 437 (438) – *Test Gut*.

Auch die berühmte „Zellwollhosen“-Entscheidung des BGH kann als weiteres gutes Beispiel angeführt werden. Bekanntlich hat der BGH in diesem Fall einen Betrug verneint, eine strafbare Werbung aber bejaht,⁹³⁵ weil der Verkäufer eine Hose unter der Zusicherung verkaufte, es handele sich um „reine“ Wolle, obwohl es sich um eine Hose aus geringwertiger Zellwolle handelte. Der objektiven Theorie nach wäre aber anders zu entscheiden, wenn der Verkäufer lediglich behauptet hätte, dass diese Hosen aus Wolle gefertigt sind, ohne zuzusichern, dass sie aus „reiner“ Wolle bestehen, obwohl der Verkehr durch die Angabe „Wolle“ nicht auf die Idee kommt, es handele sich um Zellwolle.

Man kann ferner zahlreiche weitere Beispiele für Werbung mit wahren Angaben aus der neueren Zeit finden, die aufgrund der objektiven Interpretation der Unwahrheit nicht unter § 16 Abs. 1 UWG subsumierbar sind. So ist der Tatbestand nicht erfüllt, wenn der Veranstalter einer Kaffeefahrt den Teilnehmern eine Konservendose Erbsensuppe als „Mittagessen“ anbietet. Denn dem wörtlichen Verständnis nach sollte man eine Dosensuppe durchaus als „Mittagessen“ ansehen, auch wenn der Teilnehmer in einem normalen Lebensverhältnis unter „Mittagessen“ eine vollständig zubereitete Mittagsmahlzeit versteht.⁹³⁶ Durch die Ausschließung der Verkehrsauffassung ist ferner die Werbeangabe eines Badehotels „200 m vom Meer“ nicht tatbestandsmäßig, selbst wenn sich die Angabe auf die Luftlinie bezieht und dabei verschweigen wird, dass der normale Zugang zum Meer aufgrund von Felsformationen zwischen Hotel und Meer einen Umweg von 2 km darstellt.⁹³⁷

Die Schwäche der objektiven Interpretation der Unwahrheit wird noch auffälliger, wenn die auf den ersten Blick als unwahr erscheinenden Angaben erst auf den zweiten Blick – etwa durch ein kleines Sternchen als Hinweis auf die AGB – der Wirklichkeit entsprechen. Dies hat keinen komplizierten Hintergrund, sondern ist allein deshalb der Fall, weil bei Zweifeln der Leitsatz in dubio pro reo greift und von wahren Angaben auszugehen ist.⁹³⁸ Hier genügt es, auf die sog. Abo-Fälle zu verweisen.⁹³⁹

⁹³⁵ BGHSt 16, 220 (223) – *Zellwollhosen-Fall*.

⁹³⁶ Vgl. (zu BGH NJW 2002, 3415 – *Kaffeefahrt*) Alexander, WRP 2004, 407 (415); Soyka, HRRS 2008, 418 (420).

⁹³⁷ Vgl. das Beispiel von Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 29.

⁹³⁸ A.A. (h.M.) statt vieler siehe nur Hammer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 27: „Die Korrektur unwahrer Angaben an versteckter Stelle beseitigt die Unrichtigkeit der relevanten Werbeaussage nicht. Eine Werbung ist daher auch dann unwahr, wenn die Einschränkung des Hauptwerbetextes in der Anzeige enthalten, praktisch aber nicht wahrnehmbar ist oder die Richtigkeitstellung unwahrer Angaben in Werbeschreiben an optisch schwer zugänglicher Stelle auf der Rückseite bzw. in nachträglich übersandten klein gedruckten Geschäftsbedingungen erfolgt.“ Ausgangspunkt dieser Überlegung sollte sein, dass die Grenze zwischen einer ausdrücklichen Täuschung und einer Täuschung durch schlüssiges Verhalten fließend und nicht immer eindeutig zu ziehen ist. Ein Teil der Literatur hält daher die Abgrenzung und die genaue Qualifizierung der Täuschungshandlung für entbehrlich, so etwa Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, Rdn. 496. Die Abgrenzungsfrage bleibt aber deshalb wichtig, weil von ihr bei der ausdrücklichen Täuschung grundsätzlich weder eine Erheblichkeitsprüfung noch eine Verteilung von

Um die Schwäche der objektiven Interpretation der Unwahrheit zu zeigen, kann – allerdings in leicht abgewandelter Form – als weiteres Beispiel der Sachverhalt von BGHSt 52, 227 herhalten: Danach teilte der Angeklagte, als Geschäftsführer eines Versandhandels, den Empfängern in personalisierten Anschreiben mit, dass sie einen Preis gewonnen hätten. Gleichzeitig wurde darum gebeten, dass die Kunden das Versandhaus in diesem Zusammenhang auch wieder einmal mit einer kleinen Bestellung beauftragen. Der Gewinn wurde demnach unabhängig von einer Bestellung in Aussicht gestellt. Auf der Rückseite des Schreibens war jedoch, in Anknüpfung an das kleine Sternchen auf der Vorderseite, vermerkt, dass der Empfänger noch kein Geld gewonnen habe, sondern der Gewinn zunächst in einer Teilnahme an einer Verlosung bestehe. Diese Verlosung fand *tatsächlich* statt, so dass in Wahrheit eine Gewinnchance bestand. Nach der objektiven Theorie sollte hier eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG ausscheiden, weil die in dem Schreiben versprochene Ziehung tatsächlich erfolgt und die Angabe objektiv wahr ist.⁹⁴⁰

Schließlich sind in puncto Online-Auktionen⁹⁴¹ speziell Versteigerung von leeren Verpackungen (die sog. „Verpackungsverkauf-Fälle“) zu nennen, in denen das Auktionsangebot tatsächlich Hinweise (wahre Angaben) enthält, dass der Versteigerungsgegenstand ausschließlich die Verpackung und nicht der ursprüngliche Inhalt sei, beispielsweise bei dem Verkauf von Handy-Covers, die sich hinter einer ausführlichen Beschreibung des dazu passenden Handys verstecken.⁹⁴² Die Vorgehensweise der Täter ist immer gleich. Sie beschreiben die angebotene Ware sehr genau. Sie fügen aber am Ende, als Rückversicherung gegen Strafverfolgung, ein „OVP“ ein, so dass der Versteigerungsgegenstand „Originalverpackung“ ausdrücklich erwähnt wird. Zur Veranschaulichung mag das folgende

Informations- und Irrtumsrisiken vorgenommen wird. Der ausdrücklich täuschende Täter ist immer für die Fehlvorstellung zuständig, *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 27. Bei einer konkludenten Täuschung hingegen bedarf es eines weiteren Begründungsaufwandes anhand der faktischen und normativen Gesichtspunkte, vgl. nur *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 28 ff. Die herrschende Meinung übersieht dabei, dass ihr zufolge § 16 Abs. 1 UWG eigentlich nur die ausdrückliche Täuschung erfasst.

⁹³⁹ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 3 a).

⁹⁴⁰ Zutreffend weist *Otto*, in: GS-Meurer, S. 263 (269) darauf hin. Dieses Beispiel macht deutlich, dass die Eröffnung des Anwendungsbereiches des § 16 Abs. 1 UWG vom Zufall abhängig ist, weil in dem zu entscheidenden konkreten Sachverhalt die Verlosung nie durchgeführt wurde. Auf die Frage, ob die objektiv erklärte Wahrheit oder die äußere Erscheinung maßgeblich sein soll, kam es daher gar nicht mehr an. Deshalb konnte die Vorinstanz die Unwahrheit mit dem Fehlen der Gewinnchance und damit dem Erklärungsinhalt auf Basis einer objektiven Interpretation ohne Schwierigkeiten begründen, vgl. die Ausführungen in BGHSt 52, 227 (Rdn. 46) – *Strafbare Werbung im Versandhandel*. Dagegen hat der BGH, obwohl er grundsätzlich auf objektive Interpretation abstellte (a.a.O. Rdn. 45), es für nötig gehalten zu betonen, dass trotz Erklärung der Wahrheit die Aussage auch dann unwahr sein könnte, wenn die Adressaten sie anders verstehen dürften (a.a.O. Rdn. 46).

⁹⁴¹ Siehe auch (Shill-Bidding) Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (b), ferner Fn. 618; (Feedback-Manipulation) Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (b), ferner Fn. 631.

⁹⁴² *Bär*, in: Leible/Sosnitzer, Versteigerungen im Internet, Rdn. 1409; ausführlich *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 42 ff.

Beispiel dienen:⁹⁴³ Als Auktionsname steht „Sony Play-Station 3, 128 Bit Konsole, DVD-tauglich, wie neu, Originalverpackung“ aufgeführt. Der Anbieter beschreibt das Angebot wie folgt: „Nach dem Kauf nur im Schrank gestanden, daher ist alles in einem guten Zustand. Ich finde leider keine Verwendung dafür, deshalb verkaufe ich sie hier. Sie bietet Platz für folgende 7 Teile: 1xPlaystation 3 Slim (Konsole), 1x DualShock 3-Controller, 1x Netzkabel, 1x Av/HDMI-Kabel, 1x Euro-Scart-Adapter, 1x Bedienungsanleitung. Die gesamten Innenkartons sind unbeschädigt in der Verpackung.“ Die Gestaltung der Anzeige ist unzweifelhaft ambivalent, weil insbesondere der Passus „Sie bietet Platz für“ keinesfalls zu einer akzeptablen Produktbeschreibung führt. Der Bieter kann davon ausgehen, dass es sich tatsächlich um die Spielkonsole selbst handelt. Die Beschreibung schließt aber ferner nicht aus, dass der Vertragsgegenstand lediglich die Verpackung sein könnte. Keine der beiden Alternativen ist wegen der unklaren Formulierung von vornherein ausgeschlossen, es sei denn, man folgt der objektiven Theorie. Da die Verkehrsauffassung unberücksichtigt bleiben soll, gibt es keine andere Möglichkeit, als von einer wahren Angabe auszugehen und den Einsatz des § 16 Abs. 1 UWG abzusagen.

Diese Beispiele machen deutlich, dass es die objektive Ermittlung des Tatbestandsmerkmals „Unwahrheit“ *cleveren* Täter ermöglicht, sehr leicht das Verbot der Irreführung zu umgehen. Bei solch einer fragwürdigen Strafbarkeitslücke sehen die Vertreter der objektiven Theorie jedoch keine Probleme. Ganz im Gegenteil: Es wird sogar begrüßt, nur die irreführende Werbung durch unwahre Tatsachen dem Betrug vergleichbar unter Strafe zu stellen und nicht schon die Täuschung mit wahren, aber einen falschen Eindruck vermittelnden Tatsachen. Im Hinblick auf die besondere Gefährlichkeit mache nur dies durchaus Sinn. Der Schutz vor Werbung mit wahren, aber irreführenden Tatsachenbehauptungen könne ausreichend durch § 3 UWG gewährleistet werden.⁹⁴⁴ Dies wird vereinzelt damit begründet, dass in objektiv wahren, aber irreführenden Angaben keine sanktionsbedürftigen Handlungen zu sehen seien. Derjenige, der mit wahren Angaben wirbt, verhält sich normgerecht, weshalb kriminalpolitisch eine Sanktionierung nicht erforderlich sei.⁹⁴⁵

Auffällig ist, dass sich diese Überlegungen in unmittelbarer Nähe zu den engen Ansichten zur Behauptung wahrer Tatsachen im Rahmen des Betrugstatbestandes befinden, demzufolge die Behauptung wahrer Tatsachen generell nicht Gegenstand einer betrugsrelevanten Täuschung sein könne. So vertritt etwa *Schumann* die Auffassung, dass der Wortlaut des § 263 StGB zwar unglücklich formuliert sei, aber seinem klaren Wortlaut nach und

⁹⁴³ Das Beispiel stammt von *Hollweck*, Versteigerungen von leeren Verpackungen auf eBay, (abrufbar unter: <http://www.rechtsindex.de/internetrecht/1205-versteigerung-von-leeren-verpackungen-auf-ebay>).

⁹⁴⁴ *Alexander*, WRP 2004, 407 (415); *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 16; *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 26.

⁹⁴⁵ *Kugler*, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 124.

im Aussagekern nur unwahre Tatsachenbehauptungen erfasse. Jedes andere strafbegründende Verständnis verstieße gegen Art. 103 Abs. 2 GG.⁹⁴⁶ Danach sei die Wahrheit einer Tatsachenbehauptung nur rein objektiv zu ermitteln. Unerheblich sei, welchen Aussageinhalt der konkrete Empfänger dem Ausdruck tatsächlich beimesse. Für den Ausschluss der betrugsrelevanten Täuschungshandlung genüge in Fällen mehrdeutiger Behauptungen bereits die objektive Wahrheit einer unter mehreren erklärten Tatsache.⁹⁴⁷ In diese Richtung führt auch *Hecker* – ohne explizite Bezugnahme auf *Schumann* – aus, dass „Produktwerbung mit objektiv zutreffenden Botschaften schlechthin dem Anwendungsbereich des § 263 Abs. 1 StGB entzogen ist. Dies gilt selbst dann, wenn eine wahre Aussage – wie sie der Werbende erkennt und billigend in Kauf nimmt – auf der Seite des Werbeadressaten ein Missverständnis hervorrufen kann.“⁹⁴⁸

Diese Auffassung hat aber in der Betrugsliteratur keine Zustimmung gefunden. Und sie ist selbstverständlich erst recht im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG, im Vorfeld des Betruges, abzulehnen. Es ist kaum erklärbar, warum die bewusst missverständlich dargestellte Erklärung des Täters aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG ausgeschlossen sein soll.⁹⁴⁹ Die Unangemessenheit der sich aus der objektiven Ermittlung der Unwahrheit ergebenden rechtlichen Folgen, nämlich weitgehende Straflosigkeit in diesem Bereich,⁹⁵⁰ sollte deshalb das entscheidende Argument gegen die objektive Theorie sein. Insbesondere dann, wenn die Vertreter dieser Theorie keine überzeugende Antwort darauf geben können, warum der Inhalt einer objektiv wahren, aber missverständlichen Erklärung im Rahmen des § 263 StGB als strafbar angesehen würde, dieses aber nicht bei dem speziell auf die Beurteilung der strafrechtlichen Zulässigkeit von Werbung zugeschnittenen Delikt, § 16 Abs. 1 UWG, der Fall wäre.

In diesem Zusammenhang genügt es, die „*Insertionsoffertenbetrug*“-Entscheidung des BGH zu nennen, in der objektiv Wahres erklärt wurde, nur eben in einer dissimulierenden Art und Weise und damit vergleichbar mit all den obigen Konstellationen. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt wählte der Angeklagte in Tageszeitungen veröffentlichte Todesanzeigen aus und sendete unmittelbar nach Erscheinen der Anzeige den dort genannten Angehörigen der verstobenen Personen ein als „Insertionsofferte“ bezeichnetes Schreiben zu. Das Schreiben wies eine Vielzahl von Merkmalen auf, die bei Rechnungen für bereits erbrachte Leistungen typisch sind. Nur aus dem Kleingedruckten

⁹⁴⁶ *Schumann*, JZ 1979, 588 (589).

⁹⁴⁷ *Schumann*, JZ 1979, 588 (590).

⁹⁴⁸ *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 247 ff., 258.

⁹⁴⁹ Zutreffend *Soyka*, HRRS 2008, 418 (420).

⁹⁵⁰ Vgl. *Ebert-Weidenfeller*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Teil Kap. 3 Rdn. 20.

ergab sich, dass es sich um ein Angebot für eine erneute Veröffentlichung der bereits erschienen Todesanzeige im Internet handelte. Der BGH hat klargestellt, dass das Versenden von rechnungsähnlich aufgemachten Vertragsangeboten unter den Begriff der Täuschungshandlung i.S.d § 263 StGB subsumiert werden kann, weil eine Täuschung auch durch wahre Tatsachenbehauptungen möglich ist.⁹⁵¹ Der BGH begründet seine Auffassung durch die Betonung der subjektiven Komponente des Täuschungsbegriffs, in dem er feststellt, dass ein Verhalten dann zur tatbestandsmäßigen Täuschung wird, wenn der Täter die Eignung der Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein „äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens“ gezielt die Schädigung der Adressaten verfolgt, wenn also die Irrtumserregung nicht bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist. Dies setze auf Täterseite direkten Vorsatz voraus.⁹⁵²

Zwar kann man der Entscheidung nicht in der Begründung folgen, weil der BGH schon zur Bestimmung der Täuschung neben der richtigerweise vorgenommenen Auslegung der Erklärung eine besondere Missbrauchsabsicht fordert und damit systemwidrig objektive und subjektive Elemente vermischt.⁹⁵³ § 16 Abs. 1 UWG ist ein gutes Beispiel: Nach ihm begeht eine strafbare Werbung, „wer *in der Absicht*, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, (...), durch unwahre Angaben *irreführend* wirbt“. Der Wortlaut unterscheidet zwischen einer objektiven Irreführung einerseits und einer subjektiven Irreführungsabsicht andererseits. Die Irreführungsabsicht kann also nicht zur Begründung der objektiven Irreführung dienen.⁹⁵⁴ Denn ein derart subjektivierter Täuschungsbegriff ließe das Tatbestandsmerkmal der Täuschung praktisch ins Leere laufen, was im Ergebnis eine rein einzelfallbezogene und für die Beteiligten unkalkulierbare Betrachtungsweise bedeutet. Deshalb sollte für Begründung des BGH vielmehr entscheidend sein, ob der Täter einen Irrtum hervorruft, indem er eine Aufmachung seiner Angebote wählt, denen der Empfänger aufgrund der Gesamtumstände einen anderen Inhalt beimessen darf.⁹⁵⁵

⁹⁵¹ BGHSt 47, 1 (3) – *Insertionsoffertenbetrug*. Ob dies auch für geschäftlich erfahrene Empfänger gelten soll, wurde in dieser Entscheidung offen gelassen, in einer jüngeren Entscheidung dann aber bejaht, BGH NStZ-RR 2004, 110 (111) – *Scheinrechnungen*; i.d.S. schon *Garbe*, NJW 1999, 2868 (2869 f.); *Geisler*, NStZ 2002, 86 (88 f.); *Mahnkopf/Sonnberg*, NStZ 1997, 187 f.

⁹⁵² BGHSt, 47, 1 (5) – *Insertionsoffertenbetrug*. Der BGH greift auf den von *Schröder*, in: FS-Peters, S. 153 (159 ff.) entwickelten Ansatz zurück; zustimmend *Bosch*, in: FS-Samson, S. 241 (248); *Loos*, JR 2002, 77 (78); *Otto*, Jura 2002, 606 (607); siehe auch *Fischer*, StGB, § 263 Rdn. 28a.

⁹⁵³ Der BGH greift offensichtlich auf Kriterien zurück, die das Gericht im Rahmen der sog. „Folgevertrages“-Problematik entwickelt hat. Insgesamt bemüht sich der BGH darum, seine Beurteilungsmaßstäbe jenen anzugleichen, die für den Bereich von §§ 1, 3 UWG a.F. entwickelt worden sind. Wie bereits gesagt, war diese Rechtsprechung aber schon im Rahmen des UWG 1909 systemwidrig und ablehnungswürdig, siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) dd).

⁹⁵⁴ Ebenso *Scheinfeld*, wistra 2008, 167 (170).

⁹⁵⁵ Vgl. auch *Baier*, JA 2002, 364 (366); *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 697 (713 f.); *Geisler*, NStZ 2002, 86 (87 f.); *Hoyer*, in: SK-StGB, § 263 Rdn. 47; *Kindhäuser*, Strafrecht BT 2, § 27 Rdn. 15; *Paschke*, Der Inser-

Die Entscheidung zeigt aber jedenfalls richtig, dass eine Täuschung – im Gegensatz zu Vermutungen bei einigen Vertretern der objektiven Theorie – selbst dann vorliegen und täuschungsstrafrechtlich relevant sein kann, wenn sich der Täter hierzu – isoliert betrachtet – wahrer Tatsachenbehauptungen bedient. Diese Erkenntnis des BGH sollte für alle Fallgruppen fruchtbar gemacht werden. Natürlich unterscheidet sich der „Insertionsoffertenbetrug-Fall“ beispielsweise von dem „Verpackungsverkauf-Fall“ insofern, als dass die Rechnungssumme wegen einer bereits erfolgten Leistung geschuldet ist. Der Unterschied würde aber nicht verbieten, die in BGHSt 47, 1 gefundenen Ergebnisse auf andere Fallgruppen zu übertragen, weil sich die Täuschung aufgrund der irreführenden Beschreibung in allen Fallgruppen auf den Vertragsgegenstand im weiteren Sinne bezieht.⁹⁵⁶ Voraussetzung dafür ist aber die Bereitschaft, bei der Bestimmung der (Un)wahrheit im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG genauso wie bei § 263 StGB auf die Verkehrsauffassung abzustellen, was aber nach der objektiven Theorie abzulehnen ist, weil die Berücksichtigung der Verkehrsauffassung verfassungswidrig sei.

Genau an dieser Stelle begegnet man dem Dilemma der objektiven Theorie. Um die sich aus der objektiven Interpretation ergebenden und nicht nachvollziehbaren Strafbarkeitslücken zu schließen, greifen zahlreiche Vertreter der objektiven Theorie über eine Korrektur bei auslegungsbedürftigen Begriffen auf das Verständnis der Umworbenen zurück. Und: Sie versuchen, die zum „Betrug trotz wahrer Angaben“ entwickelten Grundsätze auf § 16 Abs. 1 UWG zu übertragen. Diese Autoren räumen also ein, dass fast alle Angaben ab einem gewissen Zeitraum ausgelegt werden müssen, weil es die objektiv feststellbare Wahrheit einer Erklärung nicht gibt, die Wahrheit sich vielmehr erst in Relation zur Deutung beim Adressaten ergeben kann.⁹⁵⁷ Die objektive Interpretation des Tatbestandsmerkmals „Unwahrheit“ wird deshalb dahingehend korrigiert, als dass die Angaben auch dann unwahr sind, wenn die verwendeten Begriffe einen Interpretationsspielraum eröffnen und die Angaben gerade diese Interpretationszone eindeutig verlassen.⁹⁵⁸ Das sei der

tionsoffertenbetrug, S. 144 ff.; Pawlik, StV 2003, 297 (298 f.); Rose, wistra 2002, 13 (17); Soyka, HRRS 2008, 418 (421); Schneider, StV 2004, 537 (539): „Gesinnungsstrafrecht“. Zwar wird die Tauglichkeit des Absichtskriteriums für die hier zu beurteilende Frage nach der konkludenten Täuschung trotz wahrer Tatsachen abgesprochen, aber zur Abgrenzung von Sozialadäquanz und strafbarer Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen anerkannt, vgl. Schünemann, in: LK, § 27 Rdn. 17 ff. Dies hat aber gute Gründe, siehe Gliederungspunkt Teil 3 C II 1.

⁹⁵⁶ Vgl. (zu § 263 StGB) Bosch, in: FS-Samson, S. 241 (246 f.).

⁹⁵⁷ Z.B. Alexander, WRP 2004, 407 (414 f.); Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 17 f.; Hammer, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 27; Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, Rdn. 449 ff.; Hernández, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung, S. 184 f.; Kilian, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 48 ff.; Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 64 f.; Schwarz, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 73 ff.; Vergho, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, S. 172 f.; Wolters, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 18.

⁹⁵⁸ Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 64.

Fall, wenn der Verkehr die Angabe einheitlich in einem bestimmten Sinn versteht. Anders als nach der subjektiven Theorie sei bei § 16 Abs. 1 UWG der Bedeutungsgehalt einer Werbebotschaft jedoch nicht aus der Perspektive des von der Werbung angesprochenen tatsächlichen Verkehrskreises, sondern aus der Perspektive des vernünftigen Durchschnittsverbrauchers zu ermitteln. Daher sei diese Korrektur innerhalb der Theorie kein Widerspruch in sich. Aus diesem Grund sei die Möglichkeit, durch formal wahre Angaben in strafbarer Weise zu werben, nicht ausgeschlossen.⁹⁵⁹ Die Werbung mit dem Slogan „Test Gut“ sei deshalb beispielsweise auch nach der objektiven Theorie unwahr, weil der durchschnittliche Verbraucher in der Angabe die Erklärung sehen werde, das Produkt gehöre zu den Besten seiner Kategorie. Diese über den Wortlaut der Angabe hinausgehende Erklärung sei unwahr, weil sie mit der Wirklichkeit nicht übereinstimme.⁹⁶⁰ In Abo-Fällen könne man deshalb von unwahren Angaben ausgehen, weil der tatsächliche Inhalt der geäußerten Tatsachenbehauptung „kostenpflichtige Nutzung“ mit den verschleiern den Gegebenheiten ihrer kontextuell dominant propagierten „Kostenlosigkeit“ in der objektiven Wirklichkeit kein Entsprechen findet.⁹⁶¹

Diese Korrektur ist zwar begrüßenswert, denn sie entspricht der hier vertretenen Auffassung, dass auch wahre Angaben unter § 16 Abs. 1 UWG zu subsumieren sind. Sie ist aber im Ergebnis abzulehnen. Sie übersieht zahlreiche entscheidende Punkte:

Vor allem ist festzustellen, dass die auslegungsbedürftigen Begrifflichkeiten *im geltenden Recht* nicht über die Schwelle der Unwahrheit hin zum Merkmal der Irreführung getragen werden können, wenn man sich die unterschiedlichen Handlungsalternativen bei den §§ 16 Abs. 1 UWG, 263 StGB vor Augen hält. § 16 Abs. 1 UWG kennt „nur“ *unwahre* Angaben als Tatmittel, was einer falschen Tatsachenbehauptung durch ausdrückliche Täuschung bei § 263 StGB entspricht (Vorspiegeln falscher Tatsachen). § 263 StGB erwähnt aber darüber hinaus „auch“ die Unterdrückung und Entstellung *wahrer* Tatsachen. Gerade diese zwei Handlungsalternativen ermöglichen es, den Erklärungswert nach der Verkehrsauffassung und dem Empfängerhorizont zu ermitteln⁹⁶² und all die bereits weiter oben für Werbung mit wahren Angaben genannten Beispiele unter § 263 StGB, genauer gesagt unter „konkludente Täuschung“, zu subsumieren.⁹⁶³

⁹⁵⁹ Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, Rdn. 449, 451.

⁹⁶⁰ Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, Rdn. 450.

⁹⁶¹ Brammsen/Apel, WRP 2011, 1254 (1256).

⁹⁶² Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 10; Vogel, GS-Keller, S. 313 (314 f.).

⁹⁶³ Siehe nur (**Abo-Fälle**) OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (Rdn. 30) – *Betrug durch „Abo-Fälle“ im Internet*; Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, § 39 Rdn. 8; Eisele, NSTZ 2010, 193 (195); Fischer, StGB, § 263 Rdn. 28b f.; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 16, 16f; Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 38, 55; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 45; Schröder, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 5 A, Rdn. 21, 25; (**Gewinnmitteilung**)

Dies lässt sich am Beispiel der Fälle verdeutlichen, in denen es um den Verkauf von leeren Verpackungen geht: Der Täter erklärt nicht ausdrücklich die Wahrheit, sondern bedient sich eines Szenarios, um die Wahrheit in den Hintergrund treten zu lassen, um so eine für sich selbst taugliche Entlastungsposition einnehmen zu können. Er verschleiert aber gleichzeitig die Wahrnehmung des Opfers über den wahren Vertragsgegenstand durch eine Verkürzung des Begriffs „Originalverpackung“ zu „OVP“ oder die unauffällige Positionierung des Begriffs „Originalverpackung“ inmitten oder am Ende des Anzeigetextes, da er davon ausgeht, dass der Begriff „Originalverpackung“ auch beim Verkauf des Inhalts häufig in Gebrauch genommen und üblicherweise benutzt wird, der Verkehr dem daher keine besondere Bedeutung beimisst. Es ist jedoch nicht gerechtfertigt, diese Dissimulation mit klassischen Fällen gleichzustellen, in denen falsche Angaben insofern gemacht wurden, als dass eine Sache echt sei, dieses aber nicht zutraf. Diese Vorgehensweise kann – wie in der Betrugsliteratur auch zutreffend festgestellt wurde – nur unter die Handlungsalternative der Unterdrückung wahrer Tatsachen subsumiert werden.⁹⁶⁴

Die Subjektivierung der objektiv zu ermittelten „Unwahrheit“ führt also zu einer Erweiterung des § 16 Abs. 1 UWG contra legem und somit zu einem Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 GG. Selbst wenn man von diesem dogmatischen Fehler aufgrund der nachvollziehbaren Gründe einmal absieht, stellt sich die Frage, worin die Unterschiede zwischen subjektiver und objektiver Theorie liegen sollen. Denn die subjektive Theorie wird ja insbesondere deshalb kritisiert, weil durch die Berücksichtigung der subjektiven Komponente bei der Ermittlung der Unwahrheit zwischen den Tatbestandsmerkmalen „Unwahrheit“ und „Irreführung“ kein Unterschied mehr bestehe.⁹⁶⁵ Wenn man sich aber auf eine Verkehrsauffassung einlässt, sollte eigentlich wieder das Gegenargument der Systematik wirken. Die Vertreter der objektiven Theorie behaupten zwar, dass dieser Schwachpunkt nicht allzu schwerwiegend sei, weil es nicht auf das Verständnis der Umworbenen, sondern auf das Verständnis eines Durchschnittsverbrauchers ankommt. Diese Behauptung ist aber keinesfalls handhabbar, weil im geltenden Recht bei der Ermittlung der Irreführung gerade auf den Durchschnittsverbraucher abgestellt wird. „Der Umworbene“ ist „der Durchschnittsverbraucher“. Das Tatbestandsmerkmal der Irreführung übernimmt also gerade diese Aufgabe. Darüber hinaus darf ferner nicht außer

Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 StGB Rdn. 276; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 16, 16e; (**Insertionsoffertenbetrug**) Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 StGB Rdn. 469 ff.; Fischer, StGB, § 263 Rdn. 28 f.; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 16, 16c; Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 38, 54. Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 66; Schröder, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 5 A, Rdn. 21, 24.

⁹⁶⁴ Dinger, Betrug bei Online-Auktionen, S. 62; siehe auch Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, § 39 Rdn. 8.

⁹⁶⁵ Statt vieler Wolters, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 17.

Acht gelassen werden, dass die objektive Ansicht das Bestimmtheitsgebot betont. Wenn aber eine derartige Subjektivierung vorgenommen wird, müsste der Verweis auf die Verkehrsauffassung innerhalb dieser Korrektur ebenso ein Verstoß gegen Art. 103 GG darstellen. Ganz im Gegenteil: Daran lässt sich kein Problem erkennen.⁹⁶⁶

Insgesamt lässt sich zusammenfassen, dass in der Korrektur ein Zirkel liegt, der der Grundlage der objektiven Theorie widerspricht. Will man daran aber unbedingt festhalten, sollte man einräumen, dass auch nach dieser Theorie kaum ein Unterschied zwischen „unwahr“ und „irreführend“ besteht. Konsequenterweise lautet die Feststellung etwa bei *Diemer*: „Maßgeblich ist (bei der Bestimmung der Unwahrheit), wie bei der irreführenden Werbung, die Auffassung des vernünftigen Durchschnittsverbrauchers“⁹⁶⁷ oder bei *Heghmanns*: „Ist eine Erklärung erst einmal als unwahr identifiziert, so wird dieser Befund nicht dadurch in Frage gestellt, dass an anderer Stelle (...) ihr zutreffendes Gegenteil dargelegt wird. Vielmehr muss der Werbende sich Erklärung so zurechnen lassen, wie sie der durchschnittliche Adressat versteht.“⁹⁶⁸

c) Zwischenfazit/Ausblick

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass sich die Unterschiede zwischen der subjektiven und der objektiven Interpretation lediglich in dogmatischer Hinsicht ergeben, diese aber keinesfalls zu abweichenden Ergebnissen führen. Die beiden Theorien setzen sich über den ausdrücklichen Wortlaut des § 16 Abs. 1 UWG hinweg und machen die Strafbarkeit letztendlich von dem Verständnis des Verkehrs abhängig. Die beiden Tatbestandsmerkmale „Unwahrheit“ und „Irreführung“ sind nach beiden Theorien gleichbedeutend.

Gerade dieser Befund gibt genügend Anlass zu der Frage, ob die Bedeutungsidentität der Terminologien zur Verzichtbarkeit eines der beiden Tatbestandsmerkmale führt oder ob der sprachlogische Widerspruch hinsichtlich der Verwendung zweier verschiedener Begriffe für einen identischen Sinngehalt hinzunehmen ist. Letztgenannte Möglichkeit ist schon aus Gründen der Rechtssicherheit abzulehnen, weil sie erfordert, die Normanwendung durch klar strukturierte Tatbestände zu erleichtern. Es ist deshalb zu untersuchen, ob stets Unwahrheit der Angaben zu verlangen oder bei Angaben die Eignung zur Irreführung als ausreichend anzusehen ist.

⁹⁶⁶ Siehe etwa *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 9, 11.

⁹⁶⁷ *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 18.

⁹⁶⁸ *Heghmanns*, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 7 A, Rdn. 78.

d) Ersatzlose Streichung des Merkmals „Irreführung“

Teilweise wird vorgeschlagen, das Merkmal „irreführend“ zu streichen⁹⁶⁹ und die Strafbarkeit lediglich an „unwahre Angaben“ zu knüpfen.⁹⁷⁰ Danach werden die Angaben, die zwar einen Teil der Adressaten irreführen, aber dennoch wahr sind, vom Tatbestand nicht erfasst.

Es ist aber offensichtlich, dass das alleinige Abstellen auf unwahre Angaben neben den oben angesprochenen Strafbarkeitslücken zahlreiche weitere unakzeptable Ergebnisse mitbringt:

Zuzugeben ist zunächst, dass unwahre Angaben grundsätzlich irreführend sind, weil auch ein Durchschnittsverbraucher i.d.R. keinen Anlass hat, beispielsweise objektiv wahrheitswidrig angegebene Preis-, Mengen-, Gewichts-, Haltbarkeits-, Beschaffenheits- oder Qualitätsangaben zu hinterfragen. Durch diesen Vorschlag würde der Anwendungsbereich der Norm gegenüber § 16 Abs. 1 UWG jedoch auch auf Fälle ausgedehnt, in denen der Werbende unwahre Angaben macht, diesen aber keine Irreführungseignung zukommt.

Man kann zwar die Auffassung vertreten, dass auch die Formulierung des § 5 UWG zwischen unwahren Angaben auf der einen und zur Täuschung geeigneten Angaben auf der anderen Seite unterscheidet.⁹⁷¹ Dabei könne aufgrund des gewählten Wortlauts der Eindruck entstehen, die unwahren Angaben würden einen eigenständigen Irreführungsfall verkörpern und seien somit stets irreführend, ohne dass es einer gesonderten Prüfung ihrer Irreführungseignung bedürfte.⁹⁷²

Das ist aber nicht der Fall, weil vor allem die Gesetzessystematik des UWG zeigt, dass eine geschäftliche Handlung nur dann unzulässig ist, wenn die wahren bzw. unwahren Angaben geeignet sind, den Verbraucher in die Irre zu führen. Die Formulierung des § 5 UWG ist also mit der zutreffenden Meinung dahingehend zu interpretieren, dass unwahre

⁹⁶⁹ So z.B. *Dt. Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, GRUR 1974, 652 (653 f.); *Gribkowsky*, Strafbare Werbung, S. 118; *Schwarz*, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 148 ff.

⁹⁷⁰ Beispielsweise brachte die Bundesregierung schon im Jahr 1978 einen Gesetzesentwurf für § 4 Abs. 1 UWG a.F. hervor, der folgenden Wortlaut hatte: „Wer im geschäftlichen Verkehr in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, über geschäftliche Verhältnisse unwahre Angaben macht, die für den Personenkreis, an den sie sich richten, für den Abschluss von Verträgen wesentlich sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“, BT-Drucks. 8/2145, S. 4. Ebenso spricht § 177 AE-StGB (1977) von „unrichtigen Angaben“: „Wer im Wirtschaftsverkehr öffentlich oder gegenüber einer Vielzahl von Personen in Bezug auf das Angebot einer Ware oder wirtschaftlichen Leistung unrichtige Angaben über Umstände macht, die im Verkehr als wesentlich für den Vertragsschluss angesehen werden, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ Abgedruckt bei *Schwarz*, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. A.8.

⁹⁷¹ § 5 UWG: „eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie *unwahre* Angaben enthält „oder“ *sonstige* zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält (...)“.

⁹⁷² In diese Richtung *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 (1330); *Peifer*, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 234; *Vergho*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, S. 174 f.

Angaben zwar in der Regel auch irreführend sind, eine Verneinung der Irreführungseignung aber gleichwohl nicht ausgeschlossen ist.⁹⁷³

Eine unwahre Angabe, die von vornherein nicht zur Täuschung geeignet ist, rechtfertigt keine strafrechtlichen Sanktionen. Bei Zugrundelegung dieser Vorschlag wären aber gerade solche Werbeaussagen zu pönalisieren, in denen beispielsweise ein „Kredit für Jedermann“⁹⁷⁴ versprochen wird. Obwohl es sich hierbei durchaus um eine objektiv unwahre Angabe handelt, ist jedoch jedem verständigen Verbraucher klar, dass diese Werbebotschaft keinesfalls wörtlich zu verstehen ist und die Kredite nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (z.B. Kreditwürdigkeit) vergeben werden können. Die Pönalisierung jeder unwahren Angabe würde zu noch drastischeren Ergebnissen führen, etwa wenn man an die Werbeaussage denkt, in der ein Anbieter erklärt, sein Unternehmen sei im Jahre 1900, anstatt richtigerweise im Jahr 1901, gegründet worden.

Die einzige Möglichkeit, solche Bagatelldfälle aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG auszuschließen, wäre nach diesem Vorschlag das Verlangen einer „Spürbarkeits-“ bzw. „Wesentlichkeitsklausel“ i.S.d. § 3 UWG. So wurde etwa vorgeschlagen, lediglich die unwahren Angaben unter Strafe zu stellen, „die für den Personenkreis, an den sie sich richten, für den Abschluss von Verträgen wesentlich sind“.⁹⁷⁵ Dieser Vorschlag verkennt jedoch – egal ob man eine Spürbarkeitsschwelle i.S.d. §§ 5, 16 Abs. 1 UWG bejaht oder richtigerweise verneint⁹⁷⁶ –, dass es sich bei der Spürbarkeitsklausel um ein Strukturmerkmal des Irreführungstatbestandes handelt.⁹⁷⁷ Sie hat mit dem Merkmal der Unwahrheit nicht zu tun.

e) Ersatzlose Streichung des Merkmals „Unwahrheit“

Die bisherigen Ausführungen machen deutlich, dass der restriktive Part in der Umschreibung des Unrechts der strafbaren Werbung nicht dem Merkmal der unwahren Angaben zukommen soll, sondern dem Irreführungsmerkmal. Durch diese Operation kann in Zukunft nicht nur die ausdrückliche, sondern auch die konkludente Täuschung unter § 16 Abs. 1 UWG subsumiert werden. De lege ferenda soll das alleinige Abstellen auf Irreführung zur Begründung der Strafbarkeit auch der wahren Angaben, durch die verständige und aufmerksame Verbraucher irregeführt werden, dienen. Umgekehrt werden – wie in

⁹⁷³ Ebenso *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 5 Rdn. 2.70; *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 28; *Ruhs*, Strafbare Werbung, S. 83, 192 f.; *Sosnitza*, GRUR 2007, 462 (467); *Sosnitza*, WRP 2008, 1014 (1028); *Wiring*, NJW 2010, 580 (581); vgl. ferner *Kleszczewski*, in: FS-Schünemann, S. 1085 (1086): „Verstoß gegen Verschleifungsverbot“, anders aber a.a.O. S. 1093. Siehe auch BGH GRUR 2012, 286 (Rdn. 21) – *Falsche Suchrubrik*.

⁹⁷⁴ KG JR 1968 433 (433) – *Kredit für Jedermann*, welches eine Täuschung zu Recht abgelehnt hat, zustimmend *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rdn. 218, 220.

⁹⁷⁵ Siehe Fn. 970.

⁹⁷⁶ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 1.

⁹⁷⁷ Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.21.

der derzeitigen Fassung – vom Tatbestand der strafbaren Werbung unwahre Angaben, die nicht zur Irreführung geeignet sind, ebenfalls nicht erfasst.

Dieser Vorschlag ist nicht neu. In diese Richtung ging auch schon ein vor fast 40 Jahren von der Bundesregierung im Rahmen des Regierungsentwurfs eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vorgelegter Vorschlag zur Neufassung des § 4 UWG a.F.: „Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die in § 3 bezeichneten *irreführenden* Angaben in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen macht, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft“.⁹⁷⁸

Die ersatzlose Streichung des Merkmals „unwahr“ war ebenfalls im Zuge der UWG-Reform 2004 im Referentenentwurf vorgesehen. § 15 Abs. 1 UWG-RefE sollte folgenden Wortlaut erhalten: „Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, *irreführend wirbt*, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“.⁹⁷⁹

Gegen den sowohl von der Bundesregierung als auch in dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Verzicht auf die Unwahrheit der Angaben wird insbesondere von Seiten der Vertreter der objektiven Auslegung dieses Merkmals heftige Kritik vorgebracht. Da nach diesem Vorschlag die Strafbarkeit weitgehend lediglich von dem Merkmal der Irreführung abhängig gemacht wird, wird behauptet, dass auf diese Weise das Risiko, Werbung zu betreiben und dafür strafrechtlich verfolgt zu werden, völlig unangemessen gesteigert wird.⁹⁸⁰

Diese Behauptung wird dahingehend konkretisiert, als dass die Verkehrsauffassung allein kein taugliches Kriterium zur Qualifizierung einer Handlung als Straftat nach dem Wettbewerbsstrafrecht darstellen könne. Gegen die ersatzlose Streichung des Merkmals „unwahr“ wird weiterhin eingewandt, dass aufgrund der alleinigen Verwendung des Merkmals der „Irreführung“ kaum mehr ein Unterschied zwischen dem zivil- und dem strafrechtlichen Irreführungsverbot bestehen würde. Darüber hinaus wird behauptet, dass, wenn man allein auf Irreführung und damit auf die Verkehrsauffassung abstellt, sich weiterhin die Gefahr ergebe, dass dem Werbenden gar nicht klar sein könne, ab welcher

⁹⁷⁸ BT-Drucks. 6/3250, S. 470.

⁹⁷⁹ Abgedruckt in GRUR 2003, 298 (300).

⁹⁸⁰ Vgl. Engels/Saloman, WRP 2004, 32 (44); Kilian, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 163.

Grenze der erlaubte Bereich verlassen und die Grenze zur strafbaren Werbung überschritten werde.⁹⁸¹

Die von Seiten der Vertreter der objektiven Theorie vorgebrachten Kritikpunkte verdienen ohne weiteres Zustimmung, aber nur im „früheren Recht“. In einem Zeitalter, in dem der BGH von einem „flüchtigen, unaufmerksamen Verbraucher“, der die Werbebehauptungen unkritisch aufnimmt, ausging,⁹⁸² war durch die alleinige Verwendung des Tatbestandsmerkmals der „Irreführung“ eine klare Grenzbeziehung zwischen erlaubtem und pönalisiertem Werbeverhalten natürlich kaum möglich gewesen. Das Verlangen eines zusätzlichen Merkmals bezüglich dieses Straftatbestandes war deshalb erforderlich und sogar unverzichtbar. Wenig überzeugend ist allerdings der Versuch, den nach der Übernahme des neuen Verbraucherleitbilds vorgelegten Referentenentwurf mit den nur im früheren Recht geltenden Argumentationen zu kritisieren. Die unkritische Übernahme der im älteren Schrifttum aufgezählten Kritikpunkten bezüglich § 16 Abs. 1 UWG zeigt lediglich demonstrativ den problembehafteten Übergang zum neuen Verbraucherleitbild im Bereich des Strafrechts auf.

aa) Die Bestimmung der Verkehrsauffassung: normativ oder empirisch

Es wird behauptet, dass durch die alleinige Verwendung des Merkmals der Irreführung der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG auch auf die Angaben des Werbenden ausgedehnt werde, die der gesetzlich vorgeschriebenen Anforderungen entsprechen.⁹⁸³ Eine solche fragwürdige Rechtslage könne nur durch die Verwendung des Merkmals „unwahr“ verhindert werden. Am deutlichsten liest man dies bei *Schwarz* und *Kilian*: „Durch die Verwendung des Merkmals ‚unwahr‘ ließe sich außerdem das Problem der Werbung mit gesetzlichen Bezeichnungen lösen. Es handelt sich hierbei um die Fälle, in denen der Werbende Bezeichnungen verwendet, die ihm gesetzlich vorgeschrieben sind, die die Werbeadressaten jedoch zum Beispiel aufgrund der Neuheit der Begriffe oder aufgrund mangelnder Bildung falsch verstehen. Bei einer ausschließlichen Kennzeichnung der tatbestandsrelevanten Angaben als ‚irreführend‘ würde diese Fallgruppe zunächst dem Tatbestand unterfallen. Es wäre jedoch in höchstem Maße sinnwidrig, dass vom Gesetzgeber einerseits eine bestimmte Bezeichnung vorgeschrieben wird, deren Verwendung andererseits dadurch als grundsätzlich sozialschädlich und strafwürdig er-

⁹⁸¹ Vgl. zum Ganzen: (zu § 4 UWG a.F.) *Albrecht*, WRP 1974, 653 (657 f.); *Albrecht*, WRP 1976, 277 (279 f.); *Gribkowsky*, Strafbare Werbung, S. 48, 91 f.; *Hernández*, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung, S. 183 f.; *Klug*, GRUR 1975, 217 (218 ff.); *Klug*, GRUR 1975, 289 (291 ff.); *Ruhs*, Strafbare Werbung, S. 75 ff.; *Schwarz*, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 144 ff.; (zu § 16 Abs. 1 UWG) *Kilian*, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 162 ff.; *Ruhs*, Strafbare Werbung, S. 190 ff.

⁹⁸² Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (1).

⁹⁸³ Siehe Fn. 981.

klärt würde, dass sie den objektiven Tatbestand einer Strafnorm verwirklicht. Bei der Verwendung des Tatbestandsmerkmals ‚unwahr‘ unterfielen diese Fälle von vornherein nicht dem Tatbestand des § 16 Abs. 1 UWG, sofern das angebotene Gut die Voraussetzungen der betreffenden gesetzlichen Bezeichnung erfüllt.“⁹⁸⁴ Derartige Vorgaben können zum Beispiel dem Textilkennzeichnungsgesetz oder der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung entnommen werden.⁹⁸⁵

Den beiden Autoren ist darin beizupflichten, dass die Annahme einer Irreführung im Falle der Werbung mit gesetzlichen Bezeichnungen sicherlich im Widerspruch zu der gesetzgeberischen Wertung aus der Kennzeichnungspflicht steht. Sie verkennen jedoch, dass sich ein solches sinnwidriges Ergebnis nur dann ergeben kann, wenn man bei der Bestimmung der Verkehrsauffassung dem „empirischen Modell“ folgt. Eine Irreführung im Falle der Werbung mit gesetzlichen Bezeichnungen ist nach diesem Modell deshalb nicht ausgeschlossen, weil für die Frage, ob eine Werbung irreführend ist, entscheidend allein das *tatsächliche* Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises ist. Daher kommt es weder darauf an, welche Bedeutung der Werbende der jeweiligen Angabe beilegt, noch, wie ein objektiver Betrachter sie versteht.⁹⁸⁶

Diesem Modell ist der BGH sowohl vor⁹⁸⁷ als auch nach⁹⁸⁸ der Übernahme des Leitbildes eines Durchschnittsverbrauchers gefolgt. Im Hintergrund von diesem Modell steht der Gedanke, dass die Feststellung der Verkehrsauffassung als eine „Tatfrage“ einzustufen und die Verkehrsauffassung empirisch unter Heranziehung von Verkehrsbefragungen, welche in demoskopischen Gutachten auszuwerten sind, zu ermitteln ist. Ausgangspunkt ist hierfür die sog. „Bärenfang-Doktrin“ des BGH, wonach der Tatrichter eine Irreführung aus eigener Sachkunde bejahen kann, wenn er selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört, nicht aber verneinen. Um eine Irreführung zu verneinen, muss der Richter feststellen, dass kein rechtlich in Betracht kommender Teil des Verkehrs irregeführt wurde. In diesem Fall soll der Richter ein Sachverständigengutachten einholen. Dieses Gutachten ist für das Gericht bindend.⁹⁸⁹

Es sollte aber auf der Hand liegen, dass die Anwendung der Leitsätze der „Bärenfang-Doktrin“ auf § 16 Abs. 1 UWG schon aufgrund der strafprozessualen Gründe abzulehnen

⁹⁸⁴ Schwarz, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 149 f.; ihm folgend Kilian, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 164.

⁹⁸⁵ Kilian, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 164 dort Fn. 642.

⁹⁸⁶ Vgl. Büttner, GRUR 1996, 533 (534); Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370 (370).

⁹⁸⁷ BGH GRUR 1955, 37 (40) – *Cupresa-Seide*; BGH GRUR 1981, 71 (72) – *Lübecker Marzipan*.

⁹⁸⁸ BGH GRUR 1999, 594 (597) – *Holsteiner Pferd*; BGH GRUR 2000, 239 (240) – *Last-Minute-Reise*; BGH GRUR 2001, 73 (75) – *Stich den Buben*.

⁹⁸⁹ BGH GRUR 1963, 270 (273 f.) – *Bärenfang*; im Anschluss daran BGH GRUR 1985, 140 (141) – *Größtes Teppichhaus der Welt*; BGH GRUR 1987, 444 (446) – *Laufende Buchführung*; BGH GRUR 1992, 406 (407) – *Beschädigte Verpackung I*.

ist. Denn sie schafft zunächst die theoretische Gefahr, dass die Gerichte eher dazu neigen, eine Irreführung der Verbraucher zu bejahen, um das Verfahren relativ schnell und ohne die Mühen einer Beweisaufnahme vom Tisch zu bekommen. Des Weiteren bewirkt sie, dass der Angeklagte ohne weitere Beweiserhebung verurteilt werden kann. Denn während es dem Gericht verwehrt ist, den Angeklagten ohne weitere Beweiserhebung freizusprechen, können die Beweisanträge, die der Entlastung des Angeklagten dienen, unter Hinweis auf die Sachkunde des Gerichts nach § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO abgelehnt werden.⁹⁹⁰

Auch die zivilrechtliche Literatur hat das empirische Modell des BGH mit Verweis auf das Leitbild des Durchschnittsverbrauchers scharf kritisiert.⁹⁹¹ Von dieser Kritik zunehmend beeindruckt hat der BGH seine Rechtsprechung selbst in Frage gestellt.⁹⁹² Denn der EuGH führte – in Übereinstimmung mit der Literatur⁹⁹³ – in der „*Gut Springenheide*“-Entscheidung ausdrücklich aus, dass bei der Beurteilung, ob eine Werbeaussage geeignet ist, den Verbraucher irrezuführen, stets auf die *mutmaßliche* Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen sei, ohne ein Sachverständigengutachten einzuholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag zu geben.⁹⁹⁴ Die Gerichte dürften daher selbst beurteilen können, ob eine Irreführung vorliegt.⁹⁹⁵ Der EuGH hat sich also dafür ausgesprochen, dass aufgrund des Leitbildes eines Durchschnittsverbrauchers die Bestimmung der Verkehrsauffassung eine „Rechtsfrage“ ist.⁹⁹⁶ In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH hat auch der BGH mit der Entscheidung „*Elternbriefe*“ die „*Bärenfang-Doktrin*“ aufgegeben, weil es aufgrund der Übernahme des neuen Verbraucherleitbildes keinen Unterschied mehr mache,

⁹⁹⁰ Vgl. Dannecker, WiVerw 1996, 190 (193 f.); Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 45 f.; Hohmann, Die Verkehrsauffassung im deutschen und europäischen Lebensmittelrecht, S. 154 f.; Müller, GRUR 1986, 420 (424); Streinz, GRUR 1996, 16 (22).

⁹⁹¹ Vgl. Fezer, WRP 1995, 671 (675 ff.).

⁹⁹² Vgl. Ullmann, GRUR 2003, 817 (819).

⁹⁹³ Ahrens, WRP 1999, 389 (394); Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 B Rdn. 9 ff.; Fezer, in: Fezer-UWG, § 2 I Rdn. 32 ff.; Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370 (371); Scherer, WRP 1999, 991 (992); Scherer, GRUR 2000, 273 (275); Scherer, WRP 2005, 672 (675); Ulbrich, Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Lauterkeits- und Markenrecht, S. 79 ff., 126 ff., 135 ff.; Ulbrich, WRP 2005, 940 (947); Ullmann, GRUR 2003, 817 (818); Wuttke, WRP 2004, 820 (826); Züllighoven, Verbraucherschutz durch Informationspflichten im Wettbewerbsrecht, S. 298 ff.

⁹⁹⁴ EuGH GRUR-Int. 1998, 795 (Rdn. 31) – *Gut Springenheide*.

⁹⁹⁵ EuGH GRUR-Int. 1998, 795 (Rdn. 32) – *Gut Springenheide*.

⁹⁹⁶ Ein Teil der Literatur geht allerdings davon aus, dass die Übernahme des Verbraucherleitbildes keineswegs zu einer Qualifizierung der Verkehrsauffassung als reine Rechtsfrage zwingt, vgl. Deutsch, GRUR 1996, 541 (545); Reuthal, WRP 1997, 1154 (1160). Nach diesen Autoren ändert die „*Gut Springenheide*“-Entscheidung daran nichts, weil das Gericht nicht ausschließe, dass ein nationales Gericht zumindest „bei Vorliegen besonderer Umstände“ nach seinem nationalem Recht ein Sachverständigengutachten einholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag geben kann, um beurteilen zu können, ob eine Werbeaussage irreführen kann, vgl. Groeschke/Kiethe, WRP 2001, 230 (236); Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 469 f.; Sack, WRP 1999, 399 (401); Schweizer, GRUR 2000, 923 (923 ff.); Seibt GRUR 2002, 465 (467); Spätgens, WRP 2000, 1023 (1027), unter Berufung auf EuGH GRUR-Int. 1998, 795 (Rdn. 35). Dem ist aber entgegenzuhalten, weil die Formulierung des Gerichts zum Ausdruck bringt, dass diese Methode die Ausnahme sein solle, ebenso Lettl, Das neue UWG, Rdn. 128; Ahrens, WRP 1999, 389 (393): „Ausnahmefall“.

ob der Tatrichter seine Sachkunde und Lebenserfahrung zur Bejahung oder Verneinung einer Irreführung einsetze.⁹⁹⁷ Seinen Standpunkt hat der BGH mit der Entscheidung „Marktführerschaft“ bestätigt.⁹⁹⁸ Diese Entwicklung in der Rechtsprechung wird auch in der Literatur weitgehend begrüßt. Weil die Literatur hierin eine Hinwendung zur „normativen“ Feststellung der Verkehrsauffassung liest und davon ausgeht, dass auch der BGH inzwischen bei der Feststellung der Irreführung zutreffend nicht die „Ist-Auffassung“, sondern die „Soll-Auffassung“ des Verkehrs für ausschlaggebend hält.⁹⁹⁹

Der Wandel in der zivilrechtlichen Rechtsprechung sollte uneingeschränkt auch für § 16 Abs. 1 UWG wegweisend sein.¹⁰⁰⁰ Insbesondere wenn man bedenkt, dass der normative Ansatz zahlreiche Vorteile gegenüber einer empirischen Feststellung bietet.¹⁰⁰¹ Vor allem ist festzustellen, dass das empirische Modell dem Gebot der Rechtssicherheit und einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Marktteilnehmern keinerlei Rechnung trägt. Denn von einer Rechtssicherheit kann nur dann gesprochen werden, wenn der Unternehmer ex ante feststellen kann, ob eine Irreführungsgefahr gegeben ist. Der werbende Unternehmer hat also ein berechtigtes Interesse, ex ante bewerten zu können, ob seine Werbung wettbewerbsrechtlich erlaubt ist. Die empirische Ermittlung der Verkehrsauffassung ermöglicht aber die Feststellung der Irreführung nur ex post, denn das tatsächliche Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises kann immer erst nach Durchführung der konkreten Werbung festgestellt werden. Dies führt dazu, dass bei der empirischen Ermittlung allein der Unternehmer das Risiko trägt, weil eine Werbung von dem Verbraucher immer falsch verstanden werden kann. Der Verbraucher trägt also keinerlei Risiko hinsichtlich des Missverstehens einer Werbung, da ausschließlich sein tatsächliches Verständnis und nicht der objektive Bedeutungsgehalt der Werbeaussage maßgeblich ist. Die einseitige Risikoverteilung steht aber nicht im Einklang mit dem Verbraucherleitbild. Denn das Verbraucherleitbild beruht auf dem Informationsmodell des europäischen Rechts, das den Verbraucher zwar durch Informationspflichten schützt, aber gleichzeitig von einer Selbstverantwortung des Verbrauchers ausgeht. Es ist deshalb sachgerecht, die Verkehrsauffassung ex ante normativ zu ermitteln.¹⁰⁰²

⁹⁹⁷ BGH GRUR 2002, 550 (552) – *Elternbriefe*.

⁹⁹⁸ BGH GRUR 2004, 244 (245) – *Marktführerschaft*; BGH GRUR 2013, 1254 (Rdn. 17) – *Matratzen Factory Outlet*.

⁹⁹⁹ Vgl. Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 B Rdn. 8.

¹⁰⁰⁰ Streinz, GRUR 1996, 16 (22): „Unbefriedigend wäre es, wenn derselbe Sachverhalt aufgrund unterschiedlicher Ermittlung der Verkehrsauffassung in einem Wettbewerbsprozess anderes beurteilt würde als in einem parallelen Strafverfahren.“

¹⁰⁰¹ Zu den Nachteilen der Demoskopie siehe nur Westermann, GRUR 2002, 403 (404).

¹⁰⁰² Scherer, WRP 1999, 991 (994 ff.); Ulbrich, Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Lauterkeits- und Markenrecht, S. 137 ff.; Ulbrich, WRP 2005, 940 (947).

Die Verkehrsauffassung ist daher ohne Rückgriff auf das jeweils tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise festzustellen und die Anforderungen an den Verbraucher sind von dessen persönlichen Fähigkeiten abzukoppeln. Entscheidend ist nicht, über welche Eigenschaften die betroffenen Verbraucher tatsächlich verfügen und wie der angesprochene Verkehr die geschäftliche Handlung versteht, sondern welche Eigenschaften von den Verbrauchern zu erwarten sind (unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren)¹⁰⁰³ und wie sie die geschäftliche Handlung verstehen sollen/zu verstehen haben. Maßgebend ist eine rein wertende, abstrakte Beurteilung durch den Richter. Der Begriff der Verkehrsauffassung ist folglich als eine Kunstfigur des Rechts zu behandeln,¹⁰⁰⁴ weil ein Richter die Vorstellungen eines verständigen Verbrauchers zutreffend einschätzen kann.¹⁰⁰⁵

Folge der normativen Ermittlung der Verkehrsauffassung ist, dass Minderheiten wettbewerbsrechtlich ungeschützt bleiben, wenn sie Anschauungen vertreten oder Vorstellungen unterliegen, welche von denen eines Durchschnittsverbrauchers abweichen.¹⁰⁰⁶ Durch diesen Befund kann aber der normative Ansatz nicht in Frage gestellt werden.¹⁰⁰⁷ Denn auch dieses Modell erlaubt „unter bestimmten Voraussetzungen“ Sachverständigengutachten einzuholen, wenn dem Richter die Entscheidung schwer fällt, weil er weder zu der Gruppe der Umworbenen gehört noch einen Überblick über ihre Erwartungen hat, weil der Umworbenenkreis stark inhomogen ist.¹⁰⁰⁸

Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Ansätzen taucht gerade hier auf. Der normative Ansatz erlaubt zwar Gutachten oder Verkehrsumfragen. Sie können jedoch die Feststellung des Richters niemals ersetzen. Sie stellen lediglich geeignete Mittel dar, die der Richter für seine Entscheidung benötigt.¹⁰⁰⁹

Diese Möglichkeit kommt in den Fällen von vornherein nicht in Betracht, in denen die Verkehrsauffassung durch den Gesetzgeber festgelegt wird. Die Fälle von Werbung mit

¹⁰⁰³ Vgl. Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2005/29/EG.

¹⁰⁰⁴ Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 B Rdn. 13.

¹⁰⁰⁵ Vgl. nur BGH GRUR 2012, 215 (Rdn. 14) – *Zertifizierter Testamentsvollstrecker*; BGH GRUR 2012, 1279 (Rdn. 25) – *Das „grosse“ Rätselheft*; BGH GRUR 2013, 401 (Rdn. 32) – *Biomineralwasser*.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Scherer, WRP 2013, 977 (Rdn. 14).

¹⁰⁰⁷ BVerfG GRUR 2003, 442 (442 f.) – *Benetton Werbung II*: „Dabei kommt es nicht auf nach außen nicht erkennbare Absichten des Urhebers der Äußerung an, sondern auf die Sichtweise eines verständigen Empfängers unter Berücksichtigung der für ihn wahrnehmbaren, den Sinn der Äußerung mitbestimmenden Umstände. Wie bestimmte Minder- oder Mehrheiten von Rezipienten die Äußerung tatsächlich verstehen, kann ein Argument, muss aber nicht entscheidend sein.“

¹⁰⁰⁸ Vgl. EuGH GRUR-Int. 1998, 795 (Rdn. 31) – *Gut Springenheide*. Darüber hinaus ist zu beachten, dass nach der normativen Verkehrsauffassung eine Irreführung sogar denkbar ist, wenn überhaupt kein Umworbener einem Irrtum unterliege. Eine Werbung kann auch dann irreführend sein, wenn sie nach normativem Verständnis irreführend ist, vgl. BGH wistra 2008, 149 (151) – *Eingehungsbetrug durch Vermittlung von Börsenspekulationsgeschäften durch unerfahrene Kapitalanleger*.

¹⁰⁰⁹ Dreyer, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 B Rdn. 12.

gesetzlichen Bezeichnungen, also die von *Schwarz* und *Kilian* genannte Fallgruppe, gehören hierzu. Existiert eine spezielle Produktvorschrift, die zum Beispiel dem Textilkennzeichnungsgesetz oder der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung entnommen werden kann, stellt sich für den Rechtsanwender nur die Frage, ob das angebotene Produkt bezüglich seiner Zusammensetzung, Bezeichnung und Aufmachung den normierten Anforderungen entspricht. Wenn dies der Fall ist, scheidet eine Ahndbarkeit des werbenden Verhaltens aus. Die tatsächliche Auffassung des angesprochenen Verkehrskreises ist in diesen Fällen rechtlich irrelevant und bleibt außer Betracht. Das gilt selbst dann, wenn Zusammensetzung oder Bezeichnung geeignet sind, beim Verbraucher eine Fehlvorstellung hervorzurufen.¹⁰¹⁰

Um Verwirrungen zu vermeiden, ist abschließend auf einen Punkt hinzuweisen, der – soweit ersichtlich – in der Literatur nicht deutlich besprochen wurde:

Die im Wettbewerbsrecht geführte Diskussion, ob die Verkehrsauffassung normativ oder empirisch zu bestimmen ist, ist nicht mit der im Betrugsstrafrecht diskutierten Frage, ob die Täuschungshandlung des Betrugers anhand einer faktischen oder normativen Betrachtung zu beurteilen ist, zu verwechseln, obwohl die über eine bloße namentliche Ähnlichkeit hinausgehenden Parallelen offensichtlich sind. Denn auch die sog. (rein) faktische Betrachtungsweise stellt bei der konkludenten Täuschung i.S.d. § 263 StGB auf das tatsächliche Verständnis des Opfers ab.¹⁰¹¹ Dieser Ansatz nähert sich so dem Ansatz im Wettbewerbsrecht, der die Verkehrsauffassung als Tatfrage einstuft. Zwar wird diesem Ansatz nach bei § 263 StGB für die Feststellung der Verkehrsauffassung im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht auf das Verständnis der objektiven Dritten abgestellt und damit das „tatsächliche“ Verständnis der Adressaten „gewissermaßen“ außer Betracht gelassen.¹⁰¹² In der Praxis aber wird – wie *Samson* formuliert¹⁰¹³ – auf das Verständnis des „exquisit Dummen“ als Maßstabfigur abgestellt. Die Verobjektivierung der Verkehrsauffassung führt daher zu keiner Einschränkung.

Aus diesem Grund sollte es auf der Hand liegen, dass, wer die normative Verkehrsauffassung im Wettbewerbsrecht favorisiert, auch automatisch der Auffassung im Betrugsstraf-

¹⁰¹⁰ Vgl. *Dannecker*, WiVerw 1996, 190 (193); *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 38; *Streinz*, GRUR 1996, 16 (22 f.).

¹⁰¹¹ So etwa *Cramer*, in: Schönke/Schröder, StGB (26. Auflage), § 263 Rdn. 14 f.; vgl. auch BGHSt 3, 69 (70 ff.) – *Hingabe eines ungedeckten Schecks als Betrug*; *Gaede*, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 28: „das Vorliegen einer Täuschung ist eine Tatfrage“; anhand des Irrtums statt vieler *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, Rdn. 513.

¹⁰¹² Vgl. nur *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 57, *Saliger/Rönnau/Kirch-Heim*, NSTZ 2007, 361 (362).

¹⁰¹³ *Samson*, JA 1978, 469 (471).

recht folgen sollte, nach der der Kreis schlüssiger Täuschungen sich nur mit Hilfe normativer Kriterien umreißen lasse (sog. normative Betrachtungsweise).¹⁰¹⁴

Das ist aber nicht der Fall. Im Wettbewerbsrecht dreht sich jegliche Diskussion um die Frage, ob die Gutachten oder Verkehrsumfragen zulässig sind und wenn ja, ob sie letzte Gültigkeit beanspruchen dürfen. Es geht um also die Beweiszugänglichkeit der Verkehrsauffassung. Der Schwerpunkt der Diskussion liegt deshalb auf der Rolle des Gutachtens im Wettbewerbsverfahrensrecht. Eine Ebene tiefer im Prüfungsaufbau – also im Rahmen des materiellen Wettbewerbsrechts – besteht dagegen stillschweigend Einigkeit darüber, dass das Vorliegen einer Irreführung im Ergebnis immer *auch* eine Tatfrage ist, obwohl nicht immer hinreichend genau zwischen den Begriffen „Irreführung“ und „Verkehrsauffassung“ differenziert wird.¹⁰¹⁵ Denn eine Irreführung ist dadurch gekennzeichnet, dass eine bei den Verkehrskreisen erweckte Bedeutungsvorstellung mit der objektiven Realität nicht übereinstimmt. Ob diese Diskrepanz vorliegt, lässt sich natürlich ohne Aufklärung der tatsächlichen Umstände nicht beantworten. Es muss deshalb vor dem Missverständnis gewarnt werden, die Feststellung der Verkehrsauffassung vor Gericht mit der Bejahung bzw. Ablehnung der Irreführungsgefahr, die sich anhand der Verkehrsauffassung bemisst, im materiellen Prüfungsaufbau gleichzusetzen.¹⁰¹⁶ Im Letzteren sind selbstverständlich neben der in § 5 UWG vorgeschriebenen normativen Risikoverteilung auch die faktischen Gesichtspunkte entscheidend. Dies bedeutet, dass etwa auch Gesichtspunkte wie Ausmaß und Intensität der möglichen und tatsächlichen Irreführung, Bedeutung der vorgespiegelten Eigenschaften für die Interessen der Verbraucher, Gewöhnung des Verkehrs an die verwendeten Bezeichnungen sowie alle weiteren konkreten Umstände des Einzelfalls in den Prüfungsaufbau einfließen müssen. Im materiellen Prüfungsaufbau stellt die Irreführungsgefahr demzufolge lediglich ein empirisch zu ermittelndes Teilstück auf dem Weg zur Bestimmung der normativen Verkehrsauffassung dar.

Ausgehend von dieser Feststellung ist es daher zumindest missverständlich, die in zwei Rechtsgebieten ausgeführten Diskussionen zu vergleichen, da es auch im materiellen Wettbewerbsrecht keine rein „faktische“ bzw. „normative“ Verkehrsauffassung gibt. Denn niemand begreift die Verkehrsauffassung, selbst wenn man z.B. den Terminus „normative Verkehrsauffassung“ verwendet, als bloße Rechtsfrage, sondern vielmehr als empirisch fundiertes und durch abstrakte Wertungen (d.h. durch die Anforderungen, die von einem Durchschnittsverbraucher zu erwarten sind) geformtes normatives Tatbe-

¹⁰¹⁴ So etwa *Lackner*, in: LK (10. Auflage), § 263 Rdn. 28 ff.; *Volk*, JuS 1981, 878 (882); *Heghmanns*, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 7 A Rdn. 74 überträgt diesen Ansatz auf § 16 Abs. 1 UWG.

¹⁰¹⁵ Kritisch deshalb *Ruess*, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 258.

¹⁰¹⁶ Zutreffend *Seibt*, GRUR 2002, 465 (471 f.).

standsmerkmal. Das bedeutet, dass im Rahmen des materiellen Prüfungsaufbaus von einem zweistufigen Prüfungsansatz auszugehen ist. Während die Ermittlung, wie die angesprochenen Verkehrskreise eine bestimmte Werbeangabe verstehen, eine Tatfrage darstellt, ist die auf der zweiten Stufe einsetzende Wertungsfrage, ob die Irreführungspotentiale mit der Sichtweise eines Durchschnittsverbrauchers vereinbar sind, als Rechtsfrage zu qualifizieren.¹⁰¹⁷

Durch die Berücksichtigung der faktischen Gesichtspunkte soll aber das obige Ergebnis, dass durch gesetzmäßige Kennzeichnung eine Irreführung nicht möglich ist, nicht in Frage gestellt werden. Denn die tatsächlichen Vorstellungen, die durch eine Produktbezeichnung hervorgerufen werden, bilden lediglich die empirischen Komponenten, aus denen sodann mittels normativer Wertungen (d.h. durch die Rechtsvorschriften, die den Geschäftstyp prägen und konkretisieren)¹⁰¹⁸ die rechtlich relevante Verkehrsauffassung geformt wird.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man auch anhand der betrugsstrafrechtlichen Gesichtspunkte. Will man unbedingt die in beiden Rechtgebieten geführten Diskussionen miteinander vergleichen, so muss klar sein, dass man auch im Wettbewerbsstrafrecht der sog. faktisch-normativen Betrachtungsweise folgt. Denn auch die herrschende Lehre hält es beim Betrug für ausschlaggebend, welcher Erklärungswert dem Gesamtverhalten des Täters nach der Verkehrsanschauung zukomme. Die herrschende Lehre berücksichtigt aber zusätzlich normative Gesichtspunkte, etwa aus Vertrag oder subsidiär auch aus den vertraglichen AGB, wenn sich erst hieraus die vertragstypische Risikoverteilung ergibt.¹⁰¹⁹ Auch nach diesem Modell bleibt die tatsächliche Verkehrsauffassung aber außer Betracht, wenn diese durch Rechtsvorschriften bereits festgestellt ist.¹⁰²⁰

bb) Irreführungsquote

Des Weiteren wird behauptet, dass eine alleinige Verwendung des Merkmals der Irreführung die unterschiedlichen Anwendungsbereiche der strafrechtlichen und der zivilrechtlichen Irreführungsverbote unzulässiger Weise verschwinden lassen würde, weil dadurch § 16 Abs. 1 UWG bezüglich seines tauglichen Täuschungsmittels nicht wie gewollt enger gefasst, sondern vielmehr mit § 5 UWG identisch wäre.¹⁰²¹

Auch dieser Einwand verdient keine Zustimmung. Er beruht auf der in der strafrechtlichen Literatur weit verbreiteten, jedoch falschen Annahme, dass § 16 Abs. 1 UWG eine

¹⁰¹⁷ Ruess, in: MüKo-UWG, § 5 Rdn. 264.

¹⁰¹⁸ Vgl. Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 30.

¹⁰¹⁹ Siehe nur BGHSt 51, 165 (Rdn. 20) – Fall „Hoyzer“, Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 14/15; Saliger, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 35; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 30.

¹⁰²⁰ Siehe nur Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 36.

¹⁰²¹ Siehe Fn. 981.

Irreführungsquote *nur* deshalb voraussetze, weil die im Kontext des zivilrechtlichen Irreführungsverbots entwickelten Kriterien erst recht für § 16 Abs. 1 UWG gelten sollten. Denn dem traditionellen Verständnis der deutschen Rechtsprechung nach setzte eine relevante Irreführungsgefahr i.S.d. § 3 UWG a.F. nicht voraus, dass die Gesamtheit oder zumindest die Mehrheit des angesprochenen Verkehrs durch die Werbung getäuscht wird. Um von einer „relevanten Irreführungsgefahr“ ausgehen zu können, wurde es vielmehr für ausreichend gehalten, dass bei einem „nicht unerheblichen Teil“ der Adressaten eine Fehlvorstellung hervorgerufen wird, was in der Praxis einer Irreführungsquote von 10 bis 15% entsprach.¹⁰²² Die Kehrseite dessen war, dass eine Konfusionsrate unterhalb dieser Schwelle vom Irreführungsverbot unerfasst blieb. Eine Werbeaussage musste ein Mindestquantum an Werbeadressaten aufweisen, damit der Richter überhaupt in eine nähere Prüfung einzutreten hatte. Ob in einem konkreten Fall diese Schwelle überschritten wurde, wurde durch ein Sachverständigengutachten für das Gericht bindend geklärt („*Bärenfang-Doktrin*“). Da es zwischen dem straf- und zivilrechtlichen Irreführungsverbot eine sehr enge Beziehung gab bzw. gibt, wurde bzw. wird das Erfordernis einer Irreführungsquote in der strafrechtlichen Literatur deshalb kaum in Frage gestellt.¹⁰²³ Aufgrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG wird lediglich eine bewegliche Irreführungsquote abgelehnt und stattdessen eine zahlenmäßig exakte Mindestirreführungsquote für zulässig gehalten, wie etwa 15%¹⁰²⁴ oder 33.33%.¹⁰²⁵ Die wettbewerbsstrafrechtliche Literatur geht also immer noch davon aus, dass die Verkehrsauffassung eine „Tatfrage“ ist.

Diese traditionelle Lehre ist heute überholt. Denn die zivilrechtliche Literatur erfasste schnell die Tatsache, dass man einer Irreführungsquote nach der Übernahme des Leitbildes des Durchschnittsverbrauchers bei der Festlegung der Irreführungsgefahr i.S.d. § 5

¹⁰²² BGH GRUR 1979, 716 (718) – *Kontinent-Möbel* (10%); BGH GRUR 1981, 71 (74) – *Lübecker Marzipan* (13,7%); BGH GRUR 1992, 66 (68) – *Königl.-Bayerische-Weiße* (15%); keine Irreführung wurde daher angenommen bei BGH GRUR 1973, 361 (362) – *sanRemo* (5%); BGH GRUR 1991, 680 (681) – *Porzellanmanufaktur* (6%). Nach der Auffassung der Rechtsprechung war eine höhere Irreführungsquote nur dann erforderlich, wenn die Angaben „objektiv wahr“ waren, BGH GRUR 1987, 171 (172) – *Schlussverkaufwerbung*; BGH GRUR 1991, 852 (855.) – *Aquavit*; BGH GRUR 1992, 70 (72) – *40% weniger Fett*; BGH GRUR 1996, 985 (986) – *PVC-frei*. In einem Fall der wahren Angaben hat der BGH daher entschieden, dass eine Irreführungsquote von 12-18% nicht ausreichend sei, BGH GRUR 1995, 60 (62) – *Napoléon IV*.

¹⁰²³ Exemplarisch (zu § 4 UWG a.F.) Gribkowsky, *Strafbare Werbung*, S. 45 ff.; Nill, *Der strafrechtliche Täuschungsschutz gegen irreführende Werbung*, S. 99 ff.; Roth, *Strafbare Werbung und die Neuen Medien*, S. 59; Schwarz, *Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung*, S. 57 ff.; Tilmann/Ohde, GRUR 1989, 301 (301 ff.); (zu § 16 Abs. 1 UWG) Brammsen, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 45; Hammer, in: Graf/Jäger/Wittig, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, § 16 UWG Rdn. 42; Kilian, *Strafbare Werbung* (§ 16 UWG), S. 73 f.; Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 77. Diemer, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, UWG (2009), § 16 Rdn. 33, wo er auf der „*Mindestverzinsung*“-Entscheidung (BGH GRUR 2004, 162) verweist. Dieser Verweis ist aber schon von vornherein verfehlt, weil nach der objektiven Theorie die objektiv zutreffenden Angaben von § 16 Abs. 1 UWG nicht erfasst sind. In der „*Mindestverzinsung*“-Entscheidung geht es aber gerade um die Irreführung durch objektiv zutreffende Angaben.

¹⁰²⁴ Ruhs, *Strafbare Werbung*, S. 183.

¹⁰²⁵ Kugler, *Die strafbare Werbung* (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 153 f.

UWG überhaupt nicht bedarf. Ihr Fazit lautet: Der Irreführungsquote wurde in der traditionellen Lehre zwei Aufgaben verliehen. Durch die Orientierung an einem niedrigen Prozentsatz von irregeführten Verbrauchern wurde zunächst bereits eine kleine Minderheit des Verkehrs in den Schutzbereich des Irreführungsverbots aufgenommen. Andererseits wurde die Irreführungsquote als ein erforderliches Kriterium betrachtet, um die uferlose Anwendung des Irreführungsverbots zu verhindern. Dahinter stand der Gedanke, dass kaum eine Werbeaussage vorstellbar ist, die nicht von irgendjemandem aus irgendwelchen Gründen missverstanden wird.¹⁰²⁶ Nachdem jedoch nunmehr der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher als Referenz maßgeblich ist, besteht für eine Irreführungsquote kein Anlass mehr. Denn soweit das Verständnis des Verkehrskreises aus Sicht eines – nicht notwendig real existierenden – Durchschnittsverbrauchers im Rahmen einer wertenden Betrachtung alleine durch das Gericht festzulegen ist, spielt die Menge des irregeführten Verkehrs keine Rolle mehr, weil es auf das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise nicht ankommt. Mit anderen Worten: Wenn das Gericht feststellt, dass schon ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Verbraucher aufgrund der Werbeaussagen in die Irre geführt wird, dann umfasst die Feststellung des Gerichts auch die Irreführung aller weniger informierten, aufmerksamen und verständigen Dritten mit. Daher ist festzuhalten, dass zur Ermittlung der Verkehrsauffassung von Werbebotschaften i.S.d. § 5 UWG nicht das Verständnis einer bestimmten Anzahl von Verbrauchern, sondern das eines *Einzelnen*, nämlich des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers maßgeblich ist.¹⁰²⁷ *Lindacher* erklärt dies folgendermaßen: „Mit dem Austausch des Systemansatzes, dem Bekenntnis zur Referenzfigur des Durchschnittsverbrauchers, hat das Quorum als Angriffsschwelle ausgedient. Das quantitative Filter wird durch ein qualitatives ersetzt, nicht ergänzt.“¹⁰²⁸ Auch der BGH hat dies in der Entscheidung „*Elternbriefe*“ bestätigt, wo es heißt, dass, wenn die Vorstellung des situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers maßgeblich sei, es nicht auf die möglicherweise hiervon abweichenden Anschauungen einer Minderheit von Verbrauchern ankomme.¹⁰²⁹

¹⁰²⁶ *Sack*, WRP 2004, 521 (526).

¹⁰²⁷ *Lettl*, Das neue UWG, Rdn. 125 f.; *Lettl*, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband 2003, 44 (46 f.); *Lettl*, ZGR 2003, 853 (865 f.); *Scherer*, WRP 1999, 991 (994); *Scherer*, GRUR 2000, 273 (277 ff.); *Ulbrich*, Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Lauterkeits- und Markenrecht, S. 123 ff.; *Ulbrich*, WRP 2005, 940 (946); (zu § 16 Abs. 1 UWG) *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 16 Rdn. 16.

¹⁰²⁸ *Lindacher*, in: GK-UWG, § 5 Rdn. 263.

¹⁰²⁹ BGH GRUR 2002, 550 (552) – *Elternbriefe*; BGH GRUR 2003, 247 (248) – *Thermal Bad*. Allerdings hat der BGH in weiteren Entscheidungen ausgeführt, dass auch die Durchschnittsverbraucher eine Werbeaussage unterschiedlich auffassen könnten und es in diesem Fall für eine Irreführung nicht genüge, dass nur etwa 15 bis 20% der angesprochenen Verbraucher irregeführt würden. Vielmehr müsse die Werbeaussage

Das Nicht-Verlangen einer Irreführungsquote in § 5 UWG führt zu der entscheidenden Frage, ob dieses Ergebnis auch für § 16 Abs. 1 UWG gelten soll. Das bisher Ausgeführte erweckt zwar den Eindruck, dass es für die Auslegung von § 16 Abs. 1 UWG nicht eines quantitativen Wertungsparameters bedarf, da die Strafvorschrift die irreführende Werbung nur als strafrechtliches Pendant behandelt. Jedoch ist dies nicht der Fall. Abzulehnen ist lediglich das Argument, das in der strafrechtlichen Literatur häufig für die Annahme einer Irreführungsquote nach § 16 Abs. 1 UWG genannt wird, dass *auch* § 5 UWG eine Irreführungsquote voraussetze. Diesem Argument muss eine klare Absage erteilt werden. Das Erfordernis einer Irreführungsquote ergibt sich nicht aus der zivilrechtlichen Norm, sondern aus den Tatbestandsvoraussetzungen der Publikumswerbung und aus den Schutzzwecküberlegungen des § 16 Abs. 1 UWG.

Wie an anderer Stelle bereits festgestellt, ist § 16 Abs. 1 UWG nicht als eine rein verbraucherschutzbezogene Norm zu interpretieren. § 16 Abs. 1 UWG schützt neben der Dispositionsfreiheit des Verbrauchers auch das Interesse der Allgemeinheit, darunter auch das Interesse der Mitbewerber, an einem unverfälschten Wettbewerb.¹⁰³⁰ Das Rechtsgut „Schutz der Allgemeinheit“ kann nur dann tangiert sein, wenn jedenfalls ein „nicht völlig unerheblicher Teil“ der Adressaten der Gefahr einer Irreführung ausgesetzt ist.¹⁰³¹ Diese Aussage bedarf natürlich der Präzisierung, weil die Schutzzwecktrias des § 1 UWG nach dem Willen des Gesetzgebers auch für § 5 UWG maßgeblich ist mit der Folge, dass die Irreführungsquote auch bei der Zivilnorm unverzichtbar sein sollte. Zwei Punkte dürfen aber nicht außer Acht gelassen werden:

Erstens bezweckt die wichtigste Harmonisierungsmaßnahme auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, namentlich die Richtlinie 2005/29/EG, die eine Vollharmonisierung er-

geeignet sein, einen „erheblichen Teil“ der durchschnittlichen Verbraucher irrezuführen, BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung*; BGH GRUR 2007, 1079 (Rdn. 38) – *Bundesdruckerei*; BGH GRUR 2009, 888 (Rdn. 18) – *Thermoroll*; BGH GRUR 2012, 1053 (Rdn. 20) – *Marktführer Sport*. Ein Teil der Literatur liest diese Entscheidungen als eine Bestätigung des Erfordernisses einer Irreführungsquote, mit dem Hinweis darauf, dass ein niedriger Prozentsatz von 10-15% mit dem neuen Verbraucherleitbild nicht mehr in Einklang stehe. Eine höhere Irreführungsquote sei daher festzusetzen, Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.106 folgert aus der BGH GRUR 2004, 162 (163) – *Mindestverzinsung* eine Quote von einem Viertel bis einem Drittel; Peifer, in: Fezer-UWG, § 5 Rdn. 218 spricht von einer Quote oberhalb von 20%. Dagegen weist Sack, WRP 2004, 521 (526 f.) zutreffend darauf hin, dass der Gesichtspunkt einer verbesserten Verbraucherinformation nicht für eine Beibehaltung bzw. eine Erhöhung der Irreführungsquote spricht, sondern dagegen. Dem ist zuzustimmen. Hinter der Abkehr vom flüchtigen Verbraucher steht der Gedanke, ein Verbraucherleitbild zu entwickeln, das den Konflikt zwischen der Werbefreiheit und dem Lauterkeitsschutz, in Form des Verbraucherschutzes, in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen versucht. Wenn man aber darauf hinweist, dass sich durch die Orientierung an dem neuen Verbraucherleitbild „notgedrungen auch die Irreführungsquote nach oben verschoben“ habe (BGH GRUR 2012, 1053, Rdn. 19 – *Marktführer Sport*; Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.102), erkennt man, dass die Irreführungsquote im geltenden Wettbewerbszivilrecht zu unnachvollziehbaren Verschiebungen der Maßstäbe zugunsten des Werbetreibenden führen kann.

¹⁰³⁰ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 a) aa).

¹⁰³¹ In der Begründung teilweise abweichend, im Ergebnis aber ebenso Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 315.

reicht, einen reinen Verbraucherschutz.¹⁰³² Das bedeutet natürlich nicht, dass § 5 UWG im Lichte des Unionsrechts als rein verbraucherschutzbezogene Norm zu interpretieren ist, weil die Richtlinie 2006/114/EG auch Gewerbetreibende vor Irreführung schützt. Die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG verschiebt aber den Akzent des § 5 UWG auf jeden Fall erheblich, und zwar in Richtung eines Verbraucherschutzes.¹⁰³³ Der Verbraucherschutzgedanke ist also im Rahmen der Schutzzwecktrias in den Vordergrund gerückt. Es wurde deshalb in Vergangenheit sogar die Auffassung vertreten, eine Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG in nationales Recht erfordere, den Schutz der Verbraucher aus dem UWG herauszunehmen, d.h. Verbraucherschutz und Schutz der Allgemeinheit formal zu trennen. Nur hierdurch könnten Widersprüche vermieden werden, welche sich aus der Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG und Art. 1 UGP-Richtlinie ergäben.¹⁰³⁴ Die europarechtlichen Vorgaben lassen also für einen Verzicht auf eine Irreführungsquote im Rahmen des § 5 UWG genügend Raum.

Zweitens setzt § 16 Abs. 1 UWG anders als § 5 UWG das Tatbestandsmerkmal der Publiumswerbung voraus. Anders als § 5 UWG liegt also die tatbestandsmäßige Handlung bei § 16 Abs. 1 UWG in einer kollektivbezogenen Äußerung, tatbestandsspezifisches Unrecht ist daher gerade in der Schaffung einer Gefahrenlage für die Adressaten in Form einer kollektiven Irreführung zu sehen. Um dem Moment der Kollektivität der Irreführungsgefahr Rechnung zu tragen, bedarf es daher zusätzlich eines quantitativen Wertungsfaktors in Form einer Irreführungsquote.¹⁰³⁵

Es ist daher festzuhalten, dass durch die Streichung des Merkmals „unwahr“ die schon bestehende starke Beziehung des § 16 Abs. 1 UWG zu der kleinen Generalklausel des Wettbewerbsrechts zwar noch gestärkt wird, von einer Blankettstrafrechtsnorm aber keine Rede sein kann, da bei § 16 UWG das Tatbestandsmerkmal „Irreführung“ anders als bei § 5 UWG eine „Irreführungsquote“ voraussetzt. Es kommt daher zu einer eigenständigen strafrechtlichen Auslegung des Begriffs der irreführenden Werbung. Solange die von der Werbebotschaft ausgehende Täuschungsgefahr in quantitativer Hinsicht die von dem Irreführungsmerkmal des § 16 Abs. 1 UWG geforderte Intensität nicht aufweist, kommt nur § 5 UWG in Betracht, was angesichts des fragmentarischen Charakters des Strafrechts auch richtig ist.

Über die Frage, ab welchem Quorum die wettbewerbsstrafrechtliche Irreführungsgefahr in quantitativer Hinsicht als überschritten anzusehen ist, entscheidet aufgrund der hier ver-

¹⁰³² Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (2) (a) (bb).

¹⁰³³ *Wiring*, NJW 2010, 580 (580).

¹⁰³⁴ So etwa *Lettl*, WRP 2004, 1079 (Rdn. 26); *Ohly*, GRUR 2014, 1137 (1138); anders aber *Seichter*, WRP 2005, 1087 (1089).

¹⁰³⁵ *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 314.

tretenen normativen Auslegungsmethode allein der Richter. Nur wenn ihm hierfür die erforderliche Sachkunde fehlt, muss er ein Sachverständigengutachten einholen oder eine Verbraucherbefragung durchführen lassen. Denn auch bei Zugrundelegung des normativen Ansatzes kann sich der Richter fremder Hilfe bedienen, um im Einzelfall den anzulegenden Maßstab ermitteln zu können. Durch das hier vertretene Auslegungsmodell wird auch der Vorwurf, die variablen Irreführungsquoten würden gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßen und daher sei eine zahlenmäßig exakt bestimmte Quote als erforderlich anzusehen, entkräftet. Weil der Richter das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers wertend zu ermitteln hat, kann ein Sachverständigengutachten oder eine Verbraucherbefragung diese Wertung – anders als in der bisherigen Rechtspraxis – nicht ersetzen. Sachverständigengutachten oder Verbraucherbefragung kommen lediglich als Hilfsmittel in Betracht und beanspruchen keine letzte Geltung. Aus diesem Grund soll es dem Richter nicht verwehrt sein, die für die Auslegung des § 16 Abs. 1 UWG maßgebliche Irreführungsquote als Variable zu bestimmen, die jeweils von Fall zu Fall neu bestimmt werden kann. Ausgehend von der auf der zivilrechtlichen Seite des Wettbewerbsrechts zu verlassenden, aber auf strafrechtlicher Seite zu übernehmenden Praxis, kann die Irreführungsquote zwischen 10-15% liegen. Irreführend ist eine Angabe also dann, wenn sie geeignet ist, bei einem „nicht unerheblichen Teil“ der Werbeadressaten eine Fehlvorstellung hervorzurufen, wobei auf den Verständnishorizont eines Durchschnittsverbrauchers abzustellen ist.

cc) Grenzen des Verbraucherschutzes durch § 16 Abs. 1 UWG

Schließlich wird gegen das alleinige Abstellen auf ein Irreführungsmerkmal vorgebracht, dass die Einbeziehung objektiv wahrer Angaben in den Straftatbestand zur einer nahezu uferlosen Pönalisierung auch leichter Verstöße gegen das Verbot irreführender Werbung führen würde, da die Entscheidung über die Strafbarkeit in diesem Bereich allein der Verkehrsauffassung der Verbraucher anheimgestellt werde. Auf diese Weise werde der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG enorm ausgedehnt.¹⁰³⁶

Dem ist zu widersprechen. Im geltenden Recht ist immer gesondert zu prüfen, ob die irreführende Werbeaussage, sei es, dass sich der Täter hier wahrer oder unwahrer Angaben bedient, „auch“ geeignet ist, einen Durchschnittsverbraucher zu täuschen („tatbestandsbegrenzende Wirkung des Eignungselements“).¹⁰³⁷ Die Zurechnung einer mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmenden Deutung kommt also nur dann in Betracht, wenn die tatgegenständliche Werbebotschaft auch bei dem Idealtypus eines verständigen Durch-

¹⁰³⁶ Siehe Fn. 981.

¹⁰³⁷ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (c) (aa).

schnittsverbrauchers eine entsprechende Fehlvorstellung hervorrufen kann. Nur wenn dies der Fall ist, weist die von der Werbebotschaft ausgehende Täuschungsgefahr auch in qualitativer Hinsicht die von dem Irreführungsmerkmal des § 16 Abs. 1 UWG geforderte Intensität auf. Aus diesem Grund sollte die Aussage, dass de lege ferenda auch an sich wahre, aber irreführende Angaben als tatbestandsmäßig behandelt werden sollen, nicht so missverstanden werden, dass die Fälle von konkludenter Täuschung durch wahre Angaben automatisch eine Strafbarkeit auslösen.

Diese Aussage kann am Beispiel der Fälle von der Zusendung von Gewinnmitteilungen, der Versendung rechnungsähnlicher Angebote und der Versteigerung von leeren Verpackungen bei Online-Auktionen präzisiert werden. Denn in diesen Fällen besteht die Gemeinsamkeit lediglich darin, dass der Täter die Wahrheit verschleiert, um bei seinem Opfer eine Diskrepanz zwischen der Wirklichkeit und seiner Vorstellung zu erregen. Die Frage nach der Irreführungsqualität bzw. Täuschungsrelevanz der Handlung ist aber noch nicht beantwortet.

Es wird zu zeigen sein, dass das Eignungsmerkmal die Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG zwar erheblich begrenzt, aber nach der berechtigten Verbrauchererwartung fragt und insgesamt für ein sachgemäßes Ergebnis sorgt.

(1) Der Einsatz der Viktimodogmatik im Wettbewerbsstrafrecht

Um es hier noch einmal in Erinnerung zu rufen: Bei dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher handelt es sich nicht um einen Verbrauchertyp, der nur als ein passives Schutzobjekt in Betracht kommt. Von ihm wird erwartet, am Wirtschaftsleben als umsichtiger Wirtschaftsteilnehmer teilzunehmen. Er ist deshalb nicht mehr vor jedweder Irreführungsgefahr zu schützen, die allein auf seiner Leichtgläubigkeit oder einem vermeidbaren Informationsdefizit beruht. Denn der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher verlässt sich niemals auf den ersten Eindruck, den ihm ein Produkt bzw. dessen Aufmachung vermittelt. Er informiert sich aktiv, d.h. er nutzt die ihm zugänglichen Informationsquellen, liest Produktbeschreibungen und würdigt die ihm übermittelten Informationen aufmerksam und kritisch. Botschaften, deren Unaufrichtigkeit durch eine gehörige Aufmerksamkeit hätte erkannt werden können, stellen für einen solchen Verbraucher keine Gefahr dar, da er ihnen mit Skepsis und Vorsicht begegnet und nicht ihrem Wortsinn nach glaubt. Nutzt er die naheliegenden Informationsmöglichkeiten nicht und unterlässt es, sich in zumutbarer Weise zu informieren, so muss er die nachteiligen Folgen selbst tragen. Wenn ihm die übermittelten Informationen als nicht ausreichend erscheinen, ist er auch bereit, sich weitere Informationen zu verschaffen.

Zu beachten ist aber in diesem Zusammenhang, dass es sich bei dem Verbraucherleitbild nicht um den sog. „*homo oeconomicus*“ handelt, der allwissend ist.¹⁰³⁸ Der Verbraucher kann nur dann eigenverantwortlich am Marktgeschehen teilnehmen, wenn ihm die zutreffenden Informationen ausreichend (etwa durch erläuternde Zusätze oder Hinweise) zur Verfügung gestellt werden. Das Sich-Informieren bzw. das Verschaffen weiterer Informationen bedeutet deshalb keinesfalls, dass dieses ein Prozess ohne Ende ist. Auch der Durchschnittsverbraucher soll auf Informationen vertrauen können, die er von anderen erhält. Ob der Verbraucher diese Informationen tatsächlich oder intellektuell richtig versteht, spielt aber keine Rolle mehr.¹⁰³⁹

Diese Bemerkungen machen zwei Punkte deutlich:

Punkt 1: Bei der Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens des Täters ist ergänzend das Verhalten des Opfers zu berücksichtigen, welches sich zunächst dem Vorwurf ausgesetzt sieht, nicht die mögliche Aufmerksamkeit aufgebracht zu haben. Daher verdienen selbst gewagteste Textinterpretationen aufgrund flüchtigster Textlektüre auch bei einer noch so zielgerichteten Tätergesinnung keinen strafrechtlichen Schutz. Vielmehr darf der Täter darauf hoffen, dass das Opfer seine Erklärung nicht richtig lesen, verstehen oder deuten wird. Das Opfer trägt die Verantwortung dafür, dass auch konkret nicht gerade jener Ausnahmefall vorliegt, in dem allein die vom Täter wahrheitsgemäß erklärte, jedoch nicht die vom Opfer daraus geschlussfolgerte Tatsache gegeben ist.¹⁰⁴⁰

Punkt 2: Dem ersten Punkt gegenüber steht die allgemeine, aus Vertrauen begründete Schutzwürdigkeit des Verbrauchers. Denn der Schutz der Dispositionsfreiheit bedeutet im Grunde genommen nichts anderes als die Frage, in welchem Maße das Vertrauen des Verbrauchers zu berücksichtigen ist. Die Formulierung der „berechtigten Verbrauchererwartung“¹⁰⁴¹ macht deutlich, dass durch den Täuschungstatbestand zwar nicht das bloße Vertrauen in die Wahrnehmung der Realität, wohl aber das Vertrauen in eine durch Kommunikation vorgenommene Informationsleistung über diese Realität geschützt wird.

Es muss daher eine adäquate Lösung gefunden werden, um die beiden Gegensätzen in Einklang bringen zu können. Da nach dem wettbewerbsstrafrechtlichen Schrifttum das alleinige Abstellen auf die Verkehrsauffassung verfassungswidrig ist, kann man dort keinen einzigen Anhaltspunkt für eine Lösung finden. Demzufolge muss man auf „viktimo-dogmatische“ Erwägungen zurückgreifen, weil sich bislang lediglich dort mit der Frage auseinandergesetzt wurde, wie der Gedanke der Mit- bzw. Selbstverantwortung des Op-

¹⁰³⁸ Ahrens, WRP 1999, 389 (396).

¹⁰³⁹ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (1).

¹⁰⁴⁰ Hoyer, in: SK-StGB, § 263 Rdn. 48.

¹⁰⁴¹ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (1).

fers für den Schutz seiner Rechtsgüter auch im Täuschungsstrafrecht nutzbar gemacht werden kann (Punkt 1). Daher sollen die dort zum Ausdruck gebrachten Gedanken, dass der Verbraucher nur dann schutzbedürftig ist, solange er seine Informationsobliegenheit nicht verletzt hat, und seine Erwartungen nur dann schutzwürdig sind, wenn sein berechtigtes Vertrauen in unerlaubter Weise enttäuscht wird (Punkt 2), auf § 16 Abs. 1 UWG übertragen werden.

Pawlik versucht das Phänomen der konkludenten Täuschung trotz Behauptung wahrer Tatsachen unter dem Aspekt des Bruchs der Konsistenz- und Kontinuitätserwartung des Erklärungsempfängers zu erfassen. Unter Rückgriff auf die Lehre vom Recht auf Wahrheit verdiene das Vermögen nur gegen solche Täuschungen Schutz, deren Aufdeckung nach der gegebenen normativen Verteilung des Orientierungsrisikos vom Vermögensinhaber selbst nicht erwartet werden dürfe. Denn die Fehlvorstellung des Opfers müsse dem Täter objektiv zuzurechnen sein.¹⁰⁴² Da die Zuständigkeitsverteilung nach objektiven Kriterien vorzunehmen sei, können die Fälle der Täuschung durch wahre Angaben nur unter engen Voraussetzungen als Täuschung bewertet werden. Um in derart gelagerten Fällen eine Täuschung bejahen zu können, zieht *Pawlik* die Methodik der Textinterpretation und des Textverständnisses heran. Der Interpret nähere sich dem betreffenden Text mit gewissen Erwartungen, im Verlaufe der Textlektüre würden ihm diese Erwartungen bestätigt, modifiziert oder auch gänzlich enttäuscht. Bis zum Ende des Textes könnten sich also immer noch Sinnverschiebungen ergeben. Ein Interpret, der ungeachtet dieser Möglichkeit darauf verzichtet, den Text in seiner Gesamtheit mit der gebührenden Aufmerksamkeit zur Kenntnis zu nehmen, handele auf sein eigenes Risiko. Eine derart rigorose Zuständigkeitszuweisung würde jedoch ein weiteres Strukturmerkmal des Verstehens von Texten übersehen. Dabei handele es sich um eine Erwartung zweiter Stufe, die man als Konsistenz- und Kontinuitätserwartung bezeichnen könne. Man müsse zwar damit rechnen, dass im Fortgang des Textes noch manches, nicht jedoch, dass buchstäblich noch alles möglich sei.¹⁰⁴³ *Pawlik* geht also davon aus, dass man berechtigterweise voraussetzen dürfe, dass der Text eine Sinneinheit darstellt und deshalb in der Exposition seines Inhalts eine gewisse Folgerichtigkeit beweist. Nach *Pawlik* kann eine konkludente Täuschung trotz wahrer Angaben nur dann angenommen werden, wenn die Enttäuschung der Konsistenz- und Kontinuitätserwartung des Adressaten der Desavouierung von Typizitätserwartungen gleichgestellt werden kann.¹⁰⁴⁴ Unter Anwendung dieser Grundsätze auf die Fälle der Täuschung mittels wahrer Angaben sieht *Pawlik* die Annahme einer Täu-

¹⁰⁴² *Pawlik*, StV 2003, 297 (297).

¹⁰⁴³ *Pawlik*, StV 2003, 297 (299).

¹⁰⁴⁴ *Pawlik*, StV 2003, 297 (299).

schungshandlung zum Beispiel in BGHSt 47, 1 mit starken Bedenken behaftet. Denn nach ihm kann die Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben täuschungsstrafrechtlich nur dann als relevant bewertet werden, wenn der Täter die Kontinuitätserwartung des Erklärungsempfängers in rechtlich unerlaubter Weise enttäuscht. Dies sei etwa der Fall, wenn ein mit den typischen Erscheinungsbildern von Rechnungen einerseits und Angeboten andererseits vertrauter Adressat keinen verständigen Zweifel mehr haben dürfte, dass das ihm vorliegende Schriftstück nicht irgendeine, sondern genau die Rechnung für eine bestimmte, ihm kürzlich erbrachte Leistung sei. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt liege aber sicherlich kein unerlaubter Kontinuitätsbruch vor.¹⁰⁴⁵

Auch nach *Ellmer* ist die berechtigte Erwartung des Erklärungsempfängers zur Konturierung des tatbestandsmäßigen Verhaltens heranzuziehen. Da das Tatbild des Betruges von der intellektuellen Auseinandersetzung zwischen Täter und Opfer geprägt werde, müsse auch die Opferperspektive in die Betrugsdogmatik integriert werden. Dies erfolge vor allem durch die Berücksichtigung des schutzwürdigen Vertrauens und des Prinzips der Selbstverantwortung, weil § 263 StGB die durch einen Vertrauensmissbrauch herbeigeführte Vermögensschädigung pönalisieren.¹⁰⁴⁶ Nach *Ellmer* kennzeichnet die Enttäuschung des schutzwürdigen Vertrauens deshalb die Tathandlung des Betruges. Dieser müsse vor allem deshalb besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden, weil hier in erster Linie dogmatische Möglichkeiten liegen, einer Ausuferung der Betrugsstrafbarkeit entgegenzuwirken. *Ellmer* geht davon aus, dass gerade bei Rechtsgütern wie dem Vermögen, welches eine relativ niedrige Rangstelle innerhalb der Hierarchie der Rechtsgüter einnehme, erhöhte Anforderungen an die Qualität des Handlungsunrechts zu stellen seien, wenn man vermeiden wolle, dass alltägliche Vermögensbeeinträchtigungen den Stempel des Kriminellen erhalten. Daher sei das Handlungsunrecht des § 263 StGB auf Verhaltensweisen zu beschränken, denen ein qualifizierter Gefährlichkeitsgrad zukomme. Dieser sei dann erreicht, wenn schutzwürdiges Vertrauen enttäuscht werde. Nach *Ellmer* müsse eine Lüge daher dann als Täuschung angenommen werden, wenn das Opfer auf die Wahrheit der Aussage des Täters vertraue und dieses Vertrauen schutzwürdig sei.¹⁰⁴⁷ Er geht davon aus, dass schutzwürdig nur berechtigtes Vertrauen ist. Berechtigtes Vertrauen könne nur dann vorliegen, wenn der Vertrauende seine Obliegenheit zur Aufmerksamkeit und Kontrolle nicht verletzt hat.¹⁰⁴⁸ *Ellmer* unterscheidet dabei zwischen begründetem und notwendigem Vertrauen. Für die These vom begründeten Vertrauen führt er an, dass Ver-

¹⁰⁴⁵ Pawlik, StV 2003, 297 (300).

¹⁰⁴⁶ *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 271 ff.

¹⁰⁴⁷ *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 272 f.

¹⁰⁴⁸ *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 278.

trauen nicht grenzenlos sein dürfe; erforderlich sei vielmehr das Vorliegen eines Grundes, welcher es als legitim erscheinen lasse, zu vertrauen. Ein solcher Grund könne darin bestehen, dass derjenige, der vertraut, die Redlichkeit des anderen vorher einer Kontrolle unterzogen hat, deren Ergebnis ihm keinen Anlass gab, misstrauisch zu sein, wenn etwa zwischen den Parteien ein besonderes Vertrauensverhältnis bestehe.¹⁰⁴⁹ In den Situationen dagegen, in denen es dem einzelnen nicht zugemutet werden könne, die Redlichkeit des anderen einer Überprüfung zu unterziehen, spreche man vom notwendigen Vertrauen. Vertrauen ist ihm zufolge dann begründet, wenn die Vornahme von Kontrollmaßnahmen unzumutbar sei.¹⁰⁵⁰ In beiden Erscheinungsformen werde aber das blinde Vertrauen nicht geschützt. Damit sei der Gedanke der Pflicht zur Aufmerksamkeit, die in engem Kontext zum Selbstverantwortungsprinzip stehe, angesprochen. Das Recht verlange von dem Einzelnen aufgrund seiner Fähigkeit zur Eigenverantwortung, dass er selbst Maßnahmen zum Zwecke des Selbstschutzes treffe.¹⁰⁵¹ Das notwendige Vertrauen sei also mit dem begründeten Vertrauen zu kombinieren, dessen Kehrseite aber gerade die Misstrauenspflicht sei. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Aufmerksamkeit liege vor allem dann vor, wenn das Opfer in der Lage war, die Täuschung des Täters zu durchschauen, also zu erkennen, dass der Täter lügt.¹⁰⁵² Ein Vertrauen, das leichtfertig gewährt worden sei, verdiene nicht den Schutz des § 263 StGB. Deswegen unterfielen die negativen Folgen der groben Fahrlässigkeit und Leichtgläubigkeit des Opfers in dessen Risiko- und Verantwortungsreich.¹⁰⁵³

Unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes erscheint auch *Kasiskes* Ansatz, der auf die Informationsherrschaft des Täters abstellt, hilfreich. Vertrauen sei immer dann besonders schutzwürdig, wenn das Opfer vertrauen müsse, weil es keine andere Wahl habe, als sich auf die Informationen des Täters zu verlassen.¹⁰⁵⁴ *Kasiskes* Ausgangspunkt ist die Natur des § 263 StGB. Da der Betrug ein Kommunikationsdelikt sei, mache sich der Täter typischerweise einen nur ihm zukommenden Informationsvorsprung zunutze, um einen Kommunikationsvorgang mit dem Opfer in seinem Sinn zu manipulieren und bei diesem eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen. Die Tatherrschaft des Täters sei daher ihrem Wesen nach eine Herrschaft über bestimmte Informationen, die ihm zur Verfügung stehen, dem Opfer hingegen nicht.¹⁰⁵⁵ Nicht jeder Informationsvorsprung könne aber eine strafrechtlich relevante Informationsherrschaft begründen. Denn die Aus-

¹⁰⁴⁹ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 275.

¹⁰⁵⁰ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 276.

¹⁰⁵¹ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 278.

¹⁰⁵² Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 281 f.

¹⁰⁵³ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 287 ff.

¹⁰⁵⁴ Kasiske, GA 2009, 360 (367).

¹⁰⁵⁵ Kasiske, GA 2009, 360 (365).

nutzung einer Informationsherrschaft sei auch im Zivilrecht nicht verboten. Ganz im Gegenteil verpflichten das Zivilrecht und dessen im Mittelpunkt stehender Gedanke der Privatautonomie jeden Vertragspartner zur Obliegenheit, sich die nötigen Informationen für seine Entscheidung zum Vertragsabschluss selbst zu verschaffen. Daher habe jeder Vertragspartner zunächst selbst das Risiko zu tragen, ob die vertragliche Gegenleistung angemessen sei. Dieses Informationsrisiko ende zivilrechtlich lediglich dort, wo es sich um Tatsachen handelt, die so wichtig sind, dass sie den Vertragszweck vereiteln oder wesentlich beeinträchtigen könnten, also solche Umstände, die die Grundlage des Geschäfts betreffen.¹⁰⁵⁶ Durch diesen Gesichtspunkt konkretisiert *Kasiske* den strafrechtlichen Täuschungsbegriff. Eine Täuschung komme nur dort in Betracht, wo der Täter die alleinige Informationsherrschaft bezüglich einer für die Grundlage des Geschäfts maßgeblichen Tatsache inne habe und das Opfer im Hinblick darauf keine Informationsobliegenheit treffe. Wo es bereits an einer alleinigen Informationsherrschaft fehle, könne von vorherein keine Täuschung in Betracht kommen. Immer dann, wenn es dem Opfer ohne weiteres möglich gewesen wäre, sich die betreffenden Informationen selbst zu verschaffen, liege die Informationsherrschaft zumindest teilweise beim Opfer, und es bestehe kein Anlass, die Verantwortung für einen Irrtum über die Geschäftsgrundlage dem Täter zuzurechnen.¹⁰⁵⁷

(2) Zwischenfazit

Damit steht fest, dass eine Verlagerung der Schlussfolgerungsverantwortlichkeit hin zum Täter nur in dem Fall gerechtfertigt erscheint, wenn die Erklärung des Täters gar nicht mehr anders verstanden werden kann. Entscheidend ist, ob das Opfer den ihm obliegenden Mindestsorgfaltspflichten nachkommt. Zu fragen ist immer, wie sich ein ordnungsgemäß handelnder Durchschnittsverbraucher in der konkreten Situation verhalten würde. Auch wenn dieses Kriterium seinerseits noch auslegungsbedürftig ist, erfolgt eine deutliche Konkretisierung durch die zivilrechtlichen Bestimmungen, die die Verkehrsauffassung prägen und konkretisieren.¹⁰⁵⁸ So ergibt sich beispielsweise aus dem Zivilrecht, dass es den Vertragsparteien grundsätzlich selbst obliegt, sich über den Vertragsgegenstand zu informieren; umgekehrt zeigen aber etwa die Bestimmungen der §§ 305 bis 310 BGB, dass alles, was den Vertragspartner unangemessen benachteiligt, etwa weil die Regelung überraschend ist oder erheblich vom geltenden Recht abweicht, unwirksam ist. Auch ein Durchschnittsverbraucher rechnet beispielsweise nicht damit, dass die AGB eines Anbieters eine Manipulation der Preisentwicklung zulassen oder sie von den Bestimmungen der

¹⁰⁵⁶ *Kasiske*, GA 2009, 360 (366).

¹⁰⁵⁷ *Kasiske*, GA 2009, 360 (367); in jedem Punkt zustimmend *Eiden/Walter*, NStZ 2014, 297 (299).

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 16e; *Tiedemann*, in: LK, § 263 Rdn. 30 f.

eBay-AGB abweichen, nach denen die Artikelbeschreibung richtig und vollständig gemacht werden soll. Die hier zum Ausdruck kommende Verlagerung des Informationsrisikos soll auf jegliche Fälle übertragen werden, in denen der Täter die Wahrheit erklärt hat. Daher lassen sich jedenfalls diejenigen Fallgestaltungen der Verantwortungssphäre des Verbrauchers zuweisen, in denen er gar keine Kontinuitätserwartung haben darf, weil er nicht wie ein Durchschnittsverbraucher gehandelt hatte. Damit lässt sich plausibel erklären, warum eine zur Fehlvorstellung geeignete Täuschung angenommen werden kann, wo die relevante Information für das Opfer nicht zugänglich ist, es sich also zwangsläufig auf den Täter verlassen und ihm vertrauen muss, oder eine Täuschung in den Fällen abzulehnen ist, in denen der Täter die gerechtfertigte Erwartungshaltung nicht zurechenbar enttäuscht hat.

(3) Konkretisierung

(a) BGHSt 47, 1 – *Insertionsoffertenbetrug*

Aus drei Gründen geht die Literatur bei den Fällen bezüglich der Todesanzeigen von einer Zuordnung der Verantwortungssphäre zu Lasten des Täters aus: Erstens handele es sich um geschäftlich unerfahrene Opfer, zweitens seien diese aufgrund der aktuellen Trauer weniger als sonst in der Lage, rationale Überlegungen anzustellen, und drittens seien die Briefe speziell auf die Opfer zugeschnitten.¹⁰⁵⁹

Auch der BGH weist auf das äußere Erscheinungsbildes des Schreibens hin und stellt die Frage, ob sich aus der Sicht eines objektivierten Empfängers aus den Erklärungen der Inhalt ergibt, dass es sich um eine Rechnung handelt. Der BGH bejaht dies. Hierzu führt er aus: „Wenn der Täter bei Versendung von Formularschreiben typische Rechnungsmerkmale – insbesondere, wie hier, das Fehlen von Anrede und Grußformel, Hervorhebung einer individuellen Registernummer, Fehlen einer näheren Darstellung der angebotenen Leistung, Aufschlüsselung des zu zahlenden Betrages nach Netto- und Bruttosumme, Hervorhebung der Zahlungsfrist („binnen zehn Tagen“) durch Fettdruck, Beifügung eines ausgefüllten Überweisungsträgers – einsetzt, die den Gesamteindruck so sehr prägen, dass demgegenüber die – kleingedruckten – Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten, so täuscht er die Adressaten nach der objektiven Verkehrsanschauung durch die konkludente Aussage der Schreiben, dass eine Zahlungspflicht besteht“.¹⁰⁶⁰ Dies reiche für die Annahme einer Täuschung i.S.d. § 263 StGB aus.

Um eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG annehmen zu können, muss man aber zusätzlich die Frage stellen, ob das Vorliegen eines unzutreffenden Eindrucks bereits als

¹⁰⁵⁹ Z.B. *Krack*, JZ 2002, 613 (614).

¹⁰⁶⁰ BGHSt 47, 1 (3 f.) – *Insertionsoffertenbetrug*.

ausreichend betrachtet werden kann, um eine zur Fehlvorstellung geeignete Täuschung zu bejahren. Im Wettbewerbsstrafrecht ist die Täuschungseignetheit abzusprechen, sofern die Sternchen- oder Korrekturhinweise grundsätzlich nach ihrer Aufmachung und Hinweisstelle geeignet sind, die zunächst durch die Hauptmitteilung erweckte Auffassung des Verbrauchers zu revidieren, weil ein Durchschnittsverbraucher diese Hinweise zur Kenntnis nimmt.¹⁰⁶¹ Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, stellt man ohne Mühe fest, dass eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG in BGHSt 47, 1 an der fehlenden Irreführungseignung scheitern sollte. Wenn ein Durchschnittsverbraucher ein Schreiben erhält, das seinem äußeren Erscheinungsbild nach möglicherweise eine Rechnung ist, überprüft er zuallererst die Identität des Absenders. Von jedem durchschnittlichen Verbraucher ist ein etwas höheres Maß an Aufmerksamkeit zu erwarten, bevor er eine „Rechnung“ zur Zahlung anweist. Bereits diese Tatsache gibt genügend Anlass zu der Annahme, dass ein Durchschnittsverbraucher das Kleingedruckte zur Kenntnis zu nehmen hat. Daher muss die Argumentation des BGH eigentlich nicht zur Strafbarkeit, sondern zur Straflosigkeit führen, da die Einordnung des Schreibens als Rechnung den Verbraucher zu einer weiteren, gründlicheren Lektüre zwingt.¹⁰⁶² Nicht außer Acht bleiben darf ferner, dass die Sorgfaltsanforderungen, die an einen Verbraucher zu stellen sind, im hiesigen Fall noch weiter zu erhöhen sind, weil die Schreiben persönlich auf die Verbraucher zugeschnitten waren. Denn jeder Durchschnittsverbraucher ist bereit, die persönlich auf sich zugeschnittenen Briefe genauer zu lesen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die angeschriebenen Personen zuvor eine Anzeige aufgegeben hatten und daher auf eine Rechnung von den Zeitungen, in denen die Todesanzeigen tatsächlich veröffentlicht wurden, warteten. Jedem Durchschnittsverbraucher ist klar, dass die Rechnung von der Zeitung oder doch jedenfalls erkennbar in deren Namen ausgestellt wird, nicht aber von einem Unternehmen, das in Palma de Mallorca sitzt.¹⁰⁶³

Der BGH beruft sich ergänzend ferner darauf, dass es sich bei den hier betroffenen Adressaten nicht um einen durch Erfahrung in geschäftlichen Angelegenheiten ausgewiesenen Personenkreis handele.¹⁰⁶⁴ Auch diese Tatsache reicht aber nicht aus. Denn das Irreführungsverbot des UWG kennt keine unterschiedlichen Sorgfaltsanforderungen zwischen geschäftlich erfahrenen und geschäftlich unerfahrenen Adressaten. Schon die ein-

¹⁰⁶¹ Vgl. BGH GRUR 2003, 163 (164) – *Computerwerbung II*; BGH GRUR 2003, 249 (249) – *Preis ohne Monitor*; BGH GRUR 2004, 343 (344) – *Playstation*; BGH GRUR 2004, 344 (345) – *Treuepunkte*.

¹⁰⁶² Zutreffend Pawlik, StV 2003, 297 (300). Dass der BGH in einem ähnlichen Fall eine Irreführung angenommen hat, ändert daran nichts. BGH GRUR 2012, 184 (Rdn. 18) – *Branchenbuch Berg* zeigt lediglich, dass es im Wettbewerbszivilrecht keine Rolle spielt, ob eine Unlauterkeit aus § 4 UWG oder § 5 UWG abgeleitet wird, vgl. siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) bb).

¹⁰⁶³ Zutreffend Pawlik, StV 2003, 297 (300).

¹⁰⁶⁴ BGHSt 47, 1 (7) – *Insertionsoffertenbetrug*.

heitlich angewendete Terminologie des „Durchschnittsverbrauchers“, die ungeachtet des Worts „Verbraucher“ sowohl für den „B2C“- als auch für den „B2B“-Bereich als verbindlich angesehen wird, bestätigt dies.¹⁰⁶⁵ Da das Verbraucherleitbild sogar beim arbeitsteilig organisierten Betrieb seine Anwendung findet, dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass auch die psychischen Besonderheiten des Opfers unter wettbewerbsstrafrechtlichen Gesichtspunkten unbeachtet bleiben sollten.¹⁰⁶⁶

(b) BGHSt 52, 227 – Gewinnmitteilung im Versandhandel

Nach diesen Vorgaben sollte auch kein Zweifel daran bestehen, die Täuschungseignetheit ebenso in BGHSt 52, 227 abzusprechen, weil jedem Durchschnittsverbraucher klar sein muss, dass er in einem normalen Wirtschaftsleben vom Wettbewerber keinesfalls unentgeltlich ein „Geschenk“ bekommt. Dem hat der BGH allerdings mit der Begründung entgegengehalten, dass der Kundenstamm, an den sich die Werbesendungen richten, vorwiegend aus älteren Personen mit geringem Bildungsniveau bestehe, die für die bezeichneten, Großzügigkeit und Kundenfreundlichkeit vortäuschenden Werbeaussagen besonders empfänglich seien. Die Werbesendungen seien darauf angelegt, diesen Personen den Eindruck zu vermitteln, sie als Empfänger seien gegenüber anderen Warenbestellern privilegiert.¹⁰⁶⁷ Der BGH hat damit stillschweigend auf § 4 Nr. 2 UWG hingewiesen und die alte Rechtsprechungspraxis bestätigt, die die Auffassung vertritt, dass, wenn „ältere oder einfach strukturierte Menschen“ Zielgruppe einer Werbeveranstaltung waren und sie aufgrund ihrer „Leichtgläubigkeit und geringen Kritikfähigkeit“ anfällig für die Vorstellung seien, sie erhielten vom Wettbewerber „etwas geschenkt“, derartige Werbeverkaufsveranstaltungen oder Gewinnmitteilungen zu verbieten seien.¹⁰⁶⁸

Ob die Auffassung des BGH zutreffend ist, bedarf näherer Untersuchung. Vor allem ist darauf hinzuweisen, dass der vom BGH besonders betonte Ausnahmezustand des Adres-

¹⁰⁶⁵ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 1.53a, 1.59a.

¹⁰⁶⁶ Dass die individuelle psychische Situation des Opfers nicht ausschlaggebend sein kann, kann schon mit der Dogmatik des Täuschungsstrafrechts begründet werden. Der in der Betrugsdogmatik einhellig anerkannte Grundsatz besagt, dass, wenn sich der Geschäftspartner zu Beginn der kommunikativen Einwirkungen bereits im Irrtum befindet, der Täter diesen zu seinem Vorteil ausnutzen darf, ohne eine Bestrafung wegen Betruges befürchten zu müssen, Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdn. 20. Dies muss erst recht dann gelten, wenn sich das Opfer in einer Situation befindet, in der lediglich die Wahrscheinlichkeit größer ist, dass es zu einer fehlerhaften Schlussfolgerung kommen wird, zutreffend Pawlik, StV 2003, 297 (301). Hinzu kommen weitere Überlegungen: Wie Schwarz, Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug, S. 146 darauf hinweist, ist § 291 StGB die einzige Vorschrift im Vermögensstrafrecht, in der der Täter das Opfer nicht nur rollenmäßig respektieren, sondern basierend auf einer Solidaritätspflicht das Opfer in seiner konkreten Gestalt mit seinen individuellen Schwächen beachten muss. Die für geschäftliche Zwecke ausgenutzte Schwächelage des Opfers fällt daher thematisch in den Bereich des Wuchers, nicht aber unter § 263 StGB; ebenso Pawlik, StV 2003, 297 (300); Paschke, Der Insertionsoffertenbetrug, S. 164. Dies gilt auch für § 16 Abs. 1 UWG, weil das Täuschungselement – unabhängig davon, von welchem Opferleitbild ausgegangen wird – die wichtigste Gemeinsamkeit ist.

¹⁰⁶⁷ BGHSt 52, 227 (Rdn. 48) – Gewinnmitteilung im Versandhandel.

¹⁰⁶⁸ OLG Frankfurt a.M. NJW 1971, 811 (812) – Werbung für Kaffeefahrten mit Verkaufsveranstaltungen; OLG Celle WRP 1984, 148 (149) – Werbeverkaufsfahrt.

saten auch im UWG nach der Übernahme des Leitbildes des Durchschnittsverbrauchers prinzipiell geregelt ist. Tatsächlich enthält § 4 Nr. 2 UWG die Bestimmung, dass unlauter im Sinne von § 3 UWG handelt, wer „geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen“. Die Formulierung legt nahe, dass das Gesetz die Werbeadressaten in BGHSt 52, 227 per se für leichtgläubig oder geschäftlich unerfahren hält und daher als schutzbedürftig ansieht. Orientiert man sich streng am Wortlaut, besteht daher keine andere Möglichkeit, als dem BGH zu folgen.

Diese Auslegung trägt aber das gefährliche Risiko in sich, dass die Norm auch die Naivität, Unaufmerksamkeit, Gleichgültigkeit und Bequemlichkeit von bestimmten Verbrauchergruppen ganz gezielt schützt. Dieses Risiko wird noch größer, wenn man bedenkt, dass eine Werbeaussage generell sämtliche Verbrauchergruppen, u.a. leichtgläubige und geschäftlich unerfahrene Verbraucher, erreichen kann. Würde man die Existenz derartiger Verbraucher für die Unlauterkeit der Werbeaussage gemäß § 4 Nr. 2 UWG ausreichen lassen, wäre jede geschäftliche Handlung unzulässig. Um einen Widerspruch zum modernen Verbraucherleitbild zu vermeiden und das alte deutsche Verbraucherleitbild nicht „durch die Hintertür“ wieder salonfähig zu machen,¹⁰⁶⁹ wird die Norm in der Literatur deshalb eng ausgelegt und die Werbeaussage nur dann für geeignet gehalten, in die Irre zu führen, wenn „massive“ Defizite von Verbrauchern ausgenutzt werden.¹⁰⁷⁰ Dies wird auch von der zivilrechtlichen Rechtsprechung bestätigt. Die Ausnutzung der „geschäftlichen Unerfahrenheit“ oder „Leichtgläubigkeit“ ist vor diesem Hintergrund beispielsweise angenommen, wenn Minderjährige ein Angebot im Hinblick auf seine Tragweite, nämlich seine wirtschaftliche Bedeutung, seine Preiswürdigkeit und etwaige damit verbundene finanzielle Belastungen, nicht hinreichend kritisch beurteilen können.¹⁰⁷¹ Gleiches gilt für bestimmte körperliche Behinderungen wie z.B. Blindheit, Taubheit oder starke Einschränkungen des Seh- und Hörvermögens, weil diese Verbrauchergruppen Informationen gar nicht aufnehmen können.¹⁰⁷² Eine Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit ist ferner anzunehmen, wenn die Werbung gezielt auf Sprachunkundigkeit (z.B. von Aussiedlern, die noch nicht lange in Deutschland leben) beruht. Unlauter ist daher z.B. die

¹⁰⁶⁹ Vgl. Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2005/29/EG; EuGH GRUR 2012, 1269 (Rdn. 54) – *Purely Creative*.

¹⁰⁷⁰ Scherer, WRP 2004, 1355 (1356).

¹⁰⁷¹ BGH GRUR 2006, 161 (Rdn. 22) – *Zeitschrift mit Sonnenbrille*; BGH GRUR 2006, 776 (Rdn. 22 f.) – *Werbung für Klingeltöne*.

¹⁰⁷² Scherer, WRP 2004, 1355 (1356).

Durchführung von Verkaufsveranstaltungen in Aussiedler- bzw. Asylantenwohnheimen.¹⁰⁷³

Daraus ergibt sich eine klare Schlussfolgerung: Beruht die geschäftliche Unerfahrenheit hingegen auf Nachlässigkeit, Unaufmerksamkeit, Gleichgültigkeit, so ist die betreffende Verbrauchergruppe nicht schutzwürdig. Das typische „Gewinnmitteilung“-Publikum bildet genau diese Verbrauchergruppe. Während in diesen Fällen in der wettbewerbsstrafrechtlichen Literatur ohne Auseinandersetzung mit der europarechtlichen Auslegung von § 4 Nr. 2 UWG eine Strafbarkeit gemäß § 16 Abs. 1 UWG angenommen wird,¹⁰⁷⁴ wird gleichzeitig verkannt, dass dieses typische Gewinnmitteilungspublikum nicht im Geringsten daran gehindert ist, sich relevante Informationen zu verschaffen. Die ihm zugeschriebene geschäftliche Unerfahrenheit oder Leichtgläubigkeit beruht vielmehr darauf, dass diese Verbraucher zu träge, zu unaufmerksam, zu gleichgültig, zu passiv und zu indolent sind, um sich zu informieren. Genau diese Verhaltensweisen werden aber von dem Verbraucherleitbild nicht geschützt. Auf die Gesichtspunkte der geschäftlichen Unerfahrenheit des typischen Gewinnmitteilungspublikums kann daher nach dem neuen Unlauterkeitsrecht eine Beurteilung als irreführend nicht mehr gestützt werden.¹⁰⁷⁵

(c) Die „schwarze Liste“

Das Ergebnis, dass die Täuschungseignetheit in BGHSt 47, 1 und in BGHSt 52, 227 abzulehnen ist, bedeutet nicht, dass die Verbraucher gegen solche Werbeschwindel völlig schutzlos sind. Das UWG stellt die sog. „Schwarze Liste“ (Black-List) zur Verfügung. Der Katalog, der im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG als Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG in das deutsche Recht eingeführt wurde, enthält 30 Sachverhalte, die „stets unzulässig“ sind, also ohne Einzelfallprüfung und ohne Abwägung stets verboten sind.¹⁰⁷⁶ Es handelt sich demnach um per-se-Verbote. Es kommt also nicht auf eine irgendwie geartete Spürbarkeit oder auf eine Irreführungsgefahr an. Sind die Voraussetzungen eines Verbotstatbestandes erfüllt, dann steht damit die Unlauterkeit der Geschäftspraxis unwiderlegbar fest, ohne dass es einer weiteren Prüfung bedarf, und zwar auch dann, wenn es

¹⁰⁷³ BGH GRUR 1998, 1041 (1042) – *Verkaufsveranstaltung in Aussiedlerwohnheim*; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rdn. 2.40.

¹⁰⁷⁴ Etwa *Vergo*, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, S. 177 f.

¹⁰⁷⁵ Ganz zutreffend *Scherer*, WRP 2004, 1355 (1357 f.): „Typisches Kaffeefahrt-Publikum“. Unglücklich und überholt sind daher auch die Ausführungen des BGH im Kaffeefahrt-Urteil, NJW 2002, 3415 (3416) – *Kaffeefahrt*.

¹⁰⁷⁶ Die Gewinnmitteilung wird in Nr. 17 und die Versendung der rechnungsähnlichen Angebote in Nr. 22 geregelt.

gewichtige Anhaltspunkte oder gar eine Sicherheit dafür gibt, dass die Verbraucher sich durch das Verhalten überhaupt nicht beeinflussen lassen.¹⁰⁷⁷

Es ist aber zu beachten, dass es sich bei dem Katalog um echte und abschließende Verbote handelt, nicht um Regelbeispiele oder Auslegungshilfen für das Verständnis des § 5 UWG.¹⁰⁷⁸ Es ist deshalb verfehlt, eine Eignung zur Irreführung in einem konkreten Fall durch Rückzug auf die schwarze Liste zu begründen bzw. anzunehmen.¹⁰⁷⁹

(d) Versteigerung von leeren Verpackungen auf dem Marktplatz

Nun ist die Frage zu untersuchen, wie die Fälle der Versteigerung von leeren Verpackungen zu behandeln sind. Um es noch einmal in Erinnerung zu rufen: Es geht um Angebote, deren Erklärungsgehalt in Bezug auf den Versteigerungsgegenstand nicht eindeutig ist, die sowohl die Deutungsmöglichkeit zulassen, dass der Inhalt der Vertragsgegenstand sein soll, als auch, dass nur die Verpackung angeboten werden soll.

Man könnte sich zunächst am Preis der versteigerten Ware orientieren:

(1) Bei Online-Auktionen setzt der Anbieter durch den Startpreis fest, welchen Preis er für die von ihm angebotene Ware für angemessen hält. Man könnte daher eine Irreführung annehmen, wenn der Anbieter sein nicht eindeutiges Angebot mit einem überhöhten Startpreis versieht, der weit über dem angemessenerweise zu erwartenden Verkaufspreis für eine Verpackung liegt. Denn der überzogene Anfangspreis könnte beim Bieter den Eindruck erwecken, dass er nicht nur auf die leere Verpackung, sondern auch auf den Inhalt der Verpackung bietet. Diese Lösung, die sich am Anfangsgebot orientiert, ist insbesondere in der Betrugsliteratur favorisiert, um so eine Täuschung zu begründen.¹⁰⁸⁰

Diese Annahme ist zwar bestechend, steht aber nicht mit der Täuschungsdogmatik im Einklang. Und sie kann erst recht nicht für die Annahme einer Eignung zur Irreführung herangezogen werden. Die Kehrseite der Aussage, dass bei der Bestimmung der Irreführung im Rahmen von § 16 Abs.1 UWG genauso wie bei § 263 StGB zu verfahren ist, besteht darin, dass der mit Rücksicht auf das Prinzip der Vertragsfreiheit entwickelte Grundsatz zu § 263 StGB, wonach kein Raum für die Annahme konkludenter Erklärungen über die Angemessenheit oder Üblichkeit des Preises und über die Qualität des Kaufobjektes bestehe,¹⁰⁸¹ auch auf § 16 Abs. 1 UWG zu übertragen ist. Versteigert der

¹⁰⁷⁷ EuGH GRUR 2010, 244 (Rdn. 45) – *Plus Warenhandelsgesellschaft*; EuGH GRUR 2012, 1269 (Rdn. 45) – *Purely Creative*; Alexander, GRUR-Int. 2010, 1025 (1027); Scherer, NJW 2009, 324 (324).

¹⁰⁷⁸ Peifer, in: GK-UWG, § 3 Rdn. 684.

¹⁰⁷⁹ Dieser Punkt wird in der täuschungsstrafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung nicht recht verstanden: z.B. BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 32) – *Routenplaner*; Mayer/Buchmann, NJW 2014, 3342 (3344).

¹⁰⁸⁰ So etwa Dinger, Betrug bei Online-Auktionen, S. 73 f.; (zu § 16 Abs. 1 UWG) Vassilaki, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 15 Rdn. 34.

¹⁰⁸¹ Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 16d, 17c; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 35.

Anbieter sein nicht eindeutiges Angebot mit einem überhöhten Startpreis, erklärt er damit nicht konkludent, dass dabei auch der Inhalt versteigert wird. Da es bereits an einer Täuschung fehlt, kommt es auf das Eignungselement nicht an.

(2) Wenig hilfreich ist ferner die umgekehrte Konstellation: Es stellt sich die Frage, ob ein Durchschnittsverbraucher hätte erkennen müssen, dass das vorliegende Angebot aus der Verpackung als Vertragsgegenstand allein besteht, wenn die hochwertigen Waren mit einem sehr niedrigen Mindestangebot angeboten werden, der weit unter dem tatsächlichen Wert der Sache liegt. Denn es müsste jedem Verbraucher klar sein, dass kein vernünftiger Anbieter eine hochwertige Ware „ab 1 €“ verkauft.

Solche Annahmen treffen im Falle von Online-Auktionen indes nicht zu. Bei Online-Auktionen ist es durchaus üblich, „auch“ hochwertige Waren mit extrem niedrigem Mindestgebot anzubieten. So wurde z.B. im berühmten „*ricardo.de*“-Fall ein neuer VW Passat im Wert von 45000 DM mit dem äußerst niedrigen Mindestgebot von 10 DM im Internet zur Versteigerung angeboten. In diesem Fall erhielt der Höchstbietende den Pkw zu dem von ihm abgegebenen Höchstgebot (26350 DM). Der BGH war der Ansicht, dass der Kaufvertrag zwischen dem Meistbietenden und dem Anbieter trotz des nicht ernst gemeinten Startpreises zustande gekommen war.¹⁰⁸² Auch in dem der „*Handy aus Weißgold*“-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt lag der Startpreis bei einem Euro. Gegenstand des konkreten Falls war ein Mobiltelefon der Luxusmarke „Vertu“, das am Markt zum Preis eines Neuwagens (24.000 €) zu erstehen ist. Den Zuschlag bekam der Meistbietende bei 782 €. Bei einem vereinbarten Übergabetermin zwischen dem Anbieter und dem Bieter verweigerte der Bieter aber die Abnahme mit der Begründung, bei dem ihm angebotenen Handy handele es sich eine Imitation. Es war nun zu klären, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen ist.

Der BGH stellte fest, dass die allgemeinen Grundsätze zum wucherähnlichen Geschäft nicht auf die Fälle von Online-Auktionen übertragen werden können. Geht man im Allgemeinen davon aus, dass dem Vertragspartner eine verwerfliche Gesinnung zu unterstellen ist, wenn bei hochwertigen Sachen der Wert doppelt so hoch ist wie der vereinbarte Preis, gestaltet sich der Prozess des Vertragsschlusses bei einer Online-Auktion vollkommen anders. Hier kann es vorkommen, dass der Verkäufer die Ware zu einem weit unter dem Wert liegenden Startpreis einstellt und die Auktion schleppend verläuft, so dass sich am Ende ein geringerer Kaufpreis ergibt,¹⁰⁸³ oder umgekehrt. Denn es kann auch

¹⁰⁸² BGH NJW 2002, 363 (364) – *ricardo.de*.

¹⁰⁸³ BGH NJW 2012, 2723 (Rdn. 19 ff.) – *Handy aus Weißgold*; BGH MMR 2015, 103 (Rdn. 9) – *Wirksamkeit eines via eBay geschlossenen Gebrauchtwagenkaufvertrages bei grobem Missverhältnis zwischen*

vorkommen, dass der Anbieter den Startpreis möglichst niedrig ansetzt, um auf sein Angebot aufmerksam zu machen und eine Vielzahl von potenziell Interessenten anzulocken, die sich im Zuge des Zeitablaufs gegenseitig überbieten und damit den Preis über den Marktpreis hinaus in die Höhe treiben.¹⁰⁸⁴

Demnach kann ein extrem niedriges Mindestgebot nicht immer als Hinweis auf das tatsächliche Vorhaben des Täters gewertet werden. Die Versteigerung „ab 1 €“ ist vielmehr als Natur der Online-Auktionen, also als kompetitives Preisbildungssystem, anzusehen. Der Durchschnittsverbraucher geht deshalb nicht davon aus, dass kein vernünftiger Anbieter eine hochwertige Ware „ab 1 €“ verkauft, sondern er nimmt an, dass es eine nur sehr geringe Chance gibt, die Ware zu einem derart günstigen Preis zu ersteigern, weil er weiß, dass das Mindestgebot nur der Startpreis ist und der tatsächlich zu zahlende Preis erst infolge des Bieterwettbewerbs feststehen wird.

Da die am Preis orientierten Gedankengänge nicht weiterhelfen können, sind die Fälle, bei denen es um die Versteigerung von leeren Verpackungen geht, anhand der obigen Grundsätze zu lösen. Demzufolge sollen bei der Frage, ob der Erklärende eine gerechtfertigte Erwartungshaltung des Adressaten in Richtung eines bestimmten Erklärungsgehalts zurechenbar enttäuscht, die Grundlagen des jeweiligen Geschäfts berücksichtigt werden, welche die Verkehrsanschauung prägen oder konkretisieren, also solche Umstände, die die Grundlage des Geschäfts bilden. Denn die Grundlage des Geschäfts prägt die „Spielregeln“, die auch nach außerstrafrechtlichen Normen zu bestimmen sind. Die Eignung zur Irreführung soll demzufolge nur dann angenommen werden, wenn die Erklärung des Anbieters von den Spielregeln unerlaubterweise abweicht.

Als solche außerstrafrechtlichen Normen können – neben § 312d Abs. 1 Satz BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB – vor allem die AGB der jeweiligen Auktionshäuser in Betracht kommen, weil derjenige, der sich bei einem Online-Marktplatz als Mitglied anmeldet, mit dem Auktionshaus einen Nutzervertrag abschließt. Der Abschluss dieses Vertrages erfolgt nur unter Zustimmung zu den AGB. Stimmt der Anmeldende im Rahmen des Registrierungsverfahrens den AGB zu, erklärt er sich mit deren Geltung einverstanden.¹⁰⁸⁵ Die AGB des Auktionshauses regeln also an erster Stelle das Vertragsverhältnis zwischen dem Auktionshaus und den Mitgliedern des Online-Marktplatzes. Neben den im Benutzungsverhältnis uneingeschränkt geltenden Bestimmungen enthalten die AGB aber auch wichtige Bestimmungen über die Artikelbeschreibung, die jedes Mitglied

Leistung und Gegenleistung, zustimmend Arzt, ZJS 2012, 268 (268); Dittrich, K&R 2012, 427 (427); Kulke, NJW 2012, 2697 (2698).

¹⁰⁸⁴ Vgl. Eickelmann, Jura 2011, 451 (454).

¹⁰⁸⁵ Vgl. § 2 Abs. 1 eBay-AGB.

bei der Nutzung des Online-Marktplatzes zu beachten hat. Aus den AGB könnte sich daher weitgehend ableiten lassen, welche Erwartungshaltung des Bieters im Marktverhältnis gerechtfertigt ist.

Gerade an dieser Stelle begegnet man allerdings einem Problem: Zwar sind bei der Feststellung der berechtigten Erwartungen des Bieters die Grundlagen des jeweiligen Geschäfts zu berücksichtigen, die nach der Verkehrsauffassung typischerweise von *beiden Parteien* als für den Vertragsschluss wesentlich vorausgesetzt werden. Dies trifft jedoch nicht auf die AGB des Auktionshauses zu, da die AGB weder vom Anbieter noch vom Bieter, sondern vom Auktionshaus als Drittem vorgeschlagen werden. Nach unbestrittener Auffassung scheitert eine Einbeziehung der AGB des Auktionshauses nach §§ 305-305c BGB im Marktverhältnis zwischen dem Anbieter und dem Bieter an der fehlenden Verwendereigenschaft und damit an dem begrifflichen Vorliegen der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB.¹⁰⁸⁶ Das Problem liegt also darin, dass die Nutzungsbedingungen der Auktionshäuser unmittelbare Wirkung nur im Verhältnis des Plattformbetreibers zum Nutzer haben. Damit kann sich zwar jeder einzelne Nutzer gegenüber dem Plattformbetreiber zur Einhaltung eines bestimmten Vertragsschlussmechanismus verpflichten; es kann aus dieser Verpflichtung aber unmittelbar keine entsprechende bindende Verpflichtung der Nutzer untereinander hergeleitet werden. Vor dem Hintergrund der Relativität der Schuldverhältnisse stellt sich daher die Frage, wie die in den Nutzungsbedingungen enthaltenen Vorgaben für den Abschluss des Kaufvertrages im Marktverhältnis wirksam einbezogen werden können.

Um die AGB des Auktionshauses in das Verhältnis zwischen dem Anbieter und dem Bieter *unmittelbar* einzubeziehen, konstruiert ein Teil der Literatur einen Vertrag zu Gunsten Dritter nach § 328 BGB.¹⁰⁸⁷ Nach dieser Auffassung wird der Vertrag zu Gunsten Dritter zwischen dem Auktionshaus und dem jeweiligen Nutzer mit Wirkung für den zukünftigen Vertragspartner geschlossen. Der Inhalt dieses Vertrages hat damit Wirkung für alle zukünftigen Vertragspartner des Nutzers. Diese Konstruktion überzeugt aber nicht, weil die AGB des Auktionshauses neben begünstigenden gleichzeitig belastende Regelungen für den Dritten enthalten. Die belastenden Regelungen würden den Vertrag als „verbote-

¹⁰⁸⁶ Statt vieler: BGH NJW 2002, 363 (365) – *ricardo.de*; BGH NJW 2011, 2421 (Rdn. 21) – *Handeln unter fremden Namen bei Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos*; Hoffmann, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 200 f.; v. Samson *Himmelstjerna/Rücker*, in: Bräutigam/Leupold, Online-Handel, B V. Rdn. 48.

¹⁰⁸⁷ Wiebe, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 4 Rdn. 134 ff.; Wiebe, MMR 2000, 323 (325). Konsequenz dieser Auffassung ist, dass das Auktionshaus Verwender seiner AGB bleibt, so dass die Anwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB zu den AGB des Auktionshauses eröffnet wäre.

nen Vertrag zu Lasten Dritter“ qualifizieren, welcher gemäß § 134 BGB nichtig sein soll.¹⁰⁸⁸

Um den Nutzungsbedingungen im Marktverhältnis *unmittelbare* Geltung zu verschaffen, wird daher in der Literatur ein anderer Weg vorgeschlagen: Danach sollen die Nutzungsbedingungen durch die bereits bei Abschluss des Nutzungsvertrages mit dem Auktionshaus abgegebenen Erklärungen in das Marktverhältnis einbezogen werden. Nach dieser Auffassung wird die Einbeziehung durch die Konstruktion einer vorvertraglichen Rahmenvereinbarung erreicht, deren Gegenstand die das Marktverhältnis betreffenden AGB des Auktionshauses sind. Der Nutzer kann daher den Abschluss des Nutzungsvertrages so verstehen, dass die sowohl begünstigenden als auch belastenden Regelungen in den AGB des Auktionshauses auch für die Rechtsbeziehungen der Nutzer untereinander gelten sollen. Die Auktionsteilnehmer können daher auf einer zweiten Stufe einen Kaufvertrag nur nach Maßgabe dieser Ordnung abschließen.¹⁰⁸⁹ Auch diese Konstruktion ist aber u.a. mit der Begründung abzulehnen, dass sie nur dann möglich ist, wenn man bereit ist, das Auktionshaus als Empfangsvertreter der Nutzer (§ 164 Abs. 1, Abs. 3 BGB) anzunehmen. Dies setzt eine entsprechende Vertretungsmacht voraus, die sich nur durch eine Bevollmächtigung (§ 167 Abs. 1 BGB) ergeben kann. Die meisten Nutzungsbedingungen der Auktionshäusern (darunter eBay) enthalten solche Bevollmächtigungsklauseln allerdings nicht. Selbst wenn die AGB eine solche Klausel enthalten, könne man nicht davon ausgehen, dass ein Nutzer bei der Anmeldung die Vorstellung habe, allen Nutzern der Auktionsplattform Vertragspartner zu werden und diesen gegenüber vertragliche Verpflichtungen einzugehen.¹⁰⁹⁰

Da die unmittelbare Einbeziehung der Nutzungsbedingungen nicht möglich ist, hat man auf den ersten Blick den Eindruck, dass die Nutzungsbedingungen keine Auswirkung auf das Marktverhältnis haben können. Doch besteht immer noch die Möglichkeit der *mittelbaren* Einbeziehung der Nutzungsbedingungen. Dies entspricht der herrschenden Auffassung, nach der die AGB des Auktionshauses bei der Auslegung der Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) der Nutzer zu berücksichtigen seien. Die AGB des Auktionshauses sind nach dieser sog. „Auslegungslösung“ zwar nicht Vertragsbestandteil, können aber für die ergänzende Vertragsauslegung herangezogen werden. Dies wird damit begründet, dass der Nutzer einer Handelsplattform die Handlung eines anderen Nutzers stets als Er-

¹⁰⁸⁸ Dazu Gottwald, in: MüKo-BGB, § 328 Rdn. 250.

¹⁰⁸⁹ Burgard, WM 2001, 2102 (2106 f.); Sester, CR 2001, 98 (107 f.); Spindler, ZIP 2001, 809 (812). Konsequenz dieser Auffassung ist, dass eine AGB-Kontrolle im Benutzungsverhältnis in Analogie zu den §§ 307 ff. BGB möglich ist.

¹⁰⁹⁰ Deutsch, MMR 2004, 586 (587); Koch, CR 2005, 502 (504); Meyer, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, S. 48.

klärung in dem von den Nutzungsbedingungen vorgegebenen Sinn versteht. Da jeder Benutzer die AGB akzeptieren muss, um auf dem Marktplatz als Anbieter oder Bieter aufzutreten, kann und muss er auch annehmen, dass der jeweils andere die AGB seinerseits akzeptiert hat. Er wird daher die Erklärung des Kontrahenten vor dem Hintergrund der Nutzungsbedingungen verstehen und auslegen. Daher sind die Erklärungen der Parteien vor dem Hintergrund der Nutzungsbedingungen so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Die Nutzungsbedingungen dienen insoweit einem angemessenen Interessenausgleich zwischen den Parteien.¹⁰⁹¹

Die AGB des Auktionshauses liefern also, zumindest in mittelbarer Weise, normative Kriterien, mit deren Hilfe die Abgrenzung der Risikoverteilung zu beurteilen ist. Insbesondere sind für die Fälle der Versteigerung von leeren Verpackungen Bestimmungen über die Artikelbeschreibung von Bedeutung, die jeder Nutzer zu beachten hat. Wie ein Angebot zu beschreiben ist, stellt zum Beispiel eBay in § 3 Abs. 5 seiner AGB folgenderweise fest: „Verkäufer müssen die eBay-Grundsätze für das Anbieten von Artikeln beachten, ihre Artikel in die passende Kategorie einstellen und mit Worten und Bildern richtig und vollständig beschreiben. Es müssen alle für die Kaufentscheidung wesentlichen Eigenschaften und Merkmale sowie Fehler, die den Wert der angebotenen Ware mindern, wahrheitsgemäß angegeben werden. Zudem muss über die Zahlungs- und Lieferbedingungen vollständig informiert werden.“

Aus dieser Klausel kann man herleiten, in welcher Höhe der Bieter sein Recht auf Wahrheit geltend machen kann. Denn ausgehend von den AGB des Auktionshauses kann und darf sich der Bieter einerseits darauf verlassen, dass auch der Anbieter den Spielregeln entsprechend handelt. Wenn der Anbieter dies hingegen nicht tut, verschiebt sich die Risikogrenze zum Anbieter hin. Die Informationsherrschaft bleibt in diesen Fällen beim Anbieter. Andererseits verlagert sich das Informationsrisiko zu Lasten des Bieters in den Fällen, in denen es an einer alleinigen Informationsherrschaft des Anbieters fehlt. Dies kann wiederum am obigen Beispiel verdeutlicht werden: Als Auktionsname steht da

¹⁰⁹¹ Statt vieler BGH NJW 2011, 2421 (Rdn. 21) – *Handeln unter fremden Namen bei Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos*; BGH NJW 2011, 2643 (Rdn. 15) – *Vorzeitige Beendigung einer Internetauktion*; BGH NJW 2012, 2723 (Rdn. 29) – *Handy aus Weißgold*; Grapentin, GRUR 2001, 713 (714); Gülpen, Verbraucherschutz im Rahmen von Online-Auktionen, S. 55; Hartung/Hartmann, MMR 2001, 278 (281); Hoffmann, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 202; Lienemann, Verbraucherschutz bei Online-Auktionen, S. 111 ff.; Meyer, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, S. 57 f.; Rüfner, MMR 2000, 597 (598); v. Samson-Himmelstjerna/Rücker, in: Bräutigam/Leupold, Online-Handel, B V. Rdn. 52 f.; Schulze, Internetauktionen aus vertragsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, S. 35 f.; Striepling, Verbraucherschutz bei Online-Auktionen, S. 156. Konsequenz dieser Auffassung ist, dass eine Inhaltskontrolle der AGB des Auktionshauses im Verhältnis der Nutzer untereinander nach den §§ 307 ff. BGB nicht stattfinden kann. Möglich ist eine Kontrolle nach den Maßstäben des AGB-Rechts allein im Verhältnis der Nutzer zum Auktionshaus. Kritisch dagegen Kresse, Die Auktion als Wettbewerbsverfahren, S. 375 ff.

„Sony Play-Station 3, 128 Bit Konsole, DVD-tauglich, wie neu, Originalverpackung“. Der Anbieter beschreibt den Verkauf wie folgt: „Nach dem Kauf nur im Schrank gestanden, daher ist alles in einem guten Zustand. Ich finde leider keine Verwendung dafür, deshalb verkaufe ich sie hier. Sie bietet Platz für folgende 7 Teile: 1xPlaystation 3 Slim (Konsole), 1x DualShock 3-Controller, 1x Netzkabel, 1x Av/HDMI-Kabel, 1x Euro-Scart-Adapter, 1x Bedienungsanleitung. Die gesamten Innenkartons sind unbeschädigt in der Verpackung.“

Nach AGB des Auktionshauses soll der Anbieter aus einer Liste unterschiedlicher Kategorien und Unterkategorien die passende Kategorie auswählen, in der sein Angebot erscheinen soll. Das Vorliegen der Eignung zur Irreführung hängt deshalb entscheidend davon ab, in welcher Rubrik der Anbieter die Verpackung versteigert. Stellt der Anbieter sein Angebot in die Kategorie des „Zubehörs“ bzw. in „Sonstige“ ein, kann man sehr wohl davon ausgehen, dass der Anbieter mit dieser Beschreibung auf der sicheren Seite ist.

Schwieriger sind indes die Fälle zu beurteilen, in denen der Anbieter sein Angebot in die Kategorie „Spielkonsolen“ eingestellt hat. In diesem Fall liegt zwar unzweifelhaft ein Verstoß gegen die AGB des Auktionshauses vor. Dies hat aber aufgrund der Privatautonomie keine unmittelbare Wirkung auf den konkreten Vertrag zwischen dem Anbieter und dem Bieter. Fraglich ist deshalb, ob man allein wegen einer Vertragsverletzung gegenüber dem Auktionshaus von einer Enttäuschung des berechtigten Vertrauens des Bieters ausgehen kann. Hinzu kommt die Tatsache, dass es jedem durchschnittlichen Bieter bekannt sein sollte, dass das Einstellen der Zubehörangebote in der Kategorie der Ware bei Online-Auktionen nicht unüblich ist. Andererseits soll aber nicht außer Acht bleiben, dass nach den AGB des Auktionshauses der Anbieter sein Angebot richtig und vollständig beschreiben soll. Versteigert der Anbieter die Verpackung in der Rubrik der Ware, soll er deshalb sein Angebot so gestalten, dass der Bieter schon auf den ersten Blick erkennen kann, es handelt sich um die Verpackung und nicht um den Inhalt.¹⁰⁹² Das ist der Fall, wenn der Anbieter schreibt: „Sie bieten auf eine (leere) Verpackung!“. Auf der sicheren Seite ist der Anbieter selbst dann, wenn er zwar nicht im Titel des Angebots, wohl aber im Begleittext hinreichend klar darauf hinweist, dass der Vertragsgegenstand allein die Verpackung ist. Um bei obigem Beispiel zu bleiben, bleibt das Informationsrisiko beim Bieter, wenn er weiter liest: „Da es immer wieder Leute gibt, die wegen Rückgabe bzw. Reklamation oder Weiterverkauf bzw. Sammlerwert etc. eine originale Verpackung benötigen, biete ich meine hier an. Die Originalverpackung kann dem Wert ihrer Konsole

¹⁰⁹² Dingler, Betrug bei Online-Auktionen, S. 72.

eine deutliche Wertsteigerung ermöglichen. Für Sammler ein Muss.“¹⁰⁹³ Dieses zu lesen, ist kein unzumutbarer Aufwand für den durchschnittlichen Bieter, insbesondere bei einem nicht eindeutigen Angebot. Daran ändert sich nichts, wenn der Anbieter im Begleittext neben dem eindeutigen Hinweis technische Fakten über den nicht zur Versteigerung stehenden ursprünglichen Inhalt gibt.¹⁰⁹⁴ Da ein Durchschnittsverbraucher die entsprechenden Angaben zur Kenntnis nehmen muss, wird er nicht irregeführt, sondern möglicherweise ein wenig geneigter gemacht, sich näher mit der Anzeige zu befassen.¹⁰⁹⁵

Liegt ein derartiger Hinweis nicht vor, verlagert sich die Zuständigkeit wieder zu Lasten des Anbieters. Denn um mit *Pawliks* Worten zu sprechen, bildet gerade diese Vorgehensweise des Anbieters die Fälle, in denen der Täter einerseits durch eine besondere sprachliche und äußerliche Gestaltung der Erklärung eine bestimmte Erklärungsperspektive für den Adressaten schafft, aufrecht erhält oder verstärkt, andererseits die berechtigte Kontinuitätserwartung durch eine unbemerkte Sinnverschiebung unter Dissimulation des wahren Gehaltes zurechenbar enttäuscht. Dies gilt erst recht für Online-Auktionen, bei denen der Bieter keine andere Wahl hat, als sich auf die Informationen des Täters zu verlassen. Es ist deshalb nicht ausreichend, lediglich das Wort „Originalverpackung“ zu benutzen – und erst recht nicht die Abkürzung „OVP“. Denn der Durchschnittsbietter geht in diesem Fall davon aus, dass entweder die Originalverpackung vorhanden ist und mit versendet wird oder die Ware noch original verpackt (d.h. ungeöffnet in der Originalverpackung) ist. Er geht jedenfalls nicht davon aus, dass er lediglich eine leere Verpackung ersteigert. Ebenso zu beurteilen sind ferner die Fälle, in denen der Anbieter zwar nur das Wort „Originalverpackung“ benutzt, es aber dick oder in einer vom anderen Text zu unterscheidenden Schriftfarbe schreibt. Dies ändert nichts am Ergebnis, da der Bieter davon ausgeht, dass der Anbieter nochmals darauf hindeuten will, dass auch die Originalverpackung mit dabei ist.

(4) Exkurs: Das Verbraucherleitbild und die Europäisierung des § 263 StGB

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, dass sowohl § 16 Abs. 1 UWG als auch § 263 StGB Täuschungsstraftatbestände sind und damit zahlreiche Parallelen aufweisen. Die bisherigen Untersuchungen haben aber auch gezeigt, dass die Angaben, die eine Strafbarkeit nach § 263 StGB auslösen können, in manchen Fällen im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG nicht tatbestandsmäßig sind. Es ist aber kaum erklärbar, wie eine Angabe

¹⁰⁹³ **A.A.** *Hollweck*, Versteigerungen von leeren Verpackungen auf eBay, (abrufbar unter: <http://www.rechtsindex.de/internetrecht/1205-versteigerung-von-leeren-verpackungen-auf-ebay>).

¹⁰⁹⁴ **A.A.** *Dingler*, Betrug bei Online-Auktionen, S. 73.

¹⁰⁹⁵ Vgl. BGH GRUR 2003, 889 (890) – *Internet-Reservierungssystem*; BGH GRUR 2004, 435 (436) – *FrühlingsgeFlüge*.

strafbar sein kann, wenn dieselbe Aussage im Vorfeld nicht tatbestandsmäßig ist.¹⁰⁹⁶ Um diese fragwürdige Rechtslage zu beseitigen, ist daher zwingend auf die Frage einzugehen, ob man einen am verständigen, aufmerksamen und informierten Verbraucher orientierten europäischen Maßstab im Sinne der Richtlinie 2005/29/EG *auch* bei § 263 StGB akzeptieren soll. BGHSt 47, 1 zeigt, dass die Bedeutung der Antwort hierauf über die Täuschungsqualität von marktschreierischen Werbeaussagen – zu denken ist etwa an BGHSt 34, 199 – weit hinausgeht. Denn der BGH sollte in BGHSt 47, 1 – wenn er dies diskutiert hätte – evtl. eine zur Fehlvorstellung geeignete Täuschung bzw. anschließend und in jedem Fall einen Irrtum verneinen.

(a) Die bisherigen Ansätze

Wenn man die Ansichten in der Literatur betrachtet, findet man grundsätzlich zwei Lösungsansätze:

(1) Einige Autoren lehnen die Europäisierung des Betrugstatbestandes ab.¹⁰⁹⁷ Nach der Auffassung dieser Autoren erscheine es kaum vorstellbar, dass der EuGH bei Betrugsmaschinen, die als reguläre Marketingstrategie völlig untauglich sind und ersichtlich nur darauf abzielen, aus der Masse der Verbraucher diejenigen herauszufiltern und zu übertölpeln, die dem des verständigen Verbrauchers gerade nicht entsprechen, dem Täter die Freiheit einer gezielten Jagd auf unaufmerksame Marktteilnehmer gewährleistet. Das Leitbild eines verständigen Verbrauchers stehe deshalb einer Strafbarkeit wegen Betruges nicht entgegen, selbst wenn der Angebotscharakter des Schreibens bei genauerem Lesen erkennbar gewesen wäre. Vielmehr sei eine derartige Geschäftspraktik europarechtlich ausdrücklich und stets verboten.¹⁰⁹⁸ In diesem Zusammenhang wird einhellig auf die Schwarze Liste hingewiesen.¹⁰⁹⁹ Diesen Autoren nach spricht gegen das Abstellen auf den Durchschnittsverbraucher ferner, dass die Richtlinie 2005/29/EG selbst eine Herabsetzung des Maßstabs zur Bestimmung der Irreführungseignung bei bestimmten Personengruppen vorsieht, mithin auch auf europäischer Ebene nicht uneingeschränkt das idealtypische Verbraucherleitbild maßgeblich sei.¹¹⁰⁰ Letztlich wird auf die unterschiedlichen Regelungszwecke zwischen dem Betrugsstrafrecht und dem unionsrechtlichen Bestimmungen zum Verbraucherschutz hingewiesen. Während nach dem Verbraucherleitbild eine Irreführung erst dann zu bejahen sei, wenn eine Wettbewerbshandlung für ungefähr

¹⁰⁹⁶ Zutreffend Tiedemann, in: FS-Schünemann, S. 1107 (1112).

¹⁰⁹⁷ Fischer, StGB, § 263 Rdn. 55a; Kleszczewski, in: FS-Schünemann, S. 1085 (1091 f., 1094 anders aber 1098); Mayer/Buchmann, NJW 2014, 3342 (3343 f.); Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, Rdn. 488.

¹⁰⁹⁸ Erb, ZIS 2011, 368 (376).

¹⁰⁹⁹ Z.B. Erb, ZIS 2011, 368 (376); Vergho, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, S. 316.

¹¹⁰⁰ Peters, Betrug und Steuerhinterziehung trotz Erklärung wahrer Tatsachen, S. 167.

über 20 Prozent der Verbraucher irreführungsg geeignet sei, diene das Betrugsstrafrecht allein dem individuellen Vermögensschutz des Einzelnen. Es sei deshalb nicht anhängig, auf einen durchschnittlich aufmerksamen und informierten Verbraucher abzustellen. Ansonsten würde man die strafrechtlich besonders schutzbedürftigen leichtgläubigen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft in einem sehr täuschungsanfälligen Bereich hinsichtlich ihres Vermögens schutzlos stellen.¹¹⁰¹ Dies sei dem Rechtsgüterschutzprinzip jedoch fremd und stelle ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar, da Individualrechtsgüter nicht distributiv seien. Der Gesetzgeber sei daher zur Schaffung und Anwendung solcher Strafnormen verpflichtet, die auch den nach dem Verbraucherleitbild nicht schutzwürdig angesehenen Verbraucher in den Schutzkanon aufnehmen.¹¹⁰²

Dieser Auffassung hat sich jüngst auch der BGH in seiner Entscheidung zur strafrechtlichen Bewertung einer „Abo-Falle“ in Hinblick auf Richtlinie 2005/29/EG ausdrücklich angeschlossen. Nach der Auffassung des BGH spreche gegen die Europäisierung des § 263 StGB neben den in der Literatur genannten Punkten auch die Grenze der Verpflichtung der richtlinienkonformen Auslegung im Strafrecht. Denn sie setze grundsätzlich ein, wenn der Inhalt der Richtlinie insgesamt oder im angewendeten Bereich eindeutig sei. Ein absoluter Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung im Bereich des materiellen Strafrechts liefere Gefahr, in Konflikt mit der eingeschränkten Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union auf dem Gebiet des Strafrechts und dem Grundsatz der möglichst weitgehenden Schonung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu geraten. Richtlinienvorgaben können aus diesem Grund nicht in jedem Fall vorbehaltlos in das Strafrecht übertragen werden, zumal der Richtliniengeber die Auswirkungen einer andere Lebensbereiche betreffenden Richtlinie auf das Strafrecht eines jeden Mitgliedsstaates mitunter nicht im Blick hat bzw. haben kann. Es bedürfe daher der Prüfung, ob der Regelungsinhalt der Richtlinie nach deren Sinn und Zweck auf die Strafnorm durchschlägt. Dabei sei zu beachten, dass der normative Gehalt einer nationalen Vorschrift im Wege der richtlinienkonformen Auslegung nicht grundlegend neu bestimmt werden dürfe.¹¹⁰³

(2) Andere Autoren bejahen die Europäisierung des Betrugstatbestandes. Unter diesen Autoren herrscht jedoch Uneinigkeit darüber, inwieweit der Betrugstatbestand anhand einer europäisierten Betrachtungsweise auszulegen ist.

¹¹⁰¹ Bosch, in: FS-Samson, S. 241 (243 Fn. 12); Brammsen/Apel, WRP 2011, 1254 (1255); Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, § 39 Rdn. 14; Eisele, NSTZ 2010, 193 (196); Lederer, NJOZ 2011, 1833 (1837); (zu § 16 Abs. 2 UWG) Brammsen/Apel, GRUR-Int. 2014, 1119 (1122 f.).

¹¹⁰² Vergho, Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, S. 125 ff.; Vergho, wistra 2010, 86 (88).

¹¹⁰³ BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 27) – Routenplaner; ebenso BGH BeckRS 2014, 15319 (Rdn. 24) – Betrug durch Versendung von „Angebotsrechnungen“.

Nach *Heim* solle § 263 StGB aufgrund des Anwendungsvorgangs des Unionsrechts zwar unionsrechtlich ausgelegt werden. Dies zwingt aber nicht zu einer Neuinterpretation des Betrugstatbestandes, weil die Divergenzen zwischen der unionsrechtlichen Irreführung und der betrugsstrafrechtlichen Täuschung zumeist im Ergebnis unschädlich seien mit der Folge, dass das Tatbestandsmerkmal des Schadens in § 263 StGB echte Kollisionen weitgehend verhindern könne.¹¹⁰⁴

Andere plädieren dagegen *jedenfalls* bei grenzüberschreitenden Sachverhalten für eine Neuinterpretation des Betrugstatbestandes. Denn das unterschiedliche Opferleitbild führe zu einer Kollision zwischen dem traditionellen deutschen Verständnis des Betrugstatbestandes und den Vorschriften des EU-Vertrages über die Warenverkehrsfreiheit. Die in der Bestrafung liegende Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels wäre eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ i.S.d. Art. 34 AEUV. Eine Neutralisierung des § 263 StGB wegen dessen Kollision mit Art. 34 AEUV lasse sich dann mittels einer unionsrechtskonformen, einschränkenden Auslegung des Betrugstatbestandes verhindern, wonach der Begriff der Täuschung am Maßstab eines informierten und verständigen Verbrauchers gemessen werde.¹¹⁰⁵

Hecker geht einen Schritt weiter. Er plädiert für eine Neuinterpretation des Betrugstatbestandes auch in den nicht grenzüberschreitenden Sachverhalten. In diesem Bereich unterscheidet *Hecker* zwischen der Publikumswerbung und der individuellen Täuschung. Nach seiner Ansicht sollten in den Fällen, in denen neben dem Tatbestand des § 263 StGB gleichzeitig auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 1 UWG erfüllt sind, die Tatbestandsmerkmale der Täuschung und des Irrtums europarechtskonform dahingehend eingeschränkt werden, dass beide nur dann bejaht werden, wenn eine Eignung zur Irreführung i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG auch in Hinblick auf das europäische Verbraucherleitbild vorliege. Außerhalb des Bereichs der Publikumswerbung seien Täuschungshandlungen dagegen ausschließlich anhand der individualrechtlichen Betrugskomponente zu beurteilen. Sofern es um die strafrechtliche Beurteilung von reinen Individualtäuschungen gehe, erscheine es durchaus sachgerecht, eine Täuschung bzw. einen Irrtum zu bejahen, weil

¹¹⁰⁴ *Heim*, Die Vereinbarkeit der deutschen Betrugsstrafbarkeit (§ 263 StGB) mit unionsrechtlichen Grundsätzen und Regelungen zum Schutz der Verbraucher vor Irreführungen, S. 147 ff.; 189 ff.; 215 ff.

¹¹⁰⁵ *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 StGB Rdn. 8; *Dannecker*, Jura 2006, 173 (175); *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 697 (711); *Gaede*, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 6; *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 263 Rdn. 109; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 263 Rdn. 112 ff.; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rdn. 105; *Tiedemann*, in: FG-50 Jahre BGH, Band IV, S. 551 (555); *Tiedemann*, in: FS-Müller-Dietz, S. 905 (918); *Tiedemann*, in: FS-Schünemann, S. 1107 (1111 ff., 1118).

der Täter infolge von Leichtgläubigkeit oder Leichtfertigkeit des Opfers ein „leichtes Spiel“ habe.¹¹⁰⁶

Ebenfalls für eine Anpassung des Täuschungsschutzes im Rahmen des § 263 StGB an europarechtliche Vorgaben spricht sich *Janssen* aus. Er geht jedenfalls im Verhältnis Unternehmer zu Verbraucher von einem zwingenden Erfordernis einer entsprechenden Änderung der deutschen Rechtsauffassung aus, um den Maßstäben des Unionsrechts auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts hinreichend Rechnung zu tragen. Im Bereich individueller und privater Täuschungen bestehe dagegen für eine Einschränkung keine zwingende Veranlassung.¹¹⁰⁷

Andere Autoren gehen noch einen Schritt weiter. Nach diesen sei die europarechtliche Auslegung des Betrugstatbestandes nicht nur auf Fälle zu beschränken, in denen das Tatbestandsmerkmal der Publikumswerbung erfüllt wäre, sondern auf alle Anwendungsfälle des Betruges (d.h. auch auf individuelle und private Täuschung) gleichermaßen zu übertragen. Diese Autoren wollen aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben, wie insbesondere Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die nationale Betrugsdogmatik vollständig aufgeben und lediglich den informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher schützen.¹¹⁰⁸

(b) Bewertung

Die Literaturansicht, die die Europäisierung des Betrugstatbestandes ablehnt, ist schon von Anfang an deshalb abzulehnen, weil sie mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung kaum in Einklang steht. Denn der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verlangt, dass ein Verhalten, das zivilrechtlich nicht als Täuschungshandlung eingestuft werden kann, auch nicht strafrechtlich missbilligt sein kann. Dieser Grundsatz wird im gesamten geltenden deutschen Recht anerkannt und nie in Frage gestellt. Die Ablehnung des Leitbildes eines Durchschnittsverbrauchers bei § 263 StGB und damit die Bestrafung des Täters nur aufgrund der Leichtgläubigkeit des Verbrauchers wären deshalb damit vergleichbar, einen sorgfältigen Teilnehmer am Straßenverkehr wegen fahrlässiger Tötung zu bestrafen, selbst wenn er sich an alle ihm bekannt sein müssenden Regeln der Straßenverkehrsordnung gehalten hat.¹¹⁰⁹ Sieht man sich der Widerspruchsvermeidung verpflich-

¹¹⁰⁶ *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, S. 320 ff.; zustimmend *Wolters*, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 10.

¹¹⁰⁷ *Janssen*, in: Achenbach/Ransiek (3. Auflage), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Teil Kap. 1 Rdn. 70 f.

¹¹⁰⁸ *Eick*, Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrug am Beispiel der Werbung, S. 164 ff., 171 ff.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, § 9 Rdn. 35; *Müller*, NZWiSt 2014, 393 (400); *Pfaff*, Das Anlocken mit falschen Versprechungen, S. 93 ff.; *Ruhs*, in: FS-Rissing-van Saan, S. 567 (576 ff.); *Soyka*, wistra 2007, 127 (128 ff.); siehe auch *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 StGB Rdn. 9; *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 697 (712 f.).

¹¹⁰⁹ Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT, § 17 Rdn. 23.

tet, kommt man also nicht umhin, die Anforderungen, die das UWG an eine Irreführung stellt, als Mindestvoraussetzungen für das Täuschungsmerkmal i.S.d. § 263 StGB gelten zu lassen.¹¹¹⁰

Im Übrigen sind die gegen die Europäisierung des Betrugstatbestandes vorgebrachten Argumente kaum überzeugend. Da diese Punkte schon besprochen wurden, bedarf es daher keiner weiteren Erörterung an dieser Stelle.¹¹¹¹ Lediglich auf das Folgende ist hinzuweisen: Zwar verkürzt das Verbraucherleitbild den Strafrechtsschutz des § 263 StGB. Das ist aber keinesfalls eine Frage nach dem Rechtsgüterschutzprinzip. Selbst wenn man mit den Autoren, die einen unmittelbaren Bezug der Rechtsgutstheorie zur Verfassung anerkennen,¹¹¹² die Legitimation des Verbraucherleitbildes im Vermögensschutzstrafrecht mit dem Rechtsgutsbegriff verbindet, kann man eine Verpflichtung zur Sanktionierung bestimmter Verhaltensweisen gegenüber dem Verbraucher, der dem Durchschnittsverbraucherleitbild nicht entspricht, nicht ableiten. Denn das Grundgesetz kann lediglich zur Begrenzung der staatlichen Strafgewalt herangezogen werden.¹¹¹³ Liest man den Schutz aller Verbraucher aus der Vielzahl der verfassungsrechtlichen Generalklauseln heraus, sollte man jeden – auch in der traditionellen Lehre vorgenommenen – Versuch, der eine Beschränkung des Betrugsstrafrechts erreichen will, oder jede Entscheidung, in der ein Vermögensschutz beschränkt bzw. abgelehnt wird, als einen Verstoß gegen das GG werten. Auch das vom BGH betonte Schonungsgebot greift hier nicht, weil sich die Ver-

¹¹¹⁰ Scheinfeld, wistra 2008, 167 (171).

¹¹¹¹ Die Aussage, dass auch auf europäischer Ebene nicht uneingeschränkt das idealtypische Verbraucherleitbild maßgeblich und etwa die Sendung eines rechnungsähnlichen Angebotes auch europarechtlich ausdrücklich verboten sei, verkennet zwei ganz entscheidende Punkte: Zwar sieht die Richtlinie 2005/29/EG selbst einen anderen Maßstab zur Bestimmung der Irreführungseignung bei bestimmten Personengruppen vor, jedoch spricht die Richtlinie von einem „Durchschnittsmitglied der angesprochenen Gruppe“. Die Auswirkung der Geschäftspraxis ist daher aus der Sicht eines Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen (Erwägungsgründe 18, 19 der Richtlinie 2005/29/EG; EuGH GRUR 2012, 1269, Rdn. 53 – *Purely Creative; Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rdn. 2.75 ff.; Lindacher, in: GK-UWG, § 5 Rdn. 71 ff.) Auch die Geschäftspraktiken, die auf der sog. schwarzen Liste ausdrücklich als unlauter bewertet sind, können kein Argument gegen die europäische Auslegung sein, weil es hier nicht auf eine Irreführungsgefahr ankommt. Der Verweis auf die schwarze Liste beruht also auf dem Missverständnis der Systematik des UWG, siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc) (3) (c). Die unlautere Handlung und die irreführende geschäftliche Handlung sind zwei verschiedene Fragen, siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) bb). Aufmerksamkeit verdient lediglich das Argument, dass § 263 StGB das Vermögen des *Einzelnen* schützt. Denn § 16 Abs. 1 UWG verlangt – im Gegensatz zu § 263 StGB – eine Irreführungsquote als Voraussetzung. Das bedeutet, dass die Irreführung immer kollektivbezogen sein muss. Aus diesem Grund sollte es tatsächlich unmöglich sein, die durch einen quantitativen Wertungsparameter festzustellende Verkehrsauffassung auf § 263 StGB zu übertragen. Zumindest für die hier favorisierte Auffassung führt diese Problematik allerdings zu keinen großen Schwierigkeiten. Denn nach der hier favorisierten Auffassung ergibt sich die Irreführungsquote nicht aus dem Tatbestandsmerkmal der Irreführung selbst, sondern allein aus der haftungsbeschränkenden Tatbestandsvoraussetzung des § 16 Abs. 1 UWG („Publikumswerbung“) und aus den Schutzzwecküberlegungen, siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) bb). Mit anderen Worten: Zur der Ermittlung der Verkehrsauffassung von Werbebotschaften i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG ist nicht das Verständnis einer bestimmten Anzahl von Verbrauchern, sondern das Verständnis eines Einzelnen ausschlaggebend, was genau der Fall bei § 263 StGB ist.

¹¹¹² Z.B. Roxin, Strafrecht AT I, § 2 Rdn. 92.

¹¹¹³ Swoboda, ZStW 122 (2010), 24 (36).

pflichtung zur Berücksichtigung des europäischen Verbraucherleitbildes nach dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages über die bloße Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung nun unmittelbar aus der Strafrechtskompetenz der EU ergeben kann.¹¹¹⁴ Abgesehen davon ist es nicht erklärbar, warum der BGH sich nicht etwa in BGHSt 52, 227 sondern gerade in der „Routenplaner“-Entscheidung gegen die Europäisierung des § 263 StGB positioniert hat. Denn in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt geht es um die „Abo-Falle“ im Internet, die nach dem Leitbild des Durchschnittsverbrauchers sowieso als irreführend bewertet werden sollte.¹¹¹⁵

Die Frage lautet deshalb nicht ob, sondern inwieweit der Betrugstatbestand anhand einer europäisierten Betrachtungsweise auszulegen ist. Hier ist zwischen dem vollharmonisierten und dem nicht vollharmonisierten Bereich zu unterscheiden:

Soweit eine Vollharmonisierung erfolgt ist, schreibt das Europarecht den nationalen Mitgliedsstaaten vor, welche Handlungen verboten sind. Im Bereich der geschäftlichen Handlungen gegenüber dem Verbraucher wird die Vollharmonisierung durch Richtlinie 2005/29/EG erreicht. Deshalb scheidet eine Strafbarkeit wegen Betruges aus, als sich das beanstandete Verhalten nicht unter den weitesten der als unlauter untersagten Tatbestände subsumieren lässt, und zwar auch dann nicht, wenn es ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen gilt¹¹¹⁶ – unabhängig davon, ob es sich um eine grenzüberschreitende oder rein innerstaatliche Produktvermarktung handelt. Der Vorrang des Unionsrechts zwingt dazu. In diesem Zusammenhang ist auch die teilweise favorisierte Unterscheidung zwischen Publikumswerbung und Individualtäuschung abzulehnen. Denn die Richtlinie 2005/29/EG erfasst nicht nur Publikumswerbung, sondern nach der weiten Definition der Geschäftspraktik sämtliche Verhaltensweisen eines Gewerbetreibenden, so dass auch Individualtäuschungen am Verständnis des Durchschnittsverbrauchers zu messen sind. Durch die Unterscheidung zwischen der Publikumswerbung und der Individualtäuschung würde in der Dogmatik des § 263 StGB eine nicht zu rechtfertigende Sollbruchstelle entstehen, da es nicht darauf ankommen kann, ob es sich um betrugsrelevante Interaktionen im Werbebereich oder einem sonstigen Bereich handelt.¹¹¹⁷

Da die Richtlinie 2005/29/EG eine Vollharmonisierung lediglich im B2C-Bereich erreicht, ist lediglich die Frage klärungsbedürftig, ob eine Zweispurigkeit des betrugsstraf-

¹¹¹⁴ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (2) (b).

¹¹¹⁵ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 3 a); vgl. auch *Krack*, ZIS 2014, 536 (542 f.). Aus diesem Grund soll die Auffassung, wonach der BGH aufgrund der unterlassenen Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoße, zurückgewiesen werden, so aber *Hecker/Müller*, ZWH 2014, 329 (333); *Heger*, HRRS 2014, 467 (472 f.); wie hier *Rönnau/Wegner*, JZ 2014, 1064 (1068).

¹¹¹⁶ EuGH GRUR 2011, 76 (Rdn. 30) – *Mediaprint*.

¹¹¹⁷ *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 697 (712).

rechtlichen Schutzes vermieden werden soll, indem das europäische Verbraucherleitbild auch in den nicht vollharmonisierten B2B- und C2C-Bereichen angewendet wird. Wie bereits gezeigt, wird dies teilweise verneint. Für eine freiwillige unionsfreundliche Auslegung des Betrugstatbestandes auch im nicht vollharmonisierten Bereich spricht aber vieles. Es wäre sehr fragwürdig, mangels einer Vollharmonisierung von der Strafbarkeit einer Werbeaussage auszugehen, wenn sie sich an einen Händler richtet (B2B-Bereich), dagegen wegen der Vollharmonisierung eine Täuschungsqualität derselben Werbeaussage abzulehnen, wenn sie sich an Verbraucher richtet. Dieses Ergebnis ist kaum nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass der Händler möglicherweise ein gegenüber dem Endverbraucher überlegenes Wissen hat und daher in der Regel weniger schutzbedürftig ist. Diese Überlegung soll uneingeschränkt auch für den C2C-Bereich gelten. Sonst könnte ein Privatanbieter bestraft werden, in einem Fall, in dem er nicht als Privatmann, sondern als Unternehmer werben würde, und in dem die Irreführungsqualität abzusprechen wäre.¹¹¹⁸

Insgesamt lässt sich also sagen, zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen, Wertungswidersprüchen, Zufällen und einer Zersplitterung des Betrugstatbestandes sollte die deutsche Betrugsdogmatik vollständig dem europäischen Täuschungsschutz angepasst werden, auch dort, wo es unionsrechtlich nicht zwingend geboten ist.

Der Vorteil dieser Lösung liegt auf der Hand. Durch sie kann man *nicht nur* die nicht hinnehmbaren Wertungswidersprüche zwischen dem Betrugsstrafrecht und dem Wettbewerbsstrafrecht beseitigen, sondern *darüber hinaus* ein einheitliches Bild innerhalb der Betrugsdogmatik schaffen. Denn das Hauptproblem des heutigen Betrugsstrafrechts ist die verwirrende, unübersichtliche und teilweise widersprüchliche Kasuistik. Diese Problematik kann dadurch gekennzeichnet sein, dass die traditionelle Lehre einerseits jegliche Täuschungshandlungen soweit wie möglich unter § 263 StGB subsumieren, andererseits als „Geschäftstüchtigkeit“ eingestufte Vorgehensweisen aber unbedingt von betrugsrelevantem Verhalten abgrenzen will. Die traditionelle Lehre nimmt deshalb auf der Tatbestandsebene zunächst zahlreiche normative Korrekturen vor,¹¹¹⁹ obwohl – so der Standpunkt der herrschenden Lehre – der Wortlaut des § 263 StGB nicht den geringsten Anlass dafür liefert.¹¹²⁰ Von diesen normativen Korrekturen wird aber wiederum abgewichen, um die individuellen Opferschwächen zu berücksichtigen. Da aber gerade in diesem Bereich auf keine generalisierten Anforderungen abgestellt wird, wird auch keine überzeu-

¹¹¹⁸ Zutreffend *Ruhs*, in: FS-Rissing-van Saan, S. 567 (582); etwas vorsichtig, aber im Ergebnis ebenso *Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561 (565): „Zumindest rechtspolitisch ist eine solche Normspaltung aber unbefriedigend“.

¹¹¹⁹ Z.B. die sog. faktisch-normative Betrachtungsweise bei der Bestimmung der Täuschungshandlung.

¹¹²⁰ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) aa) (3).

gende Einschränkung erreicht. Die traditionelle Lehre dreht sich also im Kreis. Insbesondere in diesem Zusammenhang soll dem europäischen Verbraucherleitbild Aufmerksamkeit geschenkt werden. Denn es liefert einen normativen Maßstab, der bei Restriktionsansätzen herangezogen werden kann, um die traditionelle Lehre aus diesem Kreis herauszuführen. Voraussetzung dafür ist aber, den in der vollharmonisierenden Richtlinie 2005/29/EG festgelegten Maßstab in Bezug auf die individuelle Schwäche bzw. die Ausnahmesituation oder die Sensibilität des Opfers auch beim Betrug anzulegen. Ist man sich darüber einig, bemerkt man alsbald, dass die Ergebnisse, an die die herrschende Lehre durch die Anerkennung der „versteckten Berücksichtigung der Opfermitverantwortung“¹¹²¹ kommt, in meisten Fällen den Anforderungen entsprechen, die an einen verständigen Verbraucher zu stellen sind. Denn die traditionelle Lehre vermittelt zwar die Vorstellung, dass die Einordnung betrugsrelevanten Verhaltens ohne Blick auf das Opfer ausschließlich vom Täterverhalten her bestimmt wird, orientiert sich aber bei der Bewertung der Betrugsrelevanz täuschenden Verhaltens im Prinzip an einem durchschnittlich sorgfältig handelnden Opfer.

Diese rollenmäßige, normative Bewertung des Opferverhaltens stellt sich beispielsweise bei der Bejahung einer Aufklärungspflicht im Bereich der Täuschung durch Unterlassen folgendermaßen dar: Die herrschende Lehre vertritt die Auffassung, dass, wer einen Vertrag schließt, sich grundsätzlich selbst darüber zu vergewissern habe, ob dieser für ihn von Vorteil ist oder nicht. Darauf darf der andere Vertragspartner sich einstellen; er darf auch davon ausgehen, dass der andere ihn wesentlichen Umstände fragen wird. Unterlässt der andere solche Fragen, so ist jener nicht zur Aufklärung verpflichtet.¹¹²² Allein aus den einfachen Verträgen ergeben sich daher keine Aufklärungspflichten,¹¹²³ so muss z.B. bei einem Neuwagenkauf auf das unmittelbar bevorstehende Erscheinen eines neuen Modells nicht hingewiesen werden,¹¹²⁴ selbst wenn das Opfer geschäftlich unerfahren ist.¹¹²⁵ Dies gilt selbst für Fälle, in denen der Täter dem Opfer aufgrund seiner Sachkenntnis weit überlegen ist, so z.B. beim Kauf eines Grundstücks oder eines Gebrauchtwagens, wo das Opfer die Möglichkeit hat, den Wissensvorsprung des Täters zu kompensieren, indem es einfache Frage stellt oder in angemessener Zeit sachkundigen Rat einholen kann.¹¹²⁶ Hier wird ein besonderer Aspekt der Opfermitverantwortung angesprochen: Denn durch diese

¹¹²¹ Hierzu siehe nur *Hennings*, Teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes aufgrund von Mitverantwortung des Opfers, S. 88 ff.; *Thomma*, Die Grenzen des Tatsachenbegriffs, S. 256 ff.

¹¹²² Vgl. BayObLG NJW 1994, 1078 (1079) – *Pflichtangaben im Gebrauchtwagenhandel*; i.E. zustimmend *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 263 Rdn. 78 (Fn. 658).

¹¹²³ BGHSt 39, 392 (399) – *Abheben eines zu viel überwiesenen Betruges*.

¹¹²⁴ *Hefendehl*, in: *MüKo-StGB*, § 263 Rdn. 200; *Tiedemann*, in: *LK*, § 263 Rdn. 64.

¹¹²⁵ *Hefendehl*, in: *MüKo-StGB*, § 263 Rdn. 200; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 263 Rdn. 22; *Tiedemann*, in: *LK*, § 263 Rdn. 64.

¹¹²⁶ Vgl. BGH NJW 2000, 3013 (3014) – *Zur Garantenpflicht bei Verkauf eines Grundstücks als Bauland*.

Betrachtungsweise werden diejenigen Opfer nicht geschützt, die sorgfaltswidrig ihre Nachfrageobliegenheiten verletzt haben.¹¹²⁷ Zu dem gleichen Ergebnis, aber auf einem anderen Weg, kommt auch das europäische Irreführungsverbot. Auch dort besteht keine allgemeine Informationspflicht. Der Täter soll aber *ungefragt* den Vertragspartner über alle wesentlichen Merkmale der Waren informieren (§§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1-7, 5a Abs. 1 UWG), wenn deren Offenbarung zur Abgrenzung der hinnehmbaren Übervorteilung von verbotener Irreführung unerlässlich ist. Dass die Vorgehensweisen innerhalb der beiden Rechtsgebiete zu kaum voneinander abweichenden Ergebnissen kommen, zeigt sich gerade hier. Wenn der Täter alle wesentlichen Merkmale offenbart, trifft das Opfer zwar keine Pflicht zur Nachfrage, aber zu einer angemessenen Bearbeitung der angegebenen Informationen. Wenn das Opfer es unterlässt, diese Informationen konkret zu nutzen, ist es für seine Fehlvorstellung selbst zuständig.

Im Bereich der konkludenten Täuschung kommen die herrschende Meinung zu § 263 StGB und das europäische Irreführungsverbot sogar auf gleichem Wege zu dem gleichen Ergebnis. In beiden Rechtsgebieten wird dem Verantwortungsbereich des Opfers das Risiko zugeschrieben, die Sache anderswo billiger zu erwerben, so dass eine diesbezügliche Unkenntnis nicht zu Lasten des Täters geht. In beiden Rechtsgebieten wird ferner die Auffassung vertreten, dass derjenige, der eine Ware zu einem bestimmten Preis anbietet, damit nicht zugleich konkludent dessen Angemessenheit oder Üblichkeit erklärt. In beiden Rechtsgebieten wird als Begründung darauf verwiesen, dass in einem marktwirtschaftlichen System, in dem die Preise durch Angebot und Nachfrage bestimmt werden, jeder Partner eines Vertrages das Risiko der Ausgewogenheit der vereinbarten Vertragsbedingungen selbst trage. Denn prinzipiell dürfe jeder Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr seinen Informationsvorsprung oder seine überlegene Sachkunde zum eigenen Vorteil ausnutzen.¹¹²⁸ Diese grundsätzliche Risikoverteilung gemäß dem rechtlichen Synallagma verschiebt sich zu Lasten des Täters nur dann, wenn die Angemessenheit des Preises oder die angegebenen Eigenschaften des Angebots durch das Opfer nicht überprüft werden können oder die Prüfung wesentlich erschwert ist, also wenn es sich um ein Geschäft handelt, bei dem das Opfer auf Vertrauen angewiesen ist. Ein Blick auf die Fälle, in denen es um die Versteigerung von leeren Verpackungen geht, reicht aus, diese Gemeinsamkeiten in beiden Rechtsgebieten zu bestätigen.

¹¹²⁷ Ebenso *Ellmer*, Betrug und Opfermitverantwortung, S. 111; *Schwarz*, Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug, S. 62.

¹¹²⁸ Siehe nur *Arzt*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 20 Rdn. 7: „Im Wettbewerbsmodell unserer Wirtschaft ist die Ausnutzung eines Informationsvorsprungs grundsätzlich legitim, weil sonst kein Anreiz bestünde, sich Informationen zu verschaffen.“

Die Gemeinsamkeiten sind sogar bei ausdrücklicher Täuschung auffällig. Denn auch die herrschende Meinung zu § 263 StGB versucht, die Fälle der Reklameanpreisungen aus dem Betrugstatbestand auszunehmen. Keine Tatsachenbehauptungen seien beispielsweise die Aussagen „bestes Waschmittel der Welt“ oder „weißer geht es nicht“, weil sie für den durchschnittlichen Teilnehmer am Rechtsverkehr und seine rationale Vermögensverfügung keine Rolle spielen und daher völlig ungefährlich sind.¹¹²⁹ Dieses Ergebnis ist allerdings bei genauer Anwendung nach der gängigen Definition des Tatsachenbegriffs nicht völlig überzeugend und nicht zu erwarten, weil die Aussage mittels verschiedener Qualitätsprüfungen grundsätzlich überprüfbar und deshalb sehr wohl als Tatsachenbehauptung einzustufen wäre. Diese argumentative Begründung bestätigt, dass sich die herrschende Meinung eigentlich nicht an der Beweisbarkeit der Behauptungen orientiert. Sie orientiert sich vielmehr an einer rollenmäßigen Risikoverteilung zwischen Täter und Opfer. Wenn das Opfer nach einem verobjektivierten Empfängerhorizont die mangelnde Ernstlichkeit der Äußerung hätte erkennen müssen, dann bestünde keine Veranlassung, dem Opfer Betrugsschutz zu gewähren. Zu dem Ergebnis, das die herrschende Meinung über das Kriterium der Ernsthaftigkeit erreicht, kommt das europäische Irreführungsverbot über das Merkmal der Verständigkeit des europäischen Verbraucherleitbildes.

(c) Implementierung in den Betrugstatbestand

Es bleibt damit festzuhalten, dass die herkömmliche Lehre zu § 263 StGB entgegen ihrer Ausgangsthese, wonach eine Opfermitverantwortung beim Betrugstatbestand generell nicht zu berücksichtigen sei, die Betrugsrelevanz eines täuschenden Verhaltens wie das europäische Irreführungsverbot im Prinzip normativ beurteilt, am Maßstab eines objektiv und durchschnittlich sorgfältig handelnden Opfers. Sie hat also *unbewusst* genügend Raum für einen Übergang zum europäischen Verbraucherleitbild innerhalb des nationalen Betrugsstrafrechts geschaffen, ohne die bisherige Betrugsdogmatik vollständig aufzugeben. Es sollte daher keine Schwierigkeiten bereiten, das Ergebnis, den deutschen Täuschungsschutzstandard einheitlich dem europäischen anzupassen, in den Betrugstatbestand zu integrieren. Dies sollte durch einige Operationen an den Merkmalen „Täuschung“ und/oder „Irrtum“ durchaus möglich sein. Einer ausführlichen Darstellung bedarf es nicht, da es für die praktische Umsetzung irrelevant ist, an welches Merkmal angeknüpft wird. Dennoch sollte auf einige Punkte hingewiesen werden:

Will man sich auf eine Täuschungshandlung festlegen, sollte man zwischen den verschiedenen Arten der Täuschungsalternativen unterscheiden. Im Bereich der konkludenten Täuschung bereitet die Implementierung des europäischen Verbraucherleitbildes in den

¹¹²⁹ Siehe nur Hoyer, in: SK-StGB, § 263 Rdn. 18; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 14.

Betrugstatbestand keine Probleme, da die bisherige herkömmliche Vorgehensweise lediglich dahingehend modifiziert werden soll, als dass die verobjektivierte Verkehrsauffassung nicht aus der Sicht irgendeines Dritten, sondern aus der des Durchschnittsverbrauchers zu ermitteln ist. Ist ein Verhalten unionsrechtlich erlaubt, liegt in diesem dementsprechend keine konkludente Täuschung. Da die Täuschung durch Unterlassen ebenso wie die konkludente Täuschung von einer wertenden Betrachtung abhängig ist, kann hier nichts anderes gelten. Kann ein Weglassen einer Information unionsrechtlich nicht als irreführend eingestuft werden, liegt auch keine strafrechtliche Garantenstellung in Form einer Aufklärungspflicht vor.

Schwerwiegende Probleme ergeben sich jedoch im Bereich der ausdrücklichen Täuschung. Denn abgesehen von den Fällen bezüglich Werbeanpreisungen geht es bei der ausdrücklichen Täuschung anders als bei der konkludenten Täuschung bzw. der Täuschung durch Unterlassen nicht darum zu ermitteln, ob einem Verhalten überhaupt ein Erklärungswert innewohnt, sondern um die Frage, ob der Täter *expressis verbis* eine unwahre Tatsache behauptet. Aspekte zur Zuordnung der Orientierungsrisiken können daher nicht beachtet werden. Aus diesem Grund vertreten sowohl die traditionelle Lehre zu § 263 StGB als auch das europäische Irreführungsverbot die Auffassung, dass der Täter für die Fehlvorstellung des Opfers immer zuständig ist. Anders aber als es bei § 263 StGB der Fall ist, fragt das europäische Irreführungsverbot zusätzlich, ob die unwahren Angaben geeignet sind, den Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen.¹¹³⁰ Die Tatbestandsrestriktion erfolgt also nicht nur durch das Verbraucherleitbild, sondern darüber hinaus und sogar in erster Linie durch das Merkmal der Irreführungseignung. Eine Korrektur zur Einführung der unionsrechtlichen Vorgaben in den Betrugstatbestand kann also hier nur über die Einführung einer normativen Eignungskomponente erfolgen. Dieses Merkmal ist aber dem deutschen Strafrecht in Bezug auf den Betrugstatbestand fremd. Der Betrugstatbestand würde also eine Einschränkung durch ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal erfahren. Zwar kommt man so zu dem (gewünschten) Ergebnis, nämlich den deutschen Täuschungsschutzstandard einheitlich dem europäischen anzupassen, jedoch liegt die Gefahr woanders. Das Eignungselement hat nicht nur eine tatbestandsbegrenzende, sondern auch eine tatbestandsausweitende Wirkung. Entscheidet man sich für eine vollständige Anpassung beim Merkmal der Täuschung – als dem am besten geeigneten Bereich –, sollte man zwangsläufig eine Umfunktionierung des § 263 StGB in ein abstraktes Gefährdungsdelikt – zumindest – im Bereich der ausdrücklichen Täuschung

¹¹³⁰ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 d).

hinnehmen. Es ist aber offensichtlich, dass dieses Ergebnis mit dem Charakteristikum des § 263 StGB als Verletzungsdelikt kaum im Einklang steht.

Will man das Merkmal der Täuschung nicht demontieren, bleibt wohl nicht viel anderes übrig, als den Einfluss des Unionsrechts auf den Betrugstatbestand am Merkmal des Irrtums Rechnung zuzulassen. Einer völlig neuen Interpretation des Irrtums bedarf es nicht. Lediglich der Standpunkt der traditionellen Lehre, wonach jedes Hervorrufen einer faktischen Fehlvorstellung bei einem anderen als „Irrtum“ zu werten sei, weil die Feststellung eines Irrtums als eine Tatfrage¹¹³¹ anzusehen sei¹¹³² und es daher bei der Bestimmung seines Vorliegens nicht darauf ankomme, wovon das Opfer hätte ausgehen müssen, sondern wovon er tatsächlich ausgegangen ist,¹¹³³ sollte umformuliert werden. Denn eine Ebene tiefer werden im Prüfungsaufbau bei der Annahme einer Täuschung zwar (auch) die faktischen Gesichtspunkte berücksichtigt,¹¹³⁴ allerdings ist die Bestimmung der Irreführungseignung einer Aussage anhand des Leitbildes eines Durchschnittsverbrauchers sehr stark von normativen Erwägungen überlagert.¹¹³⁵ Ein Irrtum ist deshalb nur dann anzunehmen, wenn der Richter davon ausgehen kann, dass aufgrund der normativ festzustellenden Täuschungshandlung einem Durchschnittsopfer im Sinne des § 263 StGB ein Irrtum erregt wird. Jede sonstige faktische Fehlvorstellung, die sich bei einem dem europäischen Verbraucherleitbild nicht entsprechenden Opfer eingestellt haben mag, muss als rechtlich irrelevant vom Irrtumsbegriff ausgeschlossen werden.

Durch diese Lösung erreicht man ein einheitliches Bild im gesamten Täuschungsschutzstrafrecht, insbesondere wenn man sich das Verhältnis von § 16 Abs. 1 UWG als abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Betruges zu § 263 StGB vor Augen hält. Angaben, die geeignet sind, einen *einzelnen* Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen, sind nach § 5 UWG verboten. Erreicht die von den Angaben ausgehende Täuschungsgefahr auch in quantitativer Hinsicht die von § 16 Abs. 1 UWG geforderte Intensität, tritt man in den Bereich des Wettbewerbsstrafrechts. Denn § 16 Abs. 1 UWG setzt eine Irreführungsquote voraus. Wird einem Durchschnittsverbraucher aufgrund der zur Täuschung geeig-

¹¹³¹ Vgl. BGH NSTZ 2013, 422 (Rdn. 16) – *Umfang der Beweisaufnahme bei Serienbetrug*, wo das Gericht auf die praktischen Schwierigkeiten bei der Feststellung des Irrtums als Tatfrage hinweist, siehe auch BGH NJW 2014, 2054 (Rdn. 19) – *Betrugsstrafbarkeit von „Ping-Anrufen“*; BGH NSTZ 2014, 215 (Rdn. 9) – *Nachweis einer täuschungsbedingten Fehlvorstellung beim Betrug*; BGH NSTZ 2014, 459 (Rdn. 17) – *Serienbetrug im Lastschriftverfahren*; BGH BeckRS 2014, 23462 (Rdn. 18, 19, 22) – *Call-Center*.

¹¹³² BGHSt 57, 95 (Rdn. 68) – *Abrechnungsbetrug eines privatliquidierenden Arztes*; BGH NSTZ 2007, 213 (Rdn. 14) – *Abrechnungsbetrug durch Kassenärzte*; Gaede, in: *AnwaltK-StGB*, § 263 Rdn. 52; Hoyer, in: *SK-StGB*, § 263 Rdn. 76; *Lackner/Kühl*, StGB, § 263 Rdn. 19; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 263 Rdn. 33; *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 263 Rdn. 97; anhand der Täuschung BGHSt 3, 69 (70 ff.) – *Hingabe eines ungedeckten Schecks als Betrug*; Gaede, in: *AnwaltK-StGB*, § 263 Rdn. 28.

¹¹³³ BGH GRUR 2014, 886 (Rdn. 30) – *Routenplaner*.

¹¹³⁴ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) aa).

¹¹³⁵ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 C II 2 b).

neten Angaben darüber hinaus ein *tatsächlicher* (eingetretener) Irrtum erregt, der zur Vermögensverfügung bzw. zum Vermögensschaden führt, verlässt man den im Vorfeld des Betruges vom Gefährdungsdelikt geschützten Bereich. In diesem Bereich kommt § 263 StGB als Verletzungsdelikt in Betracht.

IV. Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen

Der subjektive Tatbestand des § 16 Abs. 1 UWG ist in die durch § 15 StGB vorgegebene Anforderung des Vorsatzes¹¹³⁶ und eine überschießende Innentendenz aufgeteilt, welche die Absicht des Täters verlangt, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Vorausgesetzt ist ein zielgerichtetes Vorgehen des Täters und damit *dolus directus* 1. Grades.¹¹³⁷

In der Praxis kommt dem Absichtsmerkmal allerdings bis heute kaum eine tatbestandsbestimmende Funktion zu, da nahezu jede irreführende Angabe in der Absicht erfolgt, die tatsächliche oder vermeintlich besondere Günstigkeit des umworbenen Produkts herauszustellen. Dementsprechend definiert die ständige Rechtsprechung dieses Merkmal folgendermaßen: „Absicht ist der Beweggrund des Handelnden, durch das Mittel der unwahren Angaben die Vorteile des Angebots in den Augen des Publikums besonders in Erscheinung treten zu lassen.“¹¹³⁸ Folgt man dieser Definition, kann sich die Absicht des Täters schon aus seinem bedingten Wissen, dass seine Angabe auf ein besonders günstiges Angebot schließen lasse, ergeben, weil der Täter in diesem Fall die Verwirklichung seines mit der Tat erstrebten Erfolges nur für möglich hält. In der Praxis genügt daher ein eventualvorsätzliches Verhalten, die Innentendenz zu bejahen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass sich auch die herrschende Meinung im Schrifttum dieser richterlichen Formel anschließt, darin aber keinen Widerspruch mit dem Erfordernis von *dolus directus* sehen will.¹¹³⁹ Der Standpunkt der herrschenden Lehre, wonach der Vorteil nicht unbedingt wirtschaftlicher Art sein und mit dem Preis zusammenhängen muss, ist daher nicht überraschend. Günstig ist nicht nur etwas, was materiell vorteilhaft erscheint, sondern auch dasjenige, was die geistigen und ideellen Bedürfnisse des Abnehmers zu

¹¹³⁶ Hier gelangen die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze zur Anwendung. Der Vorsatz muss alle Merkmale der äußeren Tatseite umfassen. Als Vorsatzart bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale genügt *dolus eventualis*, siehe nur *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 59.

¹¹³⁷ Siehe nur *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 60.

¹¹³⁸ Ständige Rechtsprechung seit RGSt 35, 235 (236); RGSt 38, 369 (372); RGSt 39, 169 (171); RGSt 47, 280 (281); RGSt 47, 417 (422); RGSt 48, 40 (42); RGSt 63, 120 (120 f.); zustimmend *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 101; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 95.

¹¹³⁹ Als beispielhaft siehe nur *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG (2009), § 16 Rdn. 102; *Wolters*, in: GK-UWG, § 16 Rdn. 36.

befriedigen verspricht.¹¹⁴⁰ Der Anschein besonderer Günstigkeit muss sich daher nicht nur auf die Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung, die Warenherkunft, ihre Verfügbarkeit, die Qualifikation des Anbieters einer Dienstleistung oder Ware etc. beziehen. Vielmehr ist es ausreichend, wenn ein Verkäufer von Seifen unrichtigerweise angibt, diese seien von Blinden hergestellt worden, auch wenn die Ware objektiv mit Angeboten kommerzieller Hersteller gleichwertig ist.¹¹⁴¹ Der vom Werbenden beabsichtigte Schein der besonderen Günstigkeit muss ferner nicht falsch sein. Es genügt zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes der Norm, dass ein möglicherweise vorhandener Vorteil durch die betreffende zur Irreführung geeignete Angaben in den Augen des Publikums besonders hervorgehoben werden soll.¹¹⁴² Nach Auffassung des BGH reicht, um das Tatbestandsmerkmal zu bejahen, ferner ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Werbung und beworbener Ware aus. Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen beidem wird nicht vorausgesetzt.¹¹⁴³

Dass das Tatbestandsmerkmal der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, einer Reform bedürftig ist, ist aus diesen Gründen in der Literatur unbestritten. *Lampe* hat schon 1976 gegen dieses Merkmal gesprochen, mit der Begründung, dass dieses Merkmal in der zivilrechtlichen Rechtsprechung erhebliche Schwierigkeiten bereitet habe und deshalb schon 1969 aus dem Tatbestand des § 3 UWG a.F. gestrichen worden sei. Diese Erfahrung müsse auch für ein künftiges Wettbewerbsstrafrecht wegweisend sein. Darüber hinaus dürfe nicht außer Acht bleiben, dass die strafrechtliche Rechtsprechung diesem Merkmal keine sinnvolle Einschränkung des Tatbestandes der strafbaren Werbung zu entnehmen vermochte.¹¹⁴⁴ Auch die Literaturstimmen aus neuerer Zeit sprechen sich gegen die Beibehaltung dieses Merkmals aus, mit der Begründung, dass dem Absichtsmerkmal kaum eine tatbestandsbestimmende Funktion zukomme. Schon aus diesem Grund könne es gestrichen werden.¹¹⁴⁵

Doch es gibt einige Fallgruppen, in denen die Rechtsprechung das Vorliegen eines besonders günstigen Angebots verneint. Interessanterweise spricht sich auch diese Fallgruppe für die ersatzlose Streichung des Merkmals aus. So wurde etwa die Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorgerufen zu haben, in der Rechtsprechung dann

¹¹⁴⁰ Siehe nur *Brammsen*, in: MüKo-UWG, § 16 Rdn. 62; *Hammer*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 16 UWG Rdn. 100; *Rengier*, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 96.

¹¹⁴¹ BGHSt 4, 44 (45 f.) – *Blindenware*.

¹¹⁴² Vgl. BayObLG GRUR 1972, 659 (660) – *Weingut*; BayObLG NStZ 1989, 235 (236) – *Fotomodell*.

¹¹⁴³ BGHSt 52, 227 (Rdn. 52, 56) – *Strafbare Werbung im Versandhandel*.

¹¹⁴⁴ *Lampe*, in: FS-Lange, S. 455 (473).

¹¹⁴⁵ *Göbel*, Die strafrechtliche Bekämpfung der unseriösen Geschäftstätigkeit, S. 307 f.; *Kilian*, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 171 ff.; *Kugler*, Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, S. 178 ff.; *Ruhs*, Strafbare Werbung, S. 212; *Schwarz*, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 177.

verneint, wenn der Täter bei einem branchenüblichen Angebot allein darüber irreführt, zur Erbringung der angebotenen Leistung bereit und in der Lage zu sein, während er sie in Wahrheit überhaupt nicht oder in einer der Nichtleistung gleichzusetzenden Weise erbringen will. Die Täuschung über die Leistungsbereitschaft und/oder Leistungsfähigkeit beziehe sich allein auf die Vertragstreue, sodass gegebenenfalls auf § 263 StGB zurückzugreifen sei.¹¹⁴⁶ Demgemäß kann die besonders im Adressbuch- und Registerschwindel verbreitete Erscheinungsform unseriöser Geschäftstätigkeit nicht nach § 16 Abs. 1 UWG sanktioniert werden.¹¹⁴⁷ Zwar waren derartige Geschäftspraktiken – zumindest in bisherigen Fallgestaltungen – wenig brauchbar, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen.¹¹⁴⁸ Es ist aber nicht nachvollziehbar, sie von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG auszuschließen, selbst wenn sie doch geeignet sind, eine Fehlvorstellung hervorzurufen.

Ebenso wenig nachvollziehbar ist es, die aus der Praxis bei Online-Auktionen entstammenden Fälle auszuschließen, in denen der Anbieter mithilfe eines Fake-Accounts eine Nachfrage simuliert, um dadurch einen höheren Preis zu erzielen (Shill-Bidding), in denen er den Verbraucher über ihm zustehende Rechte (etwa das Widerrufsrecht) fehlerhaft belehrt, oder in denen er den Bieter über seine Leistungsbereitschaft und/oder Leistungsfähigkeit täuscht (Feedback-Manipulation), da es an der Entäußerung eines besonders günstigen Angebots fehlt.

V. Zwischenfazit/Gesetzesvorschlag

Die bisherigen Untersuchungen haben die Annahme bestätigt, dass der tatsächliche Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG weit hinter dem potentiellen Anwendungsbereich zurückbleibt. Die strafbare Werbung ist einer Reform bedürftig. Das steht zu Recht außer Streit. Jedoch kommt es dann noch darauf an, wie diese Änderungen aussehen sollen. In fast allen Dissertationen, die sich auf § 16 Abs. 1 UWG beziehen, findet man Vorschläge für eine Neufassung der Vorschrift, die sowohl in der Begründung als auch in der Formulierung weit auseinander gehen.¹¹⁴⁹

Dieser Tradition folgt auch diese Arbeit. Die Beispiele aus den Online-Auktionen zeigen, dass die Vorschrift in drei Punkten einer Änderung bedarf:

¹¹⁴⁶ BGHSt 27, 293 (295) – *Branchen- und Telexverzeichnisse*.

¹¹⁴⁷ Z.B. BGHSt 47, 1 – *Insertionsoffertenbetrug*.

¹¹⁴⁸ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc) (3) (a).

¹¹⁴⁹ Z.B. Göbel, Die strafrechtliche Bekämpfung der unseriösen Geschäftstätigkeit, S. 295; Gribkowsky, Strafbare Werbung, S. 118; Kilian, Strafbare Werbung (§ 16 UWG), S. 179; Puchinger, Irreführung durch Informationspflichtverletzung, S. 249; Ruhs, Strafbare Werbung, S. 213; Schwarz, Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, S. 181.

(1) Die zeitliche Beschränkung des Tatbestandsmerkmals „Irreführung“ ist aufzugeben. Die tatbestandsmäßige „Irreführung“ ist auch auf nachvertragliche irreführende geschäftliche Handlungen zu erweitern, um vor allem die unterbliebene, falsche oder unzureichende Belehrung über das Widerrufsrecht in den Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG mit einbeziehen zu können. Nicht nur spricht die Tatsache, dass das Widerrufsrecht den Kern des Verbraucherschutzes bildet, sondern darüber hinaus sprechen auch die europarechtlichen Verpflichtungen aus Richtlinie 2005/29/EG dafür.

(2) Das Tatbestandsmerkmal „Unwahrheit“ soll ersatzlos gestrichen werden. In einem Zeitalter, in dem man auf einen Durchschnittsverbraucher abstellt, stellt dieses Merkmal lediglich einen Störfaktor dar.

(3) Ebenso ist die Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, ersatzlos zu streichen. Sie hat in vielen Fällen kaum eine tatbestandsbegrenzende Funktion. Wenn sie doch eine solche Funktion hat, so verhindert sie, dass eine irreführende Handlung tatbestandsmäßig ist, obwohl an ihrer Strafbarkeit kein Zweifel besteht.

Eine Neufassung der Formulierung des § 16 Abs. 1 UWG könnte folgendermaßen lauten: „Wer in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, irreführende Angaben vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“.

TEIL 3:

TÄTERSCHAFT UND TEILNAHME

Im zweiten Teil der Arbeit wurden die Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 1 UWG de lege lata näher betrachtet und es wurde die Frage beantwortet, welche Änderungen de lege ferenda vorgenommen werden sollen, um einen besseren Verbraucherschutz im Vorfeld des Betruges zu schaffen. Eine Frage bleibt aber offen. Wer ist für strafbare irreführende Angaben verantwortlich? Die Antwort darauf ist der Untersuchungsgegenstand des dritten Teils. Die Untersuchung beginnt zunächst mit einem kurzen Überblick über das Haftungssystem des Telemediengesetzes, weil es durch seine in den §§ 7 bis 10 enthaltenen Regelungen auch die strafrechtliche¹¹⁵⁰ Verantwortlichkeit von Diensteanbietern (Providern) für fast sämtliche ihrer Tätigkeiten im Internet¹¹⁵¹ regelt (A). Sodann wird die strafrechtliche Verantwortung von Anbietern (B) und von Onlineauktionshäusern (C) besprochen.

¹¹⁵⁰ Siehe nur KG GRUR 2015, 101 (Rdn. 14) – *Haftungsprivileg des Diensteanbieters auch im Strafrecht*; Sieber/Höfner, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 1.

¹¹⁵¹ Nur die strafrechtliche Beurteilung der Verantwortlichkeit für fremde Informationen, auf die der Diensteanbieter mit Hyperlink verweist, und die Strafbarkeit von Suchmaschinen, richten sich ausschließlich nach den allgemeinen nationalen Vorschriften, hierzu ausführlich Busse-Muskala, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Informationsvermittler im Netz, S. 42 ff.

A. DAS VERANTWORTLICHKEITSREGIME DES TELEMEDIENGESETZES

I. Normgenese

Das Telemediengesetz (TMG) ist am 01.03.2007 als Art. 1 des Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetzes (ElGVG)¹¹⁵² in Kraft getreten. Das ElGVG ändert unter anderem das Teledienstegesetz (TDG). Letzteres war ursprünglich am 01.08.1997 als Art. 1 des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG)¹¹⁵³ in Kraft getreten, welches in § 5 eine die Verantwortlichkeit der Internetdiensteanbieter einschränkende Regelung enthielt (§ 5 TDG 1997). Im Rahmen der Umsetzung¹¹⁵⁴ der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)¹¹⁵⁵ wurde die Regelung des § 5 TDG 1997 zur Verantwortlichkeit der Diensteanbieter durch die Vorschriften der §§ 8 bis 11 TDG 2001 ersetzt, welche weitgehend den Art. 12-15 ECRL entsprechen. Mit dem TMG wurden die Vorschriften zur Verantwortlichkeit der Diensteanbieter wortgleich aus den §§ 8-11 TDG 2001 übernommen und in den §§ 7-10 TMG normiert. Daher kann man zur Auslegung der §§ 7-10 TMG uneingeschränkt die Gesetzesmaterialien sowie die zum TDG 2001 ergangene Rechtsprechung und Literatur heranziehen.

II. Verantwortlichkeitseinschränkende Zielsetzung

Die Vorschriften des TMG verfolgen in Übereinstimmung mit der ECRL das Ziel, die Verantwortlichkeit von Internetdiensteanbietern einzuschränken. Die §§ 7-10 TMG begründen oder erweitern daher keine Verantwortlichkeit. Sie stellen keine Anspruchs- oder Ermächtigungsgrundlagen oder Straftatbestände auf. Sie beschränken sich lediglich auf die Begrenzung der Verantwortlichkeit.¹¹⁵⁶ Die Strafbarkeit eines Diensteanbieters erfordert daher zweierlei: Das Verhalten darf nicht unter eine Verantwortlichkeitsbegrenzung der §§ 7-10 TMG fallen und es muss einen Straftatbestand erfüllen. Mit anderen Worten:

¹¹⁵² Gesetz vom 26.2.2007, BGBl. I vom 28.2.2007, S. 179.

¹¹⁵³ Gesetz vom 22.7.1997, BGBl. I vom 28.7.1997, S. 1870.

¹¹⁵⁴ Gesetz vom 14.12.2001, BGBl. I vom 20.12.2001, S. 3721.

¹¹⁵⁵ Richtlinie 2001/31/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, ABl. EG vom 17.7.2000, Nr. L 178, S. 1.

¹¹⁵⁶ BT-Drucks. 14/6098, S. 23; BGH GRUR 2007, 724 (Rdn. 6) – *Meinungsforum*.

Die Bestimmungen des TMG normieren über die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern und unter ihrer Einhaltung einen gänzlichen Ausschluss der Haftung. Beachtet der jeweilige Provider die für seine Funktion einschlägige Norm, führt dies zum Ausschluss seiner prinzipiell bestehenden Verantwortlichkeit. Die Nicht-Einhaltung dieser Bestimmungen lässt aber keinen Umkehrschluss auf die Strafbarkeit der Provider zu. Liegen die Voraussetzungen des Haftungsprivilegs nicht vor, müssen zur strafrechtlichen Heranziehung des Diensteanbieters die in Betracht kommenden Tatbestände gesondert geprüft und bejaht werden.

III. Dogmatische Einordnung der Verantwortlichkeitsbegrenzungen

Es besteht zwar Einigkeit darüber, dass die §§ 7-10 TMG keinerlei verantwortlichkeitsbegründenden Charakter haben, wie die Regelungen in §§ 7-10 TMG allerdings dogmatisch einzuordnen sind, ist bis heute nicht eindeutig geklärt. Betrachtet man die in der Literatur vertretenen Auffassungen, lassen sich zwei Grundpositionen ausmachen. Auf der einen Seite stehen zweistufige und auf der anderen Seite einstufige Modelle.

Nach den *zweistufigen* Modellen soll die Prüfung eines Tatbestandes in zwei selbstständigen Prüfungsschritten erfolgen, da sich die Wirkungsweise der §§ 7-10 TMG „untechnisch mit der eines Filters vergleichen“¹¹⁵⁷ lasse. Zunächst müsse der betreffende Sachverhalt unter die Haftungsbeschränkung des TMG subsumiert werden. Nur für den Fall, dass hiernach eine Haftung des Diensteanbieters nicht entfalle, der „Vorfilter“ mithin passiert werde, könne eine Prüfung der haftungsbegründenden Tatbestände erfolgen.¹¹⁵⁸ Andere plädieren für eine Einordnung als „Nachfilter“. Seien die Voraussetzungen der haftungsbegründenden Tatbestände erfüllt, sei der Diensteanbieter auch dann nicht verantwortlich, wenn er sich auf das Eingreifen der §§ 7-10 TMG berufen könne.¹¹⁵⁹

Die Vertreter der *einstufigen* Modelle wollen dagegen die Tatbestandsmerkmale der Haftungsprivilegierungen direkt in den Aufbau und die Tatbestandsmerkmale der Haftungsnorm eingliedern und hierdurch die Tatbestände unmittelbar ergänzen.¹¹⁶⁰ Es werden hierbei sehr unterschiedliche Lösungsmodelle befürwortet. Eine exakte Klassifizierung ist

¹¹⁵⁷ BT-Drucks. 14/6098, S. 23.

¹¹⁵⁸ BGH NJW 2003, 3764 (3764 f.) – *Haftung des Internetproviders für Inhalt von Internetseiten*; Altenhain, in: MüKo-StGB, Vor §§ 7 ff. TMG Rdn. 7 ff.; Kreuzer, GRUR 2001, 307 (308 Fn. 13); Park, GA 2001, 23 (29); Pelz, wistra 1999, 53 (58); Roggenkamp/Stadler, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 10 Rdn. 11, 72; Schmitz/Laun, MMR 2005, 208 (210); Schneider, GRUR 2000, 969 (971); Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, K&R 2001, Beilage 1 zu Heft 12, 1 (27).

¹¹⁵⁹ Bornkamm/Seichter, CR 2005, 747 (749); Wiebe, WRP 2012, 1182 (1186).

¹¹⁶⁰ Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rdn. 72; Haft/Eisele, in: Wiebe, Regulierung in Datenetzen, S. 53 (61 ff., 73); Haft/Eisele, JuS 2001, 112 (117 f.); Hilgendorf, NStZ 2000, 518 (518 f.); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rdn. 192; Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rdn. 7a; Liebau, Jura 2006, 520 (522); Satzger, CR 2001, 109 (111); Satzger, in: Heermann/Ohly, Verantwortlichkeit im Netz, S. 161 (166); siehe auch Gercke/Brunst, Internetstrafrecht, Rdn. 580 f.

deshalb nicht möglich, allerdings können auffällige Lösungsmodelle folgendermaßen kurz zitiert werden: Diskutiert wird vor allem eine Einordnung der Haftungsregelungen des TMG auf der Tatbestandsebene im Sinne des Zurechnungszusammenhangs.¹¹⁶¹ In der strafrechtlichen Literatur wurde vorgeschlagen, das Haftungsprivileg auf der Ebene der Schuld¹¹⁶² oder der Rechtfertigungs-¹¹⁶³ oder Strafausschließungsgründe¹¹⁶⁴ zu verorten oder es als eine gesetzliche Definition der qualitativen Anforderungen an eine Täterschaft bei Internetdelikten zu verstehen.¹¹⁶⁵

Zunächst ist festzustellen, dass dieser Streit keinesfalls rein akademischer Natur ist, sondern Auswirkungen auf die Frage nach der Teilnehmerhaftung und der Behandlung von Irrtümern des Diensteanbieters hat.¹¹⁶⁶ Eine Stellungnahme ist daher erforderlich:

Die §§ 7-10 TMG verfolgen einen generellen horizontalen Ansatz. Sie beschränken sich nicht auf ein einzelnes Rechtsgebiet. Die Haftungsprivilegien des TMG erheben also den Anspruch, als eigenständige Normen rechtsübergreifende Wirkung zu entfalten.¹¹⁶⁷ Diesem Querschnittscharakter der Regelungen ist bei der dogmatischen Einordnung Rechnung zu tragen. Das Verlangen einer Prüfung innerhalb des Tatbestandes als eigener Prüfungspunkt hat aber zur Folge, dass eine rechtsgebietsbezogene Differenzierung vorgenommen werden muss. Das wird aber dem Charakter horizontaler Regelungen nicht gerecht. Aus diesem Grund vermögen bereits all diejenigen dogmatischen Lösungsmodelle, die eine Integration der §§ 7-10 TMG in die Haftungsnorm befürworten, nicht zu überzeugen, weil sie sich nicht auf jedes Rechtsgebiet übertragen lassen. Unter diesem Gesichtspunkt bleiben lediglich das Vor- und das Nachfiltermodell übrig, wobei auch das letztere im Ergebnis abzulehnen ist. Denn es schafft die Möglichkeit, dass ein Teilnehmer wegen einer Beteiligung an der Haupttat des Diensteanbieters in Anspruch genommen werden bzw. er sich strafbar machen kann, obwohl der Diensteanbieter selbst aufgrund des Haftungsprivilegs für diese Haupttat nicht verantwortlich ist. Das kann nur durch die

¹¹⁶¹ Vgl. Hörnle, NJW 2002, 1008 (1011); Paul, Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internet Providern aus strafrechtlicher Sicht, S. 106 ff., 121; v. Samson-Himmelstjerna, Haftung von Internet-auktionshäusern, Rdn. 80 ff., 91; Schapiro, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen, S. 324 ff.; Sobola/Kohl, CR 2005, 443 (445); vgl. auch die „tatbestandsintegrierte“ bzw. „verhaltensnormintegrierte Vorfilter-Lösung“ von Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 246 f.; Sieber/Höfner, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 25 f.

¹¹⁶² LG München NJW 2000, 1051 (1052) – *Straflosigkeit der reinen Zugangsvermittlung „harter“ Pornografie im Internet*.

¹¹⁶³ Walter, in: LK, Vor §§ 13 ff. Rdn. 151.

¹¹⁶⁴ Heghmanns, ZUM 2000, 463 (465); Heghmanns, JA 2001, 71 (78).

¹¹⁶⁵ „Teledienstinhaltsdelikt“: Vassilaki, MMR 1998, 630 (631 ff.); Vassilaki, MMR 2002, 659 (660), abweichend Vassilaki, NSTZ 1998, 521 (521).

¹¹⁶⁶ Siehe nur Dannecker, in: Hohl/Leible/Sosnitza, Vernetztes Recht, S. 129 (156); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rdn. 187 f.

¹¹⁶⁷ Vgl. nur Altenhain, in: MüKo-StGB, Vor §§ 7 ff. TMG Rdn. 2; Hoffmann, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Vor §§ 7 ff. TMG Rdn. 15.

Vorfilterlösung verhindert werden, weil sich derjenige, der an einem privilegierten Verhalten eines Diensteanbieters teilnimmt, nicht strafbar macht, da es bereits an einer Haupttat fehlt. Gegen die Vorfilterlösung spricht lediglich der Umstand, dass sie zu dogmatischen Schwierigkeiten bei der Behandlung von Irrtümern des Diensteanbieters über die objektiven haftungsprivilegierenden Merkmale der §§ 7-10 TMG führt, weil durch die Einordnung derselben als „Vorfilter“ auf die herkömmliche Irrtumsdogmatik nicht zurückgegriffen werden kann. Demzufolge ist der Diensteanbieter z.B. auch dann nicht privilegiert, wenn er über die Existenz oder Reichweite der Haftungsprivilegierung irrt. Diese Tatsache genügt aber nicht, die Vorfilterlösung abzulehnen, weil dieser Irrtum im herkömmlichen Sinne lediglich als Verbotsirrtum zu qualifizieren ist, der nur im Falle der Unvermeidbarkeit zur Straflosigkeit führt (§ 17 StGB). Allerdings sind die Anforderungen dafür – wie bekannt – sehr hoch,¹¹⁶⁸ insbesondere wenn es sich um die Tätigkeiten professioneller Akteure, wie dem Auktionshaus selbst oder dem unternehmerischen Anbieter, geht.¹¹⁶⁹

IV. Anwendbarkeit der Vorschriften des TMG auf Online-Auktionen

Daran, dass das Auktionshaus und der Anbieter in persönlicher und sachlicher Hinsicht tatsächlich dem Anwendungsbereich des TMG unterliegen, sollte kein Zweifel bestehen. In persönlicher Hinsicht setzen die §§ 7-10 TMG voraus, dass es sich beim Auktionshaus und beim Anbieter um Diensteanbieter handelt. Der Begriff des Diensteanbieters wird in § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG legal definiert. Hiernach ist „jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt“ Diensteanbieter. Maßgebend ist demnach, ob Online-Auktionen als Telemedien einzustufen sind. Das richtet sich nach § 1 Abs. 1 TMG. Nach der darin enthaltenen Negativabgrenzung sind Telemedien kurz gefasst „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste“. Erfasst werden also sämtliche Tätigkeiten, die elektronisch in Form von Bild-, Text- oder Toninhalten zur Verfügung gestellt werden. Der Gesetzgeber versteht demzufolge unter dem Begriff „Telemedien“ sämtliche Abrufdienste, beispielsweise Online-Angebote von Waren mit Bestellmöglichkeit.¹¹⁷⁰ Bei Online-Auktionen handelt es sich folglich um Telemedien.¹¹⁷¹ Sowohl das Auktionshaus als auch der Anbieter sind daher Diensteanbieter. Auch in sachlicher Hinsicht fallen die beiden

¹¹⁶⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind hier strengere Anforderungen zu stellen als bei der Tatfahrlässigkeit, siehe nur BGHSt 21, 18 (20) – *Verschuldeter Verbotsirrtum bei Kartellordnungswidrigkeiten*.

¹¹⁶⁹ Der hier besprochene Irrtum ist nicht mit der Frage, ob auch ein Rechtsirrtum den Provider entlasten soll, wenn er eine ihm bekannte Information juristisch nicht richtig bewertet, zu verwechseln, siehe Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 b).

¹¹⁷⁰ BT-Drucks. 16/3078, S. 13.

¹¹⁷¹ Unstrittig: Staudinger, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 465.

Akteure unter das TMG. Zwar besteht der Gegenstand der Haftungsbeschränkungen der §§ 7-10 TMG in der Verantwortlichkeit der Dienstanbieter für „Informationen“, die sprachlich schwer als Tätigkeit betrachtet werden können. Allerdings erklärte die Kommission in ihrer Entwurfsbegründung der ECRL, dass der Ausdruck „Information“ im weiteren Sinne zu verstehen sei und sich die Haftungsbeschränkungen auf alle „unerlaubten Netz-Aktivitäten“, wie beispielsweise „unlautere Wettbewerbspraktiken“ sowie „irreführende Werbung“ beziehen sollen.¹¹⁷²

V. Systematik der §§ 7-10 TMG: Anbieter als „Content-Provider“ – Auktionshaus als „Host-Provider“

Ist somit das TMG auf Online-Auktionen anwendbar, stellt sich anschließend die Frage, welcher Privilegierungstatbestand in Betracht kommt. Das abgestufte System der Haftung des TMG ist tätigkeitsbezogen.¹¹⁷³ Der Grundsatz lautet deshalb: „Je größer die Nähe des Providers zu der eingestellten Information ist, desto weiter geht die Haftung“. Dementsprechend unterscheidet das TMG zwischen vier Arten von Tätigkeiten: (1) Bereithalten der eigenen Information (Content-Provider, § 7 Abs. 1 TMG); (2) reine Durchleitung von Informationen (Access-Provider, § 8 TMG); (3) Zwischenspeicherung zur beschleunigten Übermittlung von Informationen (Caching, § 9 TMG); (4) Speicherung von fremden Informationen (Host-Provider, § 10 TMG).

Nach dieser Unterscheidung ist es offensichtlich, dass im System des TMG der Anbieter als Content-Provider zu behandeln ist. Das Auktionshaus ist dagegen als Host-Provider zu qualifizieren, weil es lediglich Speicherplatz auf ihren Servern für fremde Inhalte bereitstellt.¹¹⁷⁴

VI. Das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht

Abschließend ist der Kern des gesamten Haftungssystems des TMG zu besprechen, welcher als das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht bezeichnet wird. § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG setzt Art. 15 ECRL um, der den Mitgliedstaaten untersagt, Diensteanbietern hinsichtlich fremder Informationen *allgemeine* Überwachungs- und Nachforschungspflichten aufzuerlegen. Daran anschließend bestimmt § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG, dass Diensteanbieter im Sinne der §§ 8-10 TMG nicht verpflichtet sind, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen nach Umständen zu erforschen, die auf eine rechtsverletzende Tätigkeit hinweisen. Demzufolge muss das Auktionshaus als Host-

¹¹⁷² Begr. KOM (1998) 586 endg., S. 30.

¹¹⁷³ Vgl. Begr. KOM (1998) 586 endg., S. 30; BT-Drucks. 14/6098, S. 22.

¹¹⁷⁴ BGH GRUR 2004, 860 (862) – *Internet-Versteigerung I*.

Provider die von ihm gespeicherten Fremdinhalte nicht *pro-aktiv*, also anlassunabhängig, überprüfen.

Nicht ausgeschlossen sind aber die sog. *spezifischen* Überwachungspflichten, die anlassbezogen sind, denn sonst wäre die gegebene Beschränkung auf „*allgemeine*“ Überwachungspflichten überflüssig. Die ausgeschlossenen „*allgemeinen*“ Überwachungspflichten im Sinne des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG sind daher streng zu unterscheiden von den Prüfpflichten hinsichtlich eines konkreten Inhalts.¹¹⁷⁵

Auslöser derartiger spezifischer Überwachungspflichten kann zunächst ein entsprechender Hinweis sein, der den Diensteanbieter in Kenntnis von einem rechtsverletzenden konkreten Inhalt setzt. § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG verhindert deshalb nicht, von dem Auktionshaus zu verlangen, dass, wenn es von einer strafbaren irreführenden Werbung eines Anbieters erfährt, es diese zu löschen bzw. den Zugang zu ihr gänzlich zu sperren hat.

Auslöser derartiger spezifischer Überwachungspflichten kann aber auch das Bestehen einer besonderen Gefährdungslage sein, welche sich im weiteren Verlauf zu einer Rechtsverletzung verdichten könnte. Deshalb ist es ebenfalls keine verbotene allgemeine Überwachungspflicht, von dem Host-Provider zu verlangen, dass er Maßnahmen treffen muss, damit *nicht nur* die gelöschte Information nicht wieder auftaucht, sondern auch eine *gleichartige* weitere Information nicht zugänglich wird. Denn einer Einstandspflicht, die nur auf die Entfernung der konkret benannten Inhalte beschränkt ist, steht unzweifelhaft das Rechtsschutzbedürfnis der Rechteinhaber entgegen. Wären Rechteinhaber angehalten, sich jedes Mal erneut etwa gegen Markenrechtsverletzungen zur Wehr zu setzen, käme dies der Aufgabe des Sisyphos gleich.¹¹⁷⁶ Diese Überlegung soll auch für die gleichartigen Rechtsverletzungen gelten.¹¹⁷⁷ Auch der BGH ist deshalb zutreffend davon ausgegangen, dass eBay nicht nur die konkreten Inhalte löschen, sondern auch gleichartige weitere Verletzungen verhindern soll, wenn eBay durch den Rechteinhaber mitgeteilt wurde,

¹¹⁷⁵ BGH GRUR 2013, 370 (Rdn. 19) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 (Rdn. 30) – *File-Hosting-Dienst*; BGH GRUR 2013, 1229 (Rdn. 35) – *Kinderhochstühle im Internet II*.

¹¹⁷⁶ Klatt, ZUM 2009, 265 (270).

¹¹⁷⁷ Wie hier *Ensthaler/Heinemann*, WRP 2010, 309 (314 ff.); Klatt, ZUM 2009, 265 (272); *Lehment*, WRP 2003, 1058 (1064 f.); *Nordemann*, CR 2010, 653 (656 ff.); *Rössel/Rössel*, CR 2005, 809 (814 f.). Teilweise wird allerdings die Auffassung vertreten, dass die Erstreckung der Überwachungspflicht, über die Verhinderung einer Wiederholung „identischer“ Verletzungsfälle hinaus, auch auf kerngleiche Verstöße gegen das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten verstoße, vgl. *Berger/Janal*, CR 2004, 917 (919 ff.); *Rücker*, CR 2005, 347 (352 f.); v. *Samson-Himmelstjerna*, Haftung von Internetauktionenhäusern, Rdn. 351 ff., 354 ff., 358 ff., 362; *Schapiro*, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionenhäusern und Internet-Meinungsforen, S. 453 ff.; *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443 (449); in diese Richtung auch *Wiebe*, WRP 2012, 1336 (1341).

dass sämtliche Parfüms mit einer Füllmenge von 20 ml niemals Originalprodukte sein können.¹¹⁷⁸

Aus dem Telos des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG ergibt sich also die Schlussfolgerung, dass das Auktionshaus wegen der in aller Regel großen betroffenen Datenmengen nicht unabhängig von einem konkreten Anlass grundsätzlich jede rechtsverletzende Information zur Kenntnis nehmen muss, auch wenn diese mit Hilfe seiner Infrastruktur verbreitet wird. Andererseits soll nicht jede Form einer Pflicht zur Kenntnisnahme gleichartiger rechtsverletzender Informationen ausgeschlossen sein.

Diese Pflicht steht aber selbstverständlich auf jeden Fall unter dem Vorbehalt, dass das Auktionshaus nur technisch mögliche und ihm zumutbare Maßnahmen ergreifen muss. Sie darf daher nicht so weit gehen, dass sie das gesamte Geschäftsmodell des Auktionshauses infrage stellen.¹¹⁷⁹ Die Untersuchung eines jeden Angebots vor Veröffentlichung auf eine mögliche Rechtsverletzung ist daher auf jeden Fall unzumutbar.¹¹⁸⁰

Der der Entscheidung des OLG Hamburg zugrunde liegende Sachverhalt ist ein gutes Beispiel, zu zeigen, wo die Grenze zwischen spezifischen und allgemeinen Überwachungspflichten verläuft: Die Klägerin, ein in Norwegen ansässiges Unternehmen, vertreibt in Deutschland über eine Tochtergesellschaft einen Kinderhochstuhl unter der Markenbezeichnung „Tripp Trapp“, dessen Design mehrfach ausgezeichnet ist, und genießt für die Marke „Tripp Trapp“ und ähnliche Kennzeichen Markenschutz. Die Klägerin verlangte von eBay, es zu unterlassen, im Internet für Internetbenutzer in Deutschland zugängliche Auktionen zu veranstalten und/oder Verkaufsangebote zu präsentieren, in denen Kinderhochstühle angeboten werden, bei denen es sich nicht um den in der Anlage zur Klageschrift dargestellten Originalstuhl der Klägerin handelt, sofern die Kinderhochstühle (a) in den Auktionen und/oder den Verkaufsangeboten unter einer der Klagemarken angeboten werden und/oder (b) in den Produktbeschreibungen und/oder in den Beschreibungen der Auktionen und/oder der Verkaufsangebote vergleichend auf den in der Anlage zur Klageschrift abgebildeten Originalstuhl der Klägerin und/oder die Klagemarken Bezug genommen wird.

¹¹⁷⁸ BGH GRUR 2011, 1038 (Rdn. 29) – *Stiftparfüm*.

¹¹⁷⁹ BGH GRUR 2004, 860 (864) – *Internet-Versteigerung I*; BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 47) – *Internet-Versteigerung II*; BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 39) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 38) – *Kinderhochstühle im Internet*; BGH GRUR 2011, 321 (Rdn. 17) – *Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal*; BGH GRUR 2013, 370 (Rdn. 28) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 (Rdn. 44) – *File-Hosting-Dienst*; BGH GRUR 2013, 1229 (Rdn. 47) – *Kinderhochstühle im Internet II*.

¹¹⁸⁰ BGH GRUR 2004, 860 (864) – *Internet-Versteigerung I*; BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 41) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; BGH GRUR 2011, 321 (Rdn. 17) – *Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal*; BGH GRUR 2011, 1038 (Rdn. 21, 39) – *Stiftparfüm*; BGH GRUR 2012, 311 (Rdn. 24) – *Blog-Eintrag*; BGH GRUR 2013, 751 (Rdn. 30) – *„Autocomplete“-Funktion*; BGH GRUR 2013, 1229 (Rdn. 36) – *Kinderhochstühle im Internet II*.

Die Vorinstanz gab der Klage statt. Das OLG Hamburg bestätigte das erstinstanzliche Urteil mit einer außergewöhnlich detaillierten Begründung. Kurz gefasst ist das OLG Hamburg zum Ergebnis gekommen, dass eBay ein Überwachungsgarant sei. eBay habe durch das Betreiben einer Internetplattform, auf der Dritte in erheblichem Umfang rechtswidrig markenrechtsverletzende Artikel vertreiben, eine Gefahrenquelle eröffnet. Die Abwendung des Erfolges sei eBay möglich und zumutbar, die beanstandeten Rechtsverletzungen „pro-aktiv“ zu verhindern. Das Gericht ist davon ausgegangen, dass mittels einer Softwarefunktion eine Aussonderung von Angeboten, die die Klagemarken enthalten, schon vor der Veröffentlichung möglich sei. Dementsprechend hat das OLG Hamburg ausgeführt: Zwar habe eBay behauptet, auch eBay stünde nur die jedermann zugängliche Suchmaske zur Verfügung, welche nur auf bereits veröffentlichte Artikel zugreife, aber keine proaktive manuelle Artikelsuche ermögliche. Dies sei aber unbeachtlich. Auch eBay habe nicht behauptet, es sei unmöglich, diese Software auf eine proaktive Suche zu erweitern oder eine entsprechend pro-aktiv wirksame Software zu entwickeln.¹¹⁸¹ Wenn der Einsatz von Schlagwortfiltern nicht ausreiche, sei vielmehr ein Bildabgleich notwendig. Ob ein allein softwaregesteuerter Bildabgleich technisch möglich sei, sei nicht entscheidungserheblich. Denn ein durch einen Mitarbeiter vorgenommener „manueller“ Bildabgleich sei eBay zumutbar.¹¹⁸²

Folgt man hier dem OLG Hamburg, so muss eBay sämtliche von den Anbietern in seiner Datenbank abgespeicherten Artikelbeschreibungen einer zweistufigen Kontrolle unterziehen, bevor diese veröffentlicht und potenziellen Kaufinteressenten zugänglich gemacht werden können: (a) In einem ersten Schritt muss eBay alle Verkaufsangebote aussondern, in denen Kinderhochstühle unter der Klagemarken angeboten werden; (b) sodann ist eBay angehalten, die in der Artikelbeschreibung enthaltenen Abbildungen mit dem in der Anlage dargestellten Originalzeugnis der Klägerin manuell zu vergleichen. Ergibt dieser Vergleich, dass es sich bei dem in der Artikelbeschreibung abgebildeten Kinderhochstuhl nicht um ein Originalerzeugnis der Klägerin handelt, ist eBay verpflichtet, das Verkaufsangebot pro-aktiv – also noch vor der Veröffentlichung – zu beenden und aus der Datenbank zu löschen.¹¹⁸³

Das OLG Hamburg geht sicherlich zu weit. Allein die Tatsache, dass sich unter den Millionen Verkaufsangeboten, die fortlaufend auf dem eBay-Marktplatz abrufbar sind, auch

¹¹⁸¹ OLG Hamburg WRP 2008, 1569 (1582 f.) – *Haftung des Betreibers einer Internetplattform*.

¹¹⁸² OLG Hamburg WRP 2008, 1569 (1584) – *Haftung des Betreibers einer Internetplattform*.

¹¹⁸³ *Krekel*, WRP 2009 1029 (1032).

solche befinden, welche bekannte Marken enthalten, kann per se noch keinen Verdachtsfall begründen, der von eBay einer manuellen Kontrolle zu unterziehen ist.¹¹⁸⁴

Ausgehend von dieser Selbstverständlichkeit entsteht eine spezifische Überwachungspflicht nach dem BGH nur dann, sobald ein Plattformbetreiber selbst oder über Dritte Kenntnis von einer *konkreten* Rechtsverletzung erlangt hat. Er muss dann nicht nur das konkrete Angebot sperren, sondern auch die Vorsorge treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen kommt.¹¹⁸⁵ Nur dann also, wenn von einer Kenntnis des Auktionshauses die Rede ist, geht der BGH davon aus, dass eBay, bei welchem es wiederholt zu Rechtsverletzungen kommt, diese Angebote nicht nur löschen, sondern ebenso vergleichbare – in der Datenbank bereits vorliegende – Angebote einer gesonderten Prüfung unterziehen muss.¹¹⁸⁶ Nach Auffassung des BGH wirkt sich diese Verpflichtung selbstverständlich auch auf die Zukunft aus.¹¹⁸⁷ Die Pflicht des Auktionshauses, ihm bekannte oder hiermit kerngleiche Rechtsverletzungen zu unterbinden, bezieht sich daher nicht nur auf Inhalte, die zum Zeitpunkt seiner Kenntnisnahme bereit auf der Plattform vorhanden sind. Die Pflicht zur Verhinderung gleichartiger Inhalte bezieht sich auch auf kerngleiche Inhalte, die nach diesem Zeitpunkt auf seiner Plattform eingestellt werden. Dabei kann eBay sich einer Filtersoftware bedienen, die durch Eingabe entsprechender Suchbegriffe Verdachtsfälle aufspürt, die dann ggf. manuell überprüft werden müssen.¹¹⁸⁸ Der Umstand, dass durch eine Filtersoftware nicht sämtliche Verdachtsfälle aufgefunden werden können, befreit nicht von der Verpflichtung zu ihrem Einsatz. Dass nach derzeitigem Umstand der Technik keine lückenlose Kontrolle möglich ist, entbindet das Auktionshaus nicht davon, das Mögliche zum Aufspüren von Rechtsverletzungen zu unternehmen.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁴ Krekel, WRP 2009 1029 (1033).

¹¹⁸⁵ BGH GRUR 2004, 860 (864) – *Internet-Versteigerung I*; BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 45) – *Internet-Versteigerung II*; BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 43) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; BGH GRUR 2008, 702 (Rdn. 51) – *Internet-Versteigerung III*; BGH GRUR 2011, 1038 (Rdn. 21, 39) – *Stiftparfüm*; BGH GRUR 2013, 1229 (Rdn. 36, 44) – *Kinderhochstühle im Internet II*; siehe auch BGH GRUR 2008, 1097 (Rdn. 11) – *Namensklau im Internet*; BGH GRUR 2013, 370 (Rdn. 29) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 (Rdn. 46) – *File-Hosting-Dienst*.

¹¹⁸⁶ BGH GRUR 2004, 860 (864) – *Internet-Versteigerung I*; BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 47) – *Internet-Versteigerung II*.

¹¹⁸⁷ BGH GRUR 2011, 1038 (Rdn. 26) – *Stiftparfüm*; siehe auch BGH GRUR 2012, 311 (Rdn. 24) – *Blog-Eintrag*; BGH GRUR 2012, 751 (Rdn. 19) – *RSS-Feeds*; BGH GRUR 2013, 751 (Rdn. 30) – *„Autocomplete“-Funktion*; BGH GRUR 2013, 1030 (Rdn. 63) – *File-Hosting-Dienst*.

¹¹⁸⁸ BGH GRUR 2004, 860 (864) – *Internet-Versteigerung I*; BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 47) – *Internet-Versteigerung II*; BGH GRUR 2008, 702 (Rdn. 31, 37) – *Internet-Versteigerung III*; BGH GRUR 2013, 1229 (Rdn. 47) – *Kinderhochstühle im Internet II*; siehe auch BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 38) – *Kinderhochstühle im Internet I*; BGH GRUR 2013, 370 (Rdn. 35) – *Alone in the Dark*.

¹¹⁸⁹ BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 47) – *Internet-Versteigerung II*; siehe auch BGH GRUR 2013, 370 (Rdn. 35) – *Alone in the Dark*.

Damit steht fest, dass der BGH zwar eine manuelle *Nachkontrolle* von Verkaufsangeboten, die bereits mit Hilfe eines hierzu geeigneten Filters auf konkrete Verdachtsmomente durchsucht wurden, für zumutbar hält. Er hat jedoch zu Recht zu keinem Zeitpunkt die Auffassung vertreten, dass eBay jedes einzelne Angebot einer manuellen *Vorabkontrolle* unterziehen und dabei auch die in den Verkaufsangeboten enthaltenen Abbildungen mit Katalogbildern von Originalerzeugnissen des Markeninhabers abgleichen muss.¹¹⁹⁰

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG im Umkehrschluss „spezifischen“ Überwachungspflichten nicht entgegensteht. Das Auktionshaus soll daher nicht nur den konkreten Inhalt entfernen, sondern auch dafür Sorge tragen, dass es nicht erneut zu gleichartigen Rechtsverletzungen kommt, sobald es von einer konkreten Rechtsverletzung ordnungsgemäß in Kenntnis gesetzt wurde. Nach der Kenntnisnahme bezüglich einer konkreten, klaren Rechtsverletzung ist es auch verpflichtet, künftige, im Kern vergleichbare Rechtsverstöße zu unterbinden, soweit diese mit zumutbaren Kontrollmaßnahmen identifizierbar sind.

Das bedeutet Folgendes: Spricht man von einer zivilrechtlichen Haftung oder von einer strafrechtlichen Verantwortung des Auktionshauses, wird im Grunde genommen immer davon ausgegangen, dass es im konkreten Fall seine spezifische Überwachungspflicht verletzt hat, auch wenn dies nicht immer deutlich zum Ausdruck gebracht wird. Ob das Auktionshaus in diesem Fall – aus zivilrechtlicher Sicht – als Täter, Teilnehmer oder Störer haftet sowie, ob und inwieweit die Verletzung einer spezifischen Überwachungspflicht – abgesehen von der in § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG gesondert vorgeschriebenen Löschpflicht – überhaupt auch eine strafrechtliche Verantwortung auslösen kann, sind zwei verschiedene Fragen, die erst nach der Erläuterung der Privilegierungsvoraussetzungen des § 10 TMG untersucht werden können.

Nach diesem kurzen Überblick über das Haftungssystem des TMG kann nun die strafrechtliche Verantwortung von Anbietern und Auktionshäusern untersucht werden.

¹¹⁹⁰ Zustimmung verdient daher die „*Kinderhochstühle im Internet I*“-Entscheidung des BGH GRUR 2011, 152, wo dieser die Entscheidung des OLG Hamburg zurückgewiesen hat, a.a.O. Rdn. 43: „Eine derart weitgehende Verpflichtung zu manuellen Kontrolltätigkeiten, die nicht auf durch eine Filtersoftware aufgespürte Verdachtsfälle beschränkt seien, belaste eBay in unzumutbarer Weise“.

B. STRAFRECHTLICHE VERANTWORTUNG VON ANBIETERN

Der Anbieter, der seine Produkte oder Dienstleistungen bei Online-Auktionen mit irreführenden Angaben versteigert, ist im System des TMG als Content-Provider zu behandeln. Daher ist er für die strafbare Werbung nach den allgemeinen Regelungen voll verantwortlich (§ 7 Abs. 1 TMG). Schon diese Selbstverständlichkeit stellt bei Online-Auktionen allerdings eine Schwierigkeit dar, weil § 16 Abs. 1 UWG eine geschäftliche Handlung verlangt mit der Folge, dass sich in den meisten Fällen hinter den unwahren und irreführenden Angaben ein mehr oder weniger bekanntes Unternehmen verbirgt. Da im geltenden Recht das Unternehmen selbst nicht strafrechtlich geahndet werden kann,¹¹⁹¹ tauchen gerade an dieser Stelle zahlreiche Probleme auf: Der Täter ist zu individualisieren. Das Problem liegt aber gerade darin, dass in einem Unternehmen – der innerbetrieblichen Aufgabenverteilung zufolge – derjenige, der die irreführende Angabe veröffentlicht, eventuell deren Inhalt nicht kennt. Derjenige dagegen, der den Inhalt kennt, hat mit der Veröffentlichung nichts zu tun. Es stellt sich daher die Frage: Wer ist dieser Content-Provider?

Seit der „*Lederspray*“-Entscheidung ermittelt der BGH diese Frage mittels einer „Top-down-Betrachtung“. Um den persönlich Verantwortlichen zu finden, hat der BGH in dieser Entscheidung den gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Generalverantwortung und Allzuständigkeit des Betriebsinhabers bzw. der diesen repräsentierenden Geschäftsleitung

¹¹⁹¹ Damit weicht die Rechtslage in Deutschland von den Haftungsmodellen in anderen Staaten zum Teil erheblich ab. Diese Rechtslage hat Anlass zur Reformdiskussion gegeben. Die Justizministerkonferenz in Berlin hat am 14.11.2013 den „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ beschlossen (abrufbar unter: https://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_II_5_Gesetzentwurf.pdf). Ihm lag unter anderem die Vorstellung zugrunde, dass das bisherige Ordnungswidrigkeitenrecht für die wirkungsvolle Bekämpfung von aus Unternehmen heraus begangenen Straftaten nicht ausreiche und effektive Compliance-Anreize fehlten. Vorgeschlagen wurde ein selbstständiger Verbandsstrafbestand (§ 2 VerbStrG-E) mit Bezug auf verbandsbezogene Zuwiderhandlungen sowie Aufsichtspflichtverletzungen. Bei den Rechtsfolgen sieht der Entwurf unter anderem eine Differenzierung zwischen Verbandsstrafen und Verbandsmaßnahmen vor (§§ 4 ff. VerbStrG-E). Vorschläge auf prozessualer Ebene betreffen unter anderem die Einführung des Legalitätsgrundsatzes sowie eine Anwendung von strafprozessualen Maßnahmen gegenüber Unternehmen (§§ 13 ff. VerbStrG-E). Die Literatur nimmt kritisch Stellung zum Entwurf: „Deutschland braucht kein solches Unternehmensstrafrecht“, *Hoven*, ZIS 2014, 19 (19 ff.); *Hoven/Wimmer/Schwarz/Schumann*, NZWiSt 2014, 161; 201; 241; *Schünemann*, ZIS 2014, 1 (7 ff.); *Zieschang*, GA 2014, 91.

auf das Strafrecht übernommen.¹¹⁹² Die Geschäftsleitung treffe nach Auffassung des BGH eine umfassende originäre Organisationspflicht, deren Verletzung durch das pflichtwidrige Verhalten eines Untergebenen allenfalls indiziert, von einem solchen aber grundsätzlich unabhängig ist. Der BGH hat damit die Regelungen der §§ 25 ff. StGB über das bisherige Verständnis der Beteiligungsdogmatik hinaus bereichert, indem er die „Bottom-up-Perspektive“ aufgibt. Die früher bei dieser Betrachtungsweise lediglich in Ausnahmefällen zu bejahende Organisationsverantwortung der Geschäftsleitung wird auf diese Weise zum Regelfall.¹¹⁹³

Da der BGH eine originäre, von den übrigen Unternehmensangehörigen prinzipiell unabhängige Verantwortung der Geschäftsleitung, welche eigenständig neben diejenige des innerbetrieblichen Verursachers tritt, im Strafrecht etablierte, stellt sich die Frage, ob nicht (auch) das Leitungspersonal, das von unwahren und irreführenden Angaben Kenntnis hat, als Content-Provider strafrechtlich verfolgt werden kann. Logischerweise ist die Antwort darauf in zweifacher Hinsicht zu untersuchen: zum einen bei expliziter Anordnung zur Veröffentlichung einer irreführenden Werbung, zum anderen bei unzulänglicher bzw. gänzlich unterlassener Verhinderung einer solcher Werbung.¹¹⁹⁴

I. Strafbarkeit von Leitungspersonal aufgrund Erteilung rechtswidriger Weisungen

1. Der Standpunkt des BGH und der Literatur

Seit der „*Mauerschützen*“-Entscheidung¹¹⁹⁵ geht der BGH ständig davon aus, dass sich die Mitglieder der Geschäftsleitung bei Erteilung rechtswidriger, die Vornahme strafbarer Verhaltensweisen enthaltender Weisungen im Wege der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft strafbar machen¹¹⁹⁶ wie in einem Unrechtsstaat.¹¹⁹⁷ Die Anerkennung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft hat in der Literatur weitgehend Zustimmung gefunden, solange es um Staatsunrecht geht.¹¹⁹⁸ Ihre Übertra-

¹¹⁹² BGHSt 37, 106 (114) – *Lederspray-Fall*.

¹¹⁹³ Zum Wechsel der Blickrichtung von „bottom up“ zu „top down“ siehe *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 363 ff.; *Kuhlen*, JZ 1994, 1142 (1144 f.); *Rotsch*, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 1 B, Rdn. 48; *Schmidt-Salzer*, NJW 1994, 1305 (1309 f.); *Schmidt-Salzer*, NJW 1996, 1 (3); *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rdn. 221.

¹¹⁹⁴ Damit ist die sog. „vertikale“ Verantwortung angesprochen. Für die sog. „horizontale“ Verantwortung siehe nur *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, S. 164 ff., 169 ff., 201 ff., 210 ff., 248 ff., 259 ff.

¹¹⁹⁵ (Obiter dictum) BGHSt 40, 218 (236) – *Mauerschützen-Fall*; siehe hierzu *Nack*, GA 2006, 342 (343 f.).

¹¹⁹⁶ Z.B. BGHSt 43, 219 (231 f.) – *Abfallbeseitigungs-Fall*; BGHSt 48, 331 (342) – *betrügerische Einwerbung von Kapitaleinlagen*; BGHSt 49, 147 (163 f.) – *Bremer-Vulkan*.

¹¹⁹⁷ Z.B. BGHSt 42, 65 (68) – *Todesschüssen an der innerdeutschen Grenze*; BGHSt 45, 270 (296) – *Mitglieder der Politbüro der SED*; BGHSt 48, 77 (90) – *Politbüro II*.

¹¹⁹⁸ Siehe nur *Schünemann*, in: LK, § 25 Rdn. 122 ff.; *Waßmer*, in: AnwaltK-StGB, § 25 Rdn. 37; **a.A. (Anstiftung)** *Köhler*, Strafrecht AT, S. 510; *Renzikowski*, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT 2, § 48 Rdn.

gung auf Wirtschaftsunternehmen wird dagegen überwiegend abgelehnt¹¹⁹⁹ und entweder von Mittäterschaft¹²⁰⁰ oder Anstiftung¹²⁰¹ ausgegangen. Nur wenige Autoren haben sich der Auffassung des BGH angeschlossen.¹²⁰²

2. Bewertung

Nach Roxin, dem Begründer der Rechtsfigur der Organisationsherrschaft,¹²⁰³ soll die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparats nur diejenigen Fälle erfassen, in denen der Hintermann über einen Machtapparat gebietet, der die Ausführung von Befehlen auch ohne Zwang und Täuschung sichert, weil der Apparat als solches den Vollzug gewährleistet.¹²⁰⁴ Zentrale Voraussetzung von Roxins Schöpfung einer neben der Irrtums- und Nötigungsherrschaft dritten Form der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft ist demnach, dass die als Hintermänner agierenden Befehlshaber aufgrund ihrer faktisch anerkannten Autorität die ausführenden Befehls- und Weisungsempfänger bedingungslos in die von ihnen gewünschte Richtung lenken können. Nur dann liege eine als „Fungibilität“ zu bezeichnende, typische organisationsbedingte Austauschbarkeit des unmittelbaren Täters vor.¹²⁰⁵ Um von Fungibilität reden zu können, muss als zweites wesentliches Kriterium die betreffende Organisation außerhalb der Rechtsordnung „rechtsgelöst“ wirken – zumindest was den konkreten zu verwirklichenden Straftatbestand betrifft. Solange sich der Gesamtapparat in den Bahnen des Rechts bewege, Leitung und Ausführungsorgane sich prinzipiell an eine von ihnen unabhängige Rechtsordnung gebunden hielten, könne die Anordnung strafbarer Handlungen nicht herrschaftsbegründend wirken, weil die Gesetze den höheren Stellenwert besäßen und im Normalfall die Durch-

79; Schild, in: NK-StGB, § 25 Rdn. 123; (**Mittäterschaft**) Jakobs, Strafrecht AT, 21. Abschn. Rdn. 103; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 62 II 8, S. 670; Otto, Strafrecht AT, § 21 Rdn. 92.

¹¹⁹⁹ Siehe nur Achenbach, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 1. Teil Kap. 3 Rdn. 30; Haas, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 25 Rdn. 27; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rdn. 30; Hoffmann-Holland/Singelstein, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 25 StGB Rdn. 68; Joecks, in: MüKo-StGB, § 25 Rdn. 150; Rotsch, NStZ 2005, 13 (13 ff., 18); Schild, in: NK-StGB, § 25 Rdn. 40 ff., 44, 124; Schünemann, in: LK, § 25 Rdn. 130 ff.; Waßmer, in: AnwaltK-StGB, § 25 Rdn. 39; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rdn. 541.

¹²⁰⁰ Dierlamm, NStZ 1998, 569 (569 f.); Muñoz Conde, in: FS-Roxin, S. 609 (620 ff., 624); Schünemann, in: FG-50 Jahre BGH, Band IV, S. 621 (631); Schünemann, ZIS 2006, 301 (306 f.); Schünemann, in: LK, § 25 Rdn. 132; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rdn. 363.

¹²⁰¹ Brammsen/Apel, ZJS 2008, 256 (263 f.); Herzberg, in: Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 33 (48 ff., 53); Rotsch, ZStW 112 (2000), 518 (525 ff., 561 f.); Zaczyk, GA 2006, 411 (414).

¹²⁰² Fischer, StGB, § 25 Rdn. 14; Hefendehl, GA 2004, 575 (578 ff., 586); Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, Rdn. 935; Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, S. 77 ff.; Kuhlen, in: Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 71 (79 ff.); Lackner/Kühl, StGB, § 25 Rdn. 2; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 46 ff.

¹²⁰³ Grundlegend Roxin, GA 1963, 193 ff.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 242 ff., 704 ff.; Roxin, ZIS 2006, 293 ff.; Roxin, Strafrecht AT II, § 25 Rdn. 105 ff.

¹²⁰⁴ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 245.

¹²⁰⁵ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 245.

führung rechtswidriger Befehle und damit die Willensmacht des Hintermannes ausschließen.¹²⁰⁶

Schon diese kurze Darstellung macht deutlich, warum die Literatur kritisch Stellung bezieht, wenn es um die Frage der Ausdehnbarkeit der Konstellation der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf wirtschaftliche Unternehmen geht.¹²⁰⁷ Es ist offensichtlich, dass, anders als in einer Verbrecherorganisation oder einem Unrechtsstaat, bei Privatunternehmen nicht ohne weiteres von der Rechtsgelöstheit und/oder von einer beliebigen Austauschbarkeit des Ausführenden ausgegangen werden kann.

Es ist zwar vertretbar, dass der Einbindung in die Unternehmensorganisation als solche ohnehin ein gewisses kriminogenes Potential innewohnt und damit das Kriterium der Rechtsgelöstheit erfüllt werden kann.¹²⁰⁸ In diesem Zusammenhang geht *Hefendehl* einen Schritt weiter und fragt, warum das ganze System außerhalb der Rechtsordnung agieren solle.¹²⁰⁹ Denn das Subsystem kann gegenüber dem Systemganzen durchaus die gleiche Eigenständigkeit besitzen, wie das Systemganze gegenüber seiner „Außenwelt“. ¹²¹⁰ Wenn man von Rechtsgelöstheit in einem Wirtschaftsunternehmen sprechen kann, dann kann man sehr wohl von einer Fungibilität im Wirtschaftsunternehmen reden. Denn auch in Wirtschaftsunternehmen ist der Einzelne auswechselbar und kann durch andere, jederzeit zur Umsetzung der Weisung bereite Mitarbeiter – und dies gilt selbst für spezialisierte Arbeitskräfte – ersetzt werden. Gerade in Zeiten eines angespannten Arbeitsmarktes würden Anordnungen des Arbeitsgebers in der Regel ohne langes Zögern befolgt.¹²¹¹

Die Überlegung, auf das Kriterium der Rechtsgelöstheit zu verzichten, verkennt aber die Tatsache, dass der rechtsfeindliche, von den Grundnormen des Rechts völlig losgelöste Charakter der Organisation das Leitkriterium dieser besonderen Form der Täterschaft ist. Eine derart zweckgerichtete „rechtliche Loslösung“ weisen jedoch rechtskonform gegründete Unternehmen gerade nicht auf.¹²¹² Auch der Verweis auf das kriminogene Potential in Wirtschaftsunternehmen ist nicht überzeugend, weil die eventuell begangenen Straftaten in diesem Zusammenhang keinen Bestandteil der Unternehmenspolitik bilden und dem Gesamtsystem nicht zugerechnet werden können. Würde dies einmal anders

¹²⁰⁶ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 249.

¹²⁰⁷ *Selbst Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 715 ff.; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 25 Rdn. 129 ff.

¹²⁰⁸ Vgl. *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, S. 79, der Wirtschaftsunternehmen gar einer „kriminellen Verbandsattitüde“ bezichtigt.

¹²⁰⁹ Vgl. *Hefendehl*, GA 2004, 575 (581 f.).

¹²¹⁰ *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft, S. 153.

¹²¹¹ Vgl. *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, S. 78.

¹²¹² *Brammsen*, in: *Amelung*, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 105 (142 f.); *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 104; *Küpper*, GA 1998, 519 (525); *Otto*, Jura 2001, 753 (759); *Schünemann*, ZIS 2006, 301 (307).

sein, „kriminelle Attitüden“ also überhand nehmen, so handelte es sich um kriminelle Organisation, die sowieso unproblematisch unter *Roxins* Theorie subsumierbar sind.¹²¹³ In einem auf der Grundlage des geltenden Rechts agierenden Unternehmen kann daher von einer Fungibilität keine Rede sein. Unabhängig davon, dass der heutige Stand des Rechts des Kündigungsschutzes einer beliebigen Auswechselbarkeit der Arbeitnehmer im Wege steht, erwartet die Rechtsordnung eine Widerstandsleistung betriebsangehöriger Mitarbeiter gegen angesonnene deliktische Vorhaben, ggf. sogar, eine Strafanzeige gegen den eigenen Arbeitgeber zu erstatten. Im Rahmen der unternehmensbezogenen Tatherrschaftsermittlungen ist dem Umstand daher Rechnung zu tragen, dass der einzelne Mitarbeiter, der zwischen Recht und Unrecht unterscheiden kann, und sich letztlich für das Recht entscheidet. Daran ändert sich nichts, wenn der Angewiesene aus Angst vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes einer rechtswidrigen Weisung folgt. Im Vergleich zu der von der Rechtsordnung zugemuteten Hinnahme deutlich stärkerer Eingriffe – etwa die Hinnahme von körperlichen Eingriffen bei § 34 Abs. 1 StGB als hinzunehmender Interessenvorgang Dritter – stellt etwa die Kündigung des Arbeitsverhältnisses einen weniger starken Eingriff dar. Sollte es einmal anders sein, also wenn etwa die Drohung mit dem Verlust des Arbeitsplatzes oder Mobbing in Form einer Verleumdung, diskriminierendes Verhalten oder unberechtigte Schuldzuweisungen ein „empfindliches Übel“ im Sinne des § 240 StGB darstellen, befindet man sich sowieso im Bereich der mittelbarer Täterschaft kraft Nötigungsherrschaft.¹²¹⁴

Eine Übertragung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen ist daher abzulehnen. Gleichwohl bleibt allerdings die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Leitungspersonen für die von ihnen veranlassten betriebsbezogenen Delikte ein Problem.

Die Anstiftungslösung ist sicherlich der einfachste und plausibelste Weg, solange man von dem Problem, dass mit der Zunahme der möglichen Akteure ein für die Anstiftung hinreichender Tatbeitrag nicht festgestellt werden kann,¹²¹⁵ absieht. Wer einen vollverantwortlich handelnden Täter zur Deliktsbegehung anweist, ist problemlos als Anstifter im Sinne des § 26 StGB zu identifizieren. Es ist aber höchst fraglich, ob die bloße Anstiftung dem Gewicht des in der organisatorischen Leitung steckenden Tatbeitrags tatsächlich gerecht wird.¹²¹⁶ Speziell im Bereich der irreführenden Werbung taucht ein weiteres Problem auf: Wie zahlreiche andere Wirtschaftsstraftatbestände ist § 16 Abs. 1 UWG ein

¹²¹³ Ambos, GA 1998, 226 (239).

¹²¹⁴ Vgl. *Brammsen/Apel*, ZJS 2008, 256 (262); *Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, S. 245 f.

¹²¹⁵ Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 106 ff. weist zutreffend darauf hin.

¹²¹⁶ Ebenso *Schünemann*, in: LK, § 25 Rdn. 132.

Vergehen. Da aber eine erfolglose Verleitung zu einer Straftat nur bei Verbrechen strafbar ist (§§ 30, 12 Abs. 1 StGB), hilft die Anstiftungslösung bei der Bestimmung der Verantwortlichkeitskonstruktionen im Wirtschaftsunternehmen wenig.

Sachgerechter ist daher die Annahme einer Mittäterschaft. Dies wirft aber in zweierlei Hinsicht Fragen auf. Zum einen müsste ein gemeinsamer Tatentschluss vorliegen, zum anderen ist fraglich, ob allein die Planungs- und Organisationsbeteiligung von Leitungspersonen zur Annahme von Mittäterschaft ausreicht, da umstritten ist, ob und welche Mitwirkungshandlungen im Vorbereitungsstadium Mittäterschaft begründen. Dabei soll im Folgenden nicht der wenig erfolgversprechende Versuch unternommen werden, die äußerst umstrittene Diskussion um die Grenzen der Mittäterschaft im Einzelnen nachzuzeichnen. Stattdessen soll lediglich auf einige Gesichtspunkte hingewiesen werden, die eine mittäterschaftliche Zurechnung im Wirtschaftsunternehmen rechtfertigen.

Zunächst ist festzustellen, dass das Erfordernis eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses bei Mittäterschaft im Wirtschaftsstrafrecht anders ausgelegt werden kann als im Bereich der klassischen Lebens- oder Freiheitsdelikte. Hierfür kann die insbesondere im Gefolge der „Lederspray“-Entscheidung diskutierte Möglichkeit einer fahrlässigen Mittäterschaft im Produkthaftungsstrafrecht ein Beispiel sein. Während die herrschende Meinung diese Rechtsfigur aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses begrifflich ablehnt, weil die fahrlässige Verursachung die Existenz eines gemeinsamen Tatplans ausschließt,¹²¹⁷ will eine sich in der Literatur stark ausbreitende Auffassung die fahrlässige Mittäterschaft anerkennen, ohne auf subjektive Elemente zu verzichten. Nach dieser Auffassung setze eine fahrlässige Mittäterschaft voraus, dass der Täter bei Begründung der erfolgsverursachenden Gefahr willentlich zusammen mit einem anderen handelt/unterlässt.¹²¹⁸ Sicher ist, dass diese Überlegung auf die hier untersuchte Problematik nicht im vollen Umfang übertragbar ist, denn zum einen geht es bei Erteilung rechtswidriger Weisungen nicht um die horizontale Verantwortung,¹²¹⁹ und weil zum anderen das Vorsatzdelikt trotz zahlreicher Uneinigkeiten bei den Begriffsbestimmungen Wissen und Wollen voraussetzt.¹²²⁰ Die vorsätzliche Mittäterschaft wird daher *unentbehrlicher Weise* an den gemeinsamen Tatentschluss geknüpft. Der Vorschlag von Tiedemann, wonach man auf das Erfordernis eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses bei Mittäterschaft wegen der Zugehörigkeit aller Beteiligten zu ein- und demselben Unternehmen *verzichten* kann,¹²²¹ geht deshalb zu

¹²¹⁷ Nachweise bei Lackner/Kühl, StGB, § 25 Rdn. 13.

¹²¹⁸ Z.B. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 25 Rdn. 114 ff.

¹²¹⁹ Vgl. Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 25 ff. Rdn. 110; Lackner/Kühl, StGB, § 25 Rdn. 13.

¹²²⁰ Siehe nur Kühl, Strafrecht AT, § 5 Rdn. 6 ff.

¹²²¹ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rdn. 363.

weit. Die Diskussion über die fahrlässige Mittäterschaft macht aber deutlich, dass im Wirtschaftsstrafrecht für eine andere Auslegung der klassischen strafrechtlichen Begriffe – in erster Linie bei dem im Gesetz ohnehin nicht genannten Erfordernis eines gemeinschaftlichen Tatentschlusses¹²²² – plädiert werden kann. Sehr überzeugend ist in diesem Zusammenhang die Auffassung von *Schünemann*, wonach sich eine auf Unternehmenskriminalität beschränkte Form der Mittäterschaft aus der „doppelten Mitwirkung eines Garanten“ (zugleich als Unterlassungsbeteiligter und als aktiver Teilnehmer) ergibt.¹²²³ Die Annahme von Mittäterschaft zwischen dem Befehlshaber (im Wirtschaftsunternehmen: dem Prinzipal) und dem Untergebenen (im Wirtschaftsunternehmen: dem Ausführenden) lasse sich deshalb nicht allein mit der Begründung verneinen, dass es an einem gemeinsamen Tatentschluss zwischen dem Prinzipal und dem Ausführungsorgan fehlen würde, denn die schwache Ausprägung der Dimension „gemeinsamer Tatentschluss“ könne in einem Wirtschaftsunternehmen durch die enge objektive Verknüpfung der Tatbeiträge von Prinzipal und Ausführungsorganen oder durch eine besonders intensive Herrschaft des Befehlshabers kompensiert werden. Dies stehe ferner im Einklang mit der Rechtsprechung. Nach RG¹²²⁴ sei Mittäterschaft auch dann möglich, „wenn sich nur jeder bewusst ist, dass neben ihm noch ein anderer oder andere mitwirken und diese von dem gleichen Bewusstsein erfüllt sind.“¹²²⁵ Selbst wenn man eine „Kompensation“ ablehnt, kann man eine Mittäterschaft auch dann begründen, wenn sich Tatbeiträge auf einen bestimmten Tatplan zurückführen lassen, was in den Fällen der Unternehmenskriminalität der Fall ist. In diese Richtung vertreten etwa *Jescheck/Weigend*¹²²⁶ – aber auch der BGH¹²²⁷ – die Auffassung, die Gemeinsamkeit des Tatentschlusses werde durch das Bewusstsein der Leitenden und Ausführenden hergestellt, dass eine bestimmte Tat oder mehrere Taten gleicher Art entsprechend den Weisungen der Leitung vorgenommen werden sollen.

¹²²² In diesem Sinne zutreffend aber *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rdn. 286, 363.

¹²²³ *Schünemann*, in: LK, § 25 Rdn. 132.

¹²²⁴ RGSt 58, 279 (279) – *Die Bedeutung des Begriffs des mittelbaren Täters für die Mittäterschaft*. Diese Auffassung ist vom BGH ohne entscheidende Änderungen fortgeführt worden, BGHSt 37, 289 (292) – *Mord in Mittäterschaft*; zustimmend *Roxin*, Strafrecht AT II, § 25 Rdn. 192 (Fn. 252).

¹²²⁵ *Schünemann*, ZIS 2006, 301 (306 und dort Fn. 48).

¹²²⁶ Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 62 II 8, S. 670

¹²²⁷ BGH NJW 1995, 2933 (2933 f.) – *Glykol-Skandal*. Der Anklagevorwurf erstreckte sich in diesem Verfahren auf den Verkauf von 633 Weinpartien, die über einen Zeitraum von sieben Jahren durch eine Vielzahl unterschiedlichster Maßnahmen so verändert wurden, dass diese deren Verkehrsunfähigkeit zur Folge hatte. Obwohl es sich um eine große Firmengruppe handelte und eine Vielzahl unterschiedlicher Personen an den jeweiligen Maßnahmen beteiligt waren und das LG Bad Kreuznach genau aus diesem Grund die Zurechnung abgelehnt hatte, weil es einen gemeinsamen Tatentschluss im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB bei den Beteiligten nicht feststellen konnte, betonte der BGH, dass bei gemeinschaftlichem Tatentschluss nicht geprüft zu werden braucht, ob sich der Verkauf der einzelnen Weinpartien auf einen bestimmten Tatplan zurückführen lasse, weil zu fragen sei, ob die Geschäftsleitung für ein einmal in Gang gesetztes, kollektives Geschehen, unabhängig von einer bestimmten Beanstandung, verantwortlich gemacht werden kann.

Die Annahme einer Mittäterschaft soll auch nicht schon deshalb ausscheiden, weil Handlungen wie beispielsweise Anweisungen gemeinhin allein im Vorbereitungsstadium stattfinden und deshalb keinen wirksamen Tatbeitrag im Sinne der mittäterschaftlichen Begehung bewirken. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Beiträge aus dem Vorbereitungsstadium auch bei Fehlen einer unmittelbaren Beteiligung während der Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung zur Annahme von Mittäterschaft ausreichen können. Voraussetzung dafür ist, dass die im Vorbereitungsstadium geleisteten Beiträge von so hohem Gewicht und großer Relevanz für das Ausführungsstadium sein müssen, dass sie in diesem als wesentliche, entscheidende und somit tatprägende Vorbereitungsakte weiterwirken.¹²²⁸ Es ist also vielmehr davon auszugehen, dass das Beteiligungsminus bei Tatausführung durch den gestalterischen Einfluss des Leitungspersonals auf die Ausführung der Tat kompensiert werden kann. Nur diese Überlegung würde mit der Realität des Wirtschaftslebens im Einklang stehen, in der Verantwortliche aufgrund der funktionellen Kompetenzverteilung ausschließlich im Vorbereitungsstadium tätig werden würden.¹²²⁹

Versteht man aber Mittäterschaft unbedingt in ihrer herkömmlichen Form¹²³⁰ und hält einen gemeinsamen Entschluss nur im Rahmen *gleichberechtigter* Partner für möglich,¹²³¹ bzw. folgt man der engeren Variante der Tatherrschaftslehre und lässt nur solche objektiven Tatbeiträge zur Begründung von Mittäterschaft ausreichen, die im *Ausführungsstadium* der Tat geleistet sind,¹²³² so steht fest, dass das Problem am überzeugends-

¹²²⁸ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rdn. 67; Heinrich, Strafrecht AT, Rdn. 1228; Jakobs, Strafrecht AT, 21. Abschn. Rdn. 52; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 63 III 1, S. 680; Kühl, Strafrecht AT, § 20 Rdn. 111; Otto, Strafrecht AT, § 21 Rdn. 61; Waßmer, in: AnwaltK-StGB, § 25 Rdn. 66; Wesels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rdn. 528 f.; a.A. Krey/Esser, Strafrecht AT, Rdn. 978 f.; Renzikowski, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT 2, § 49 Rdn. 46; Roxin, Strafrecht AT II, § 25 Rdn. 198 ff.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 275 ff., 294 f.; Schild, in: NK-StGB, § 25 Rdn. 139; Schünemann, in: LK, § 25 Rdn. 182 ff.

¹²²⁹ Zutreffend Otto, Strafrecht AT, § 21 Rdn. 61; siehe auch BGHSt 49, 177 (181 f.) – *gewerbsmäßiger Bandenbetrug bei gleichartiger Tateinheit*; Otto, Jura 1998, 409 (410 f.).

¹²³⁰ Z.B. Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 264 ff.

¹²³¹ Z.B. Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 33; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 50.

¹²³² Z.B. Brammsen/Apel, ZJS 2008, 256 (263). Interessant ist, dass auch nach dieser Variante der Tatherrschaftslehre eine Mittäterschaft etwa im Fall des „Bandenchefs“ [vgl. BGHSt 33, 50 (53)] ausnahmsweise angenommen werden kann, wenn der Bandenchef von einer Befehlszentrale aus telefonisch, per Funkspruch oder durch Mittelsmänner die einzelnen Ausführungshandlungen durch Weisungen dirigiert oder koordiniert, siehe nur Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 731 f.; Roxin, Strafrecht AT II, § 25 Rdn. 200, 210. In diesem Zusammenhang scheint es aber sehr fragwürdig, wieso ein Bandenchef als Mittäter zu behandeln ist, wenn er telefonisch Kontakt zu Tatausführenden hält, wohl aber nicht dann, wenn er die Tatausführung so in allen Einzelheiten vorgeplant hat, dass es seines Eingreifens „vor Ort“ nicht bedarf. Auch die Begründung, dass bei Ausfällen der Befehlszentrale während der Tatausführung das ganze Unternehmen in Verwirrung geraten und scheitern würde und daher eine Verbindung zu verlangen sei (etwa Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 280) verkennt die Tatsache, dass auch der am Tatort persönlich anwesende Bandenchef etwa beim unerwarteten Auftauchen übermächtiger Gegenkräfte oder einem Beobachter, die einen Handlungsbeginn oder Weiterhandeln unmöglich machen, die Planverwirklichung in der anfänglich vereinbarten Weise nicht durchsetzen kann. Diese Überlegungen machen deutlich, dass die tatausführenden Bandenmitglieder dem Bandenchef nicht deshalb folgen, weil er am Tatort anwesend ist, sondern deshalb, weil sie den vom Bandenchef bereits im Vorfeld entwickelten Plan akzeptieren. Da die Problematik der Abgrenzung von

ten dadurch gelöst wird, wenn man den Leitungspersonen eine Garantenstellung zuschreibt.¹²³³ Eine Garantenstellung lässt sich jedenfalls aus Ingerenz begründen, wenn – wie hier gegeben – das Tätigwerden von Untergebenen auf einer entsprechenden Weisung von Leitungspersonen beruht. Fehlt es jedoch an einem pflichtwidrigen Vorverhalten der Leitungspersonen, soll die Begründung der Garantenstellung gesondert untersucht werden.¹²³⁴

II. Strafbarkeit von Leitungspersonal aufgrund unterlassener Gefahrenabwehr

Daran anschließend ist nun die Frage zu untersuchen, ob und inwieweit Leitungspersonen für die betrieblichen Rechtsgutsverletzungen verantwortlich sind, die sie zwar nicht aktiv veranlasst, aber auch nicht verhindert bzw. abgestellt haben. Auf der Suche nach einer Antwort muss man zwischen zwei Konstellationen unterscheiden. Die erste Konstellation betrifft die Frage, ob sich Leitungspersonen als Garant durch Unterlassen an Taten ihrer Mitarbeiter beteiligen können, indem sie beispielsweise zusehen, wie ihre Mitarbeiter Werbung mit irreführenden Angaben gestalten und diese auf Auktionsseiten uploaden und damit strafbare Handlungen vornehmen, diese aber dennoch nicht verhindern. Die zweite Konstellation betrifft dagegen die Fälle, in denen die Leitungspersonen nicht einschreiten, während ihre Mitarbeiter die Werbung vorbereiten und veröffentlichen, sondern erst nach dem Erscheinen der Werbung von dem im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG strafbaren Inhalt der Werbung erfahren. Es stellt sich die Frage, ob Leitungspersonen eine Pflicht trifft, die strafbare Werbung nach Erscheinen von sich aus wieder aus dem Verkehr zu ziehen. Obwohl die zweite Konstellation der erstgenannten zeitlich nachgeordnet ist, beginnt die folgende Untersuchung mit der zweiten Konstellation, weil die Antwort darauf relativ schnell gegeben werden kann.

Mittäterschaft und Teilnahme in Bandenfällen mit einem nicht am Tatort anwesenden Chef gerade eine mit der Frage der möglichen Strafbarkeit des Leitungspersonals wegen Planungs- und Organisationsbeiträgen vergleichbare Situation ist [zutreffend *Herzberg*, ZStW 99 (1987), 49, 59 f.; *Küpper*, GA 1998, 519, 525], könnte man ebenso nach der engeren Variante sehr wohl von einer Mittäterschaft ausgehen, in diesem Sinne ganz zutreffend *Schünemann*, in: LK, § 25 Rdn. 186 (siehe Fn. 1228).

¹²³³ Vgl. *Murmann*, GA 1996, 269 (280 f.); *Ransiek*, ZGR 1999, 613 (636); *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 717; *Schild*, in: NK-StGB, § 25 Rdn. 44, siehe auch *Roxin*, Strafrecht AT II, § 25 Rdn. 137 f.

¹²³⁴ Man kann aufgrund der Anerkennung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft in der Rechtsprechung den Eindruck haben, dass diese Untersuchung überflüssig wäre. Denn der BGH neigt zu einer Garantenstellung von Leitungspersonal kraft Organisationsherrschaft, die es zum mittelbaren Unterlassungstäter macht, vgl. BGHSt 48, 77 (90) – *Politbüro II*. Das ist aber verfehlt, weil eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen konstruktiv nicht möglich ist, *Joecks*, in: MüKo-StGB, § 25 Rdn. 179; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 471 f. Selbst wenn man sie für möglich hält [z.B. *Brammsen*, NSStZ 2000, 337 (338 ff.)], war in der „*Politbüro II*“-Entscheidung richtigerweise entweder von einer unmittelbarer (Neben)täterschaft oder einer Mittäterschaft durch Unterlassen auszugehen, vgl. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rdn. 60 einerseits und *Ranft*, JZ 2003, 582 (584) andererseits. Daher kommt insbesondere das im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung diskutierte unechte Unterlassungsdelikt neben der Ingerenzhaftung als Ergänzung in Betracht.

1. Unterlassene Beseitigungs- bzw. Rückrufflicht

Die Garantenstellung von Leitungspersonen ist in der zweiten Konstellation unproblematisch aus der Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle herzuleiten. Da die Veröffentlichung von irreführenden Angaben bei Online-Auktionen durchaus in die Gruppe der Produkte eingeordnet werden kann und damit deren Kontrolle zur Organisationspflicht von Leitungspersonen gehört, sind Leitungspersonen verpflichtet, ihren Herrschaftsbereich so zu kontrollieren, dass durch die Werbung keine Schädigungen fremder Rechtsgüter bewirkt werden. Fraglich ist aber, ob aus der Sachüberwachungsgarantenstellung den Leitungspersonen *auch* die Pflicht aufgebürdet werden kann, *nachträglich* irreführende Angaben zu beseitigen.¹²³⁵ Auf den ersten Blick sollte dies verneint werden. Denn im Rahmen der nachträglichen Beseitigungspflicht sollte das Herrschaftsprinzip für die strafrechtliche Zurechnung eine ausschlaggebende Rolle spielen. Danach lässt sich nicht leugnen, dass der Produzent eines bereits in Verkehr gebrachten Produkts jegliche Sachherrschaft daran verloren hat. Sein vielleicht nachträglich erworbenes Wissen um die Gefährlichkeit des Produkts kann die fehlende Herrschaft für sich allein deshalb nicht ersetzen.¹²³⁶ Die Frage wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn man die zur gesundheits-schädlichen Produkthaftung entwickelte Dogmatik¹²³⁷ auch auf die Fälle der Täuschung über Produkteigenschaften für übertragbar halten würde. Denn eine Leitungsperson wäre dann verpflichtet, aktiv zu werden, um eine Produktrückrufaktion in Gang zu setzen.¹²³⁸ Eine solche Übertragung ist aber deshalb nicht unproblematisch, weil es bei der Täuschung über Produkteigenschaften nicht um ein mit der Gesundheit vergleichbares Rechtsgut geht, welches eine Ausnahme rechtfertigt. Eine Beseitigungspflicht kann ferner

¹²³⁵ Für diese Frage bleibt im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG allerdings sehr wenig Raum, weil der Tatbestand schon mit der Veröffentlichung erfüllt ist.

¹²³⁶ Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rdn. 111; Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rdn. 124; Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 288 ff.; Schünemann, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter, Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, S. 49 (67); Rudolphi/Stein, in: SK-StGB, § 13 Rdn. 31: „Der Inhalt dieser aus der tatsächlichen Herrschaft über eine sächliche Gefahrenquelle erwachsenden Garantenpflichten ist auf die Eindämmung der Gefahrenquelle beschränkt.“; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB (28. Auflage), § 13 Rdn. 45: „Die aus der dieser Stellung sich ergebende Verpflichtung erstreckt sich jedoch nur auf die Beseitigung akuter Gefährdung, nicht auf die Verhinderung weiterer aus der unmittelbaren Verletzung resultierender Schäden.“ A.A. Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 241 ff.; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 322 ff.; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rdn. 45/46.

¹²³⁷ Grundlegend BGHSt 37, 106 (115 ff.) – *Lederspray-Fall*, allerdings mit unzutreffender Begründung einer Ingerenzhaftung, weil im konkreten Fall der Unternehmer sorgfaltspflichtgemäß ein Produkt in den Verkehr bringt, das sich erst später als mangelhaft erweist, siehe hierzu ausführlich Weißer, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, S. 35 ff., 64.

¹²³⁸ Vgl. Freund, in: MüKo-StGB, § 13 Rdn. 123 ff.; Freund, Strafrecht AT, § 6 Rdn. 71 f.; Heinrich, Strafrecht AT, Rdn. 968; Kuhlen, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Teil Kap. 1. Rdn. 38 ff.; Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rdn. 210 ff.; Rudolphi/Stein, in: SK-StGB, § 13 Rdn. 40c; Schünemann, in: FG-50 Jahre BGH, Band IV, 621 (640 f.); Weigend, in: LK, § 13 Rdn. 53; Wohlers/Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rdn. 48.

auch nicht aus der im Zivilrecht allgemein anerkannten „Produktbeobachtungspflicht“ hergeleitet werden,¹²³⁹ weil im Wettbewerbsrecht die Beseitigungspflicht gegen bereits eingetretene Beeinträchtigungen im Gesetz gesondert geregelt ist (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG). Zwar hat der BGH in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden, dass die Beseitigung der fortwirkend irreführenden Angaben in einem Katalog, selbst wenn der Katalog vergriffen ist, durch Berichtigung des Katalogs verlangt werden kann.¹²⁴⁰ Im Laufe der Zeit hat der BGH sich davon aber distanziert und vertritt nun die Auffassung, dass etwa die Vernichtung der Nachahmungsstücke, die wie wettbewerbswidrige Werbematerialien ebenfalls zu den körperlichen Störungen zu zählen und gleich zu behandeln sind,¹²⁴¹ nur dann verlangt werden kann, wenn sie noch in der Verfügungsgewalt des Anbieters stehen, weil die Herstellung als solche noch nicht unlauter ist.¹²⁴² All dies spricht zwar gegen die fortwirkende Pflicht zur Korrektur von irreführenden Angaben, allerdings rechtfertigen gute Gründe eine Sonderdogmatik im Bereich von Onlineauktionen. Da der Content-Provider ohne Aufwand lediglich durch ein paar Klicks die von ihm angegebenen Informationen löschen bzw. korrigieren und damit die irreführenden Angaben ein für alle Mal beseitigen kann, ist es sachgerecht, von seiner fortwirkenden Herrschaft auszugehen.

2. Geschäftsherrenhaftung

Die erste Konstellation, in der es um die Taten von Untergebenen geht, die von Leitungspersonen zwar nicht direkt angewiesen wurden, bei denen diese jedoch auch nicht dagegen eingeschritten sind, wird unter dem Begriff der „Geschäftsherrenhaftung“¹²⁴³ diskutiert. Zwar wird heute überwiegend die Auffassung vertreten, dass eine strafrechtliche Garantenstellung zulasten der Leitungspersonen begründet werden kann,¹²⁴⁴ jedoch gehen

¹²³⁹ Vgl. hierzu Bode, in: FS-BGH, S. 515 (524 f.), kritisch aber Schünemann, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter, Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, S. 49 (67).

¹²⁴⁰ BGH GRUR 1958, 30 (31) – *Außenleuchte*.

¹²⁴¹ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 8 Rdn. 1.90.

¹²⁴² Vgl. BGH GRUR 1988, 690 (693) – *Kristallfiguren*; BGH GRUR 1999, 923 (928) – *Tele-Info-CD*; BGH GRUR 2002, 709 (711) – *Entfernung der Herstellungsnummer III*.

¹²⁴³ Durch Delegation kann die Geschäftsführungsstellung auf Verantwortungsträger innerhalb der Unternehmenshierarchie übergehen. Daher handelt es sich nicht um die Haftung der Geschäftsführung, sondern auch von anderen Leitungspersonen, Fischer, StGB, § 13 Rdn. 67.

¹²⁴⁴ RGSt 58, 130 (132 f.) – *Fahrradexport*; BGHSt 57, 42 (Rdn. 13) – *Mobbing-Fall*; Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, Rdn. 951; Lackner/Kühl, StGB, § 13 Rdn. 14; Rotsch, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 1 B, Rdn. 44; (zu § 16 Abs. 1 UWG) Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 16 Rdn. 21; (zu § 4 UWG a.F.) Göhler, in: FS-Dreher, S. 611 (612 ff.); siehe auch BGHSt 54, 44 (Rdn. 27) – *Berliner Stadtreinigung*, wo der BGH davon ausgegangen ist, dass auch die Garantenstellung des Compliance Officer durch die Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung begründet werden kann. **A.A. (Wettbewerbsrecht)** BGH GRUR 2014, 883 (Rdn. 23) – *Geschäftsführerhaftung*; **(Zivilrecht)** BGH NJW 2012, 3439 (Rdn. 23 ff.) – *Keine Garantenpflicht von Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern gegenüber Dritten zur Verhinderung von Vermögensschäden*; ausdrücklich zustimmend Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rdn. 724 (Fn. 87), Rdn. 724a (Fn. 95); (zu § 4 UWG a.F.) Otto, GRUR 1982, 274 (282).

die Meinungen darüber, ob und wie sich eine solche Garantenstellung begründen lässt, weit auseinander.

a) Organisationsherrschaft

Ein Teil der Literatur nimmt ausdrücklich – allerdings allein bei der Begründung – auf die Grundsätze der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft Bezug.¹²⁴⁵ Dies findet man am deutlichsten bei *Schünemann*: „Es soll (...) nur noch auf die von *Roxin* entwickelte Rechtsfigur der *mittelbaren Täterschaft* durch Benutzung eines *organisatorischen Machtapparates* hingewiesen werden. Wegen der von dem Grundsatz der Begehungsäquivalenz geforderten Gleichheit der Zurechnungsprinzipien beim Begehungsdelikt und beim unechten Unterlassungsdelikt darf es keine Rolle spielen, ob die Täterschaft durch ein aktives Tun im Rahmen des organisatorischen Machtapparates oder durch die Nichtverhinderung eines Verbandsdeliktes im Rahmen des eigenen Herrschaftsbereiches vermittelt wird, und die hier entwickelte personale Garantenstellung der Unternehmensorgane stellt nur das Pendant zur mittelbaren Täterschaft beim aktiven Tun dar.“¹²⁴⁶

Nach dieser Begründung von der Geschäftsherrenhaftung soll diese davon abhängen, ob die Leitungspersonen innerhalb der Organisation über eine derart uneingeschränkte Autorität verfügen, dass sie das rechtsgutverletzende Untergebenenverhalten durch ein Machtwort jederzeit verhindern könnten, und somit kraft Herrschaft über die schadensursächliche Person als Gefahrenquelle die Position eines Garanten einnehmen. Nach *Schünemann* ist dies in der Regel zu bejahen, weil diese kraft ihrer rechtlich vermittelten Befehlsgewalt, ihres überlegenen Sachwissens sowie der faktischen Durchsetzbarkeit ihrer Anordnungen das Verhalten der hierarchisch nachgeordneten Unternehmensangehörigen beherrschen.¹²⁴⁷ Die faktische Durchsetzbarkeit ergebe sich aus der jederzeitigen Austauschbarkeit des einzelnen Mitarbeiters.¹²⁴⁸

Im Hintergrund des Konzept von *Schünemann* steht also der Grundgedanke, dass die garantenbegründende Herrschaft über gefährliche Sachen und sachgebundene Einrichtungen mit der Innehabung des Gewahrsams an dieser Sache identisch bzw. – wie aus der Auslegung des § 242 StGB bekannt¹²⁴⁹ – mehrstufig ist.¹²⁵⁰ *Schünemann* bestätigt das. Die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaft bedeute, dass die Herrschaft über gefährliche Sachen zunächst unmittelbar den Gewahrsamsinhaber treffe. Aber auch

¹²⁴⁵ Z.B. *Rogall*, ZStW 98 (1986), 573 (616 ff.); *Schlösser*, NZWiSt 2012, 281 (283 f.); *Schünemann*, wistra 1982, 41 (45); *Schünemann*, ZStW 96 (1984), 287 (318); *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rdn. 296.

¹²⁴⁶ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 103.

¹²⁴⁷ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 101 ff., 104.

¹²⁴⁸ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 102 f.

¹²⁴⁹ Vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, § 242 Rdn. 13.

¹²⁵⁰ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 95.

der Geschäftsherr sei als Mitgewahrsamsinhaber entsprechend seiner unstrittigen Garantenstellung aus Herrschaft über den Betrieb mit verantwortlich.¹²⁵¹ Seine Herrschaft beziehe sich demzufolge sowohl auf die Sachherrschaft als auch auf die personale Herrschaft. Die letztgenannte Herrschaft werde im Unternehmen gerade durch das Direktionsrecht gewährleistet.¹²⁵² Diese rechtlich verankerte und faktisch existente Befehlsgewalt mache den Untergebenen „*partiell unmündig*“.¹²⁵³ Da die „*partielle Unmündigkeit*“ der untergebenen Betriebsangehörigen die Vorgesetzten zu „*Aufsichtsgaranten*“¹²⁵⁴ mache, sei die Garantenhaftung der Vorgesetzten für Handlungen ihrer Untergebenen unabhängig von einer gegenständlich radizierten Herrschaft zu bejahen.¹²⁵⁵

Dementsprechend unterscheidet *Schünemann* zwischen zwei verschiedenen Typen von Garantenpflichten. Primärer Garant sei immer der Sachnächste, also derjenige, der die unmittelbare Herrschaft über die Sache ausübe bzw. mit der Sache unmittelbar umgehe und über ihre Behandlung entscheiden könne. Haben mehrere Sachnächste sowie der unmittelbare Befehlshaber, dessen Anordnungen für die Behandlung der Sache also in erster Linie maßgeblich seien, eine sektorale Garantenstellung im Hinblick auf die von ihnen jeweils betreuten und kontrollierten Sachfunktionen einer Gruppe, stehen diese schließlich in einer die ganze Sache umfassenden primären Garantenstellung.¹²⁵⁶ Der mit direkter Weisungsbefugnis ausgestattete Vorgesetzte, der die Herrschaft in zweiter Stufe besitze, habe demzufolge eine weitere Garantenstellung inne, die *Schünemann* als sekundäre Garantenstellung bezeichnet.¹²⁵⁷ Während der Sachnächste entsprechend seiner betrieblichen Zuständigkeit diejenigen körperlichen Verrichtungen durchzuführen habe, die zur Eindämmung der Gefahrenquelle geboten seien (primäre Garantenpflichten), seien die in der Hierarchie übergeordneten Mitgewahrsamsinhaber zur Koordination und Kontrolle verpflichtet (sekundäre Garantenpflichten).¹²⁵⁸ Die Pflicht des übergeordneten Mitgewahrsamsinhabers umfasse ferner, im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren, die Benutzung der gefährlichen Sache durch untergeordnete Mitgewahrsamsinhaber und Be-

¹²⁵¹ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 96 f.

¹²⁵² *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 90.

¹²⁵³ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 89: „Um Missverständnisse zu vermeiden, sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass ich unter partieller Unmündigkeit keine natürliche (biologisch-psychologische) Einschränkung der menschlichen Steuerungsfähigkeit verstehe, sondern die rechtlich verankerte und faktisch existente Befehlsgewalt eines Menschen über einen anderen Menschen.“; a.a.O. S. 102: „Unter partieller Unmündigkeit ist dabei lediglich die auf einem bestimmten Gebiet bestehende Gehorsamspflicht zu verstehen, wie sie beim Arbeitnehmer nicht geleugnet werden kann.“

¹²⁵⁴ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 89.

¹²⁵⁵ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 101 f.

¹²⁵⁶ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 95.

¹²⁵⁷ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 96 f.

¹²⁵⁸ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 97 f.

sitzdiener zu Exzesstaten zu verhindern.¹²⁵⁹ *Schünemann* versteht unter „Exzesstaten“ die Delikte, die im eigenen Interesse begangen werden.¹²⁶⁰

b) Betrieb als Gefahrenquelle

Eine andere Auffassung weicht auf einen anderen Begründungsansatz aus und stützt die Garantenstellung von Leitungspersonal auf die Herrschaft über den Betrieb als solchen, der aufgrund seines kriminogenen Potentials bereits an sich eine Gefahrenquelle darstelle. Ob die dritten Personen drohenden Gefahren aus einem einzelnen betrieblichen Gegenstand selbst oder aus sorgfaltswidrigem oder gar vorsätzlichem Fehlverhalten der in dem Betrieb Beschäftigten resultieren, mache im Hinblick auf den Grundgedanken von der Garantenstellung aus Sachherrschaft über Gefahrenquellen keinen Unterschied. Im Übrigen sei eine Unterscheidung zwischen Sachgefahren einerseits – für deren Realisierung das Leitungspersonal unstrittig haftet – und Personalfahren andererseits kaum möglich, und deshalb müsse man insgesamt von einem „Gefahrenherd Betrieb“ ausgehen. Diese Auffassung geht also von einer „verlängerter Sachgarantenstellung“ der Leitungspersonen aus, die den „Gefahrenherd Betrieb“ unter sicherheitsgewährender Kontrolle halten müssen, ohne Rücksicht darauf, ob die Gefahren aus dem sachlichen oder persönlichen Potenzial des Betriebs herrühren.¹²⁶¹

c) Die grundsätzlich ablehnende Ansicht

Die eine Geschäftsherrenhaftung ablehnende Literaturmeinung stützt sich gerade auch auf die für eine Geschäftsherrenhaftung erwähnten Argumente. Es wird zunächst die Frage gestellt, wie sich die Garantenstellung plausibel begründen lässt, während eine mittelbare Täterschaft beim aktiven Tun durch Organisationsherrschaft schwerlich zu begründen sei, dieselben Gesichtspunkte aber für eine Garantenstellung, die eine gesteigerte Verantwortlichkeit verlangt, genügen sollen. Dies führe zu Distorsionen. Darüber hinaus sei die Annahme verfehlt, dass der Geschäftsherr deshalb zur Unterbindung von Straftaten der Untergebenen verpflichtet ist, weil ihn eine Aufsichtsgarantenstellung treffe. Das Direktionsrecht der Leitungspersonen gewähre sicherlich keine ausreichende Herrschaft über Untergebene, die Willensbildung des Untergebenen bereits im Vorfeld einer möglichen Straftatbegehung zu beeinflussen. Das Bild vom Mitarbeiter als strafunmündiger, ständiger Gefahrenquelle sei daher wenig überzeugend. Im Übrigen seien für den Bereich der Wirt-

¹²⁵⁹ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 98.

¹²⁶⁰ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 106.

¹²⁶¹ In diesem Sinne *Brammsen*, in: Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 105 (126 ff.); *Dannecker*, NZWiSt 2012, 441 (444); *Dannecker/Dannecker*, JZ 2010, 981 (990); *Merz*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 13 StGB Rdn. 39; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 36 ff, 41; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rdn. 137 ff.; *Schall*, in: FS- Rudolphi, S. 267 (271 ff., 277 f.); *Schall*, in: FS-Kühl, S. 417 (423 f.).

schaft keine den §§ 357 StGB, 41 WStG vergleichbaren Normen vorhanden. Die eigentliche Problematik ergebe sich aus der verfassungsrechtlich verankerten Personenautonomie, also aus dem im Verfassungsrecht wurzelnden Grundsatz, dass niemand für das Verhalten anderer verantwortlich zu machen sei, sofern der andere volljährig und vernünftig sei. Denn nicht der Betrieb sei der Urheber der relevanten Gefahren, sondern die verantwortlichen Personen in diesem Betrieb. Die Gleichstellung von Sach- und Personengefahr verstoße daher gegen das Eigenverantwortungsprinzip. Eine *generelle* Geschäftsherrenhaftung sei daher abzulehnen.¹²⁶² Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn sich eine spezielle Gefährdung Außenstehender schon aus der Natur des konkreten Betriebs ergebe. In diesem Fall müsse der Inhaber nicht nur die unmittelbar von den zum Betrieb gehörenden Sachen (z.B. Kriegswaffen, Gift) ausgehenden Gefahren unter Kontrolle halten, sondern auch dafür sorgen, dass sich die Gefahren nicht durch Fehlverhalten seines Personals verwirklichen.¹²⁶³

Überträgt man diese Auffassung auf § 16 Abs. 1 UWG, soll lediglich dessen Garantienpflicht anzunehmen sein, der oben im Rahmen der zweiten Konstellation als Garant behandelt wurde. Denn die Werbung ist an sich keine „besonders gefährliche Sache“, die besonders überwachungsbedürftig ist, wie es bspw. bei Kriegswaffen der Fall ist.

d) Stellungnahme

Es ist zuzustimmen, dass sich eine Garantienstellung kraft Organisationsherrschaft auf den ersten Blick nicht plausibel begründen lässt, weil der Vergleich mit der aktiven mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft besondere Probleme aufwirft. Unzweifelhaft müsste auch Tatherrschaft beim aktiven Tun angenommen werden, wenn die Befehlsgewalt beim Unterlassen Herrschaft begründen könnte. Die Literaturmeinung, die die Begründung der Geschäftsherrenhaftung aus diesem Grund als widersprüchlich bezeichnet und ablehnt, verkennt aber den ausschlaggebenden Punkt:

Die hier im Rahmen des Unterlassungsdelikts erwähnte Organisationsherrschaft kann nie mit einer Organisationsherrschaft gleichgestellt werden, die der BGH beim aktiven Tun zu Unrecht annimmt. Beim unechten Unterlassungsdelikt geht es nicht um die Anordnung der Begehung einer Zuwiderhandlung, sondern um die Anordnung ihrer Verhinderung.

¹²⁶² Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 142 ff., 224 ff.; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 108 ff., 118; Hsü, Garantienstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?, S. 241 ff., 254 f.; Jescheck, in: LK (11. Auflage), § 13 Rdn. 45; Otto, Jura 1998, 409 (413); Rudolphi/Stein, in: SK-StGB, § 13 Rdn. 35a; Weigend, in: LK, § 13 Rdn. 56; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rdn. 724 f.; siehe auch Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 228 ff., 237.

¹²⁶³ Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 191; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 118 ff.; Jescheck, in: LK (11. Auflage), § 13 Rdn. 45; Langkeit, in: FS-Otto, S. 649 (653); Weigend, in: LK, § 13 Rdn. 56. Auf den Gedanken der Ingerenz stützen sich auch Beulke, in: FS-Geppert, S. 23 (39 f.); Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 240 ff., 259 f.

Gerade dieser Unterschied zwingt dazu, die beiden Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft anders auszulegen. Eine „Fungibilität“ im Sinne der aktiven mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bedeutet, dass, nachdem ein Arbeitnehmer sich geweigert hat, die angewiesene Straftat zu begehen, sogleich ein anderer seine Funktion übernimmt und die Anweisung vollzieht. Da der Arbeitnehmer sich für das Recht entschieden hat, greift der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz. In einem Wirtschaftsunternehmen kann daher von „Fungibilität“ kaum die Rede sein. Gerade diese Situation ist aber in den unter der Geschäftsherrenhaftung diskutierten Fallgruppen umgekehrt. Der Mitarbeiter hat sich für das Unrecht entschieden. Dieser Mitarbeiter muss deshalb entlassen und ein anderer an seiner Stelle eingestellt werden, mit der Hoffnung, dass der neue Mitarbeiter sich für das Recht entscheidet. Da es – sogar im Interesse des Unternehmens – ein wichtiger Kündigungsgrund ist, eine Straftat zu begehen, greift der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz in diesem Fall nicht. In diesem Sinne haben die Leitungspersonen eine Organisationsherrschaft inne und haften für die Rechtsgutsverletzungen gerade wegen des Nichtgebrauchs dieser Macht. Ähnliche Überlegungen gelten auch für die zweite Voraussetzung einer Organisationsherrschaft. Das Kriterium der Rechtsgelöstheit im Wirtschaftsunternehmen wird im Sinne der aktiven mittelbaren Täterschaft deshalb verneint, weil man bei einer auf der Basis des Rechts arbeitenden Organisation erwarten kann, dass rechtswidrige Anweisungen nicht befolgt werden. Die Anordnung strafbarer Handlungen kann nicht herrschaftsbegründend wirken, weil die Gesetze den höheren Rangwert haben und damit die Willensmacht des Hintermannes ausschließen. Umgekehrt bedeutet dies, dass, solange die Leitungspersonen sich prinzipiell an eine von ihnen unabhängige Rechtsordnung halten, die Anordnung gegen strafbare Handlungen herrschaftsbegründend wirken sollte, weil die Gesetze den höheren Rangwert haben und damit der Willensmacht des Hintermannes zur Durchsetzung verhelfen. Genau diese Konstellation findet man bei der Unterlassungshaftung vor, denn wenn das Recht davon ausgeht, dass der Einzelne kriminogenen Anreizen widersteht und stets rechtmäßig handelt, sollte die Annahme nicht lebensfremd sein, dass die Weisungen der Leitungspersonen zum rechtmäßigen Verhalten in aller Regel befolgt werden. Davon auszugehen, dass die Unterlassung derartiger Weisungsmacht zur Verantwortlichkeit der Leitungspersonen führt, benachteiligt die Leitungspersonen, die gegen die Begehung einer Zuwiderhandlung angewiesen haben, nicht gegenüber den Leitungspersonen, die eine Zuwiderhandlung angeordnet haben. Denn derartige Weisungsmacht – wie gerade oben dargestellt wurde – wird durch den uneingeschränkten Austauschmarkt unterstützt. Die Innehabung einer so verstandenen Organisationsherrschaft führt zur Straftatverhinderungspflicht.¹²⁶⁴

¹²⁶⁴ Sehr lesenswert: *Morozinis*, Dogmatik der Organisationsdelikte, S. 483 ff.

Auf den ersten Blick ist der die Geschäftsherrenhaftung ablehnenden Literaturmeinung ferner dahingehend zuzustimmen, dass der Hinweis auf eine Aufsichtsgarantenstellung wenig zutreffend scheint, da – nach Auffassung der Literatur, die an *Schünemann* anschließt – die Leitungspersonen sich rasch in die Gruppe derjenigen Aufsichtspersonen einreihen, die wie Eltern, Lehrer oder militärische Vorgesetzte kraft ihrer gesetzlich vorgegebenen Stellung das Recht und die Pflicht haben, die von ihnen zu Beaufsichtigenden zu einem rechtstreuen Verhalten zu erziehen. Man kann bei einem Vergleich mit den Standardfällen der Aufsichtsgarantenstellungen nicht viele Gemeinsamkeiten mit betrieblichen Über- bzw. Unterordnungsverhältnissen finden.¹²⁶⁵ Diese Tatsache genügt aber nicht, die Geschäftsherrenhaftung abzulehnen. Die Garantenstellung soll lediglich – als Folge der Organisationsherrschaft – an die Gefahrenquellen-Überwachungsgarantenstellung geknüpft werden. Das bedeutet, dass die unstrittige Sachüberwachungsgarantenstellung aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle „verlängert“ werden sollte, indem zu der Pflicht der Leitungspersonen zur Sicherung der ihrem Herrschaftsbereich unterstehenden Gefahrenquellen eine weitere Pflicht heranzuziehen ist, um die rechtswidrige Verwendung dieser Gefahrenquellen durch ihre Untergebene zu verhindern. Diese Vorgehensweise steht mit dem Autonomieprinzip in Einklang. Die Rechtsprechung bezüglich der Garantenstellung eines Wohnungsinhabers als Überwachungsgarant, der unter bestimmten Umständen ebenfalls die Straftaten eines eigenverantwortlichen Dritten verhindern muss,¹²⁶⁶ zeigt erstens, dass das Strafrecht nicht nur einem Beschützer-, sondern auch einem Überwachergarant eine strafbewehrte Pflicht auferlegt, solange die Straftatverhinderungspflicht aus dem räumlich-gegenständlichen Herrschaftsbereich abgeleitet werden kann. Zweitens kann die Eigenverantwortlichkeit eines Dazwischentretenden zwar eine Rolle spielen, schließt aber die Unterlassungsverantwortlichkeit der Leitungspersonen nicht aus. Und drittens ist die Unterscheidung zwischen Sach- und Personalgefahren zwar möglich, innerhalb eines Betriebs aber gleich zu behandeln und so eine einheitliche Haftung von Leitungspersonal herbeizuführen.

Es ist somit festzuhalten, dass die Garantenstellung von Leitungspersonal aus der „Organisationsherrschaft über eine Gefahrenquelle“ abgeleitet werden kann.¹²⁶⁷ Diese Garan-

¹²⁶⁵ *Brammsen*, in: Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 105 (124 ff.); siehe auch *Hoyer*, in: Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 183 (201 f.).

¹²⁶⁶ Vgl. BGHSt 30, 391 (396) – *Garantenstellung des Wohnungsinhabers II*.

¹²⁶⁷ (Im Umkehrschluss) ebenso BGHSt 57, 42 (Rdn. 14) – *Mobbing-Fall*. Denn dem BGH zufolge ergebe sich eine Garantenstellung weder aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers noch aus der Herrschaft über den Betrieb als Gefahrenherd, wenn es am Betriebsbezug fehlt. Damit verzichtete er auf eine nähere dogmatische Herleitung der Geschäftsherrenhaftung. Die Erwähnung beider Begründungsansätze deutet jedoch darauf hin, dass er sie im Fall des Vorliegens des Betriebsbezugs – wie hier – auch kumulativ für möglich

tenstellung begründet aber selbstverständlich nicht die Pflicht zur Verhinderung jedweder im Betrieb begangenen Straftaten. Umfasst werden lediglich die „betriebsbezogenen“ Delikte.¹²⁶⁸ Was unter diesem Begriff zu verstehen ist, lässt sich sicherlich nicht klar beantworten. Nach dem BGH ist eine Tat „betriebsbezogen“, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebs aufweist. Die Tat, die der Mitarbeiter lediglich bei der Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht, begründet daher keine Garantenstellung.¹²⁶⁹ Ob die Ausführungen des BGH in jeder Hinsicht überzeugend sind, wird in der Literatur zu Recht bezweifelt.¹²⁷⁰ Unklar bleibt z.B., ob es genügt, dass der Täter in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit im weiteren Sinne eine Tat begeht.¹²⁷¹ Im Rahmen dieser Arbeit kann von einer ausführlichen Auseinandersetzung mit der Auffassung des BGH abgesehen werden, weil die Einordnung der Werbung mit einer unwahren oder irreführenden Angabe für Produkte des Betriebs als betriebsbezogenes Delikt offenkundig ist.¹²⁷² Dies ergibt sich schon aus der Unterlassungsdogmatik bei § 16 Abs. 1 UWG. Wie dort festgestellt,¹²⁷³ ist eine Garantenstellung des Werbenden nur dann zu bejahen, wenn das ursprüngliche Verhalten des Täters den Charakter einer Irreführung bzw. einer Irreführungseignung in sich trägt und die daraus resultierende Aufklärungspflicht gerade dem Schutz der Dispositionsfreiheit des Opfers dient. Davon ist immer auszugehen, wenn ein Mitarbeiter als Anbieter eines Versteigerungsangebots einen zukünftigen Vertragspartner des Unternehmens durch irreführende Angaben täuscht. Da die irreführenden und unwahren Angaben eine spezifische Betriebsgefahr darstellen, welche ihren Ursprung im Betrieb selbst hat, besteht für das Unternehmen eine Pflicht zur Aufklärung, und diese müssen die Leitungspersonen

hält. Aus diesem Grund ist die Auffassung bezüglich der Garantenstellung Compliance Officer zurückzuweisen, wonach die Weisungsbefugnis gegenüber der die Bezugstat begehenden Unternehmensangehörigen notwendige Voraussetzung einer Garantenstellung sei, so aber *Beulke*, in: FS-Geppert, S. 23 (36 f.); *Schneider/Gottschaldt*, ZIS 2011, 573 (574); *Warneke*, NSTZ 2010, 312 (316).

¹²⁶⁸ Siehe nur *Fischer*, StGB, § 13 Rdn. 68 ff.

¹²⁶⁹ BGHSt 57, 42 (Rdn. 13) – *Mobbing-Fall*.

¹²⁷⁰ Vgl. *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (178 ff.); *Kudlich*, HRRS 2012, 177 (180); *Selbmann*, HRRS 2014, 235 (242 ff., 249).

¹²⁷¹ Vgl. hierzu etwa im Fall gewalttätiger Handlungen des Türstehers einer Diskothek: (verneint) *Gimbernat Ordeig*, in: FS-Roxin, S. 651 (661); (bejaht) *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rdn. 139; *Schall*, in: FS-Rudolphi, S. 267 (276). Siehe auch *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, Rdn. 951a: „Fraglich ist, ob den Geschäftsherrn auch dann eine Garantenstellung zur Verhinderung von Straftaten eines Mitarbeiters trifft, wenn sie sich nicht gegen eine unternehmensexterne Person, sondern gegen einen Kollegen des Täters (z.B. Mobbing durch Beleidigung oder Körperverletzung) richtet. Zwar begeht der Täter eine solche Tat nicht anlässlich seiner beruflichen Tätigkeit, so dass eine Überwachergarantenstellung ausscheidet. Zutreffend erscheint es jedoch, eine Beschützergarantenstellung des Betriebsinhabers aus seiner Stellung als Arbeitsgeber anzunehmen, da er nicht nur arbeitsrechtliche, sondern auch strafrechtlich abgesicherte Fürsorgepflicht innehat. Erforderlich ist allerdings ebenfalls ein Betriebsbezug, so dass der Arbeitgeber nur gegen Straftaten im Betrieb einschreiten muss.“; im Ergebnis ebenso *Schall*, in: FS-Kühl, S. 417 (428 ff.); zurückhaltend aber *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rdn. 57a; ablehnend *Haas*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 13 Rdn. 73.

¹²⁷² Vgl. *Fischer*, StGB, § 13 Rdn. 70; *Poguntke*, CCZ 2012, 158 (159); *Ransiek*, AG 2010, 147 (151).

¹²⁷³ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 e).

wahrnehmen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass § 4 Abs. 2 UWG a.F.,¹²⁷⁴ der die Geschäftsherrenhaftung im Bereich der irreführenden Werbung gesondert geregelt hatte, im Zuge der UWG-Novelle 2004 ersatzlos gestrichen wurde. Denn daraus kann nicht geschlussfolgert werden, dass der Gesetzgeber eine Diskussion über die Garantstellung von Leitungspersonal eröffnen wollte, um diese einzuschränken.¹²⁷⁵

¹²⁷⁴ § 4 Abs. 2 UWG a.F. lautete: „Werden die im Absatz 1 bezeichneten unrichtigen Angaben in einem geschäftlichen Betriebe von einem Angestellten oder Beauftragten gemacht, so ist der Inhaber oder Leiter des Betriebs neben dem Angestellten oder Beauftragten strafbar, wenn die Handlung mit seinem Wissen geschieht.“

¹²⁷⁵ Vgl. hierzu BT-Drucks. 8/2145, S. 12: „Künftig soll der Inhaber nur noch nach den allgemeinen Teilnahmeregeln haften. Dabei ist davon auszugehen, dass den Inhaber oder Leiter des Betriebs eine Garantpflicht dafür tritt, dass von seinem Betrieb keine irreführenden Werbeangaben gemacht werden, dass er also auch dann, wenn er untätig bleibt, nach den Grundsätzen des § 13 StGB als Täter oder Teilnehmer in Betracht kommt.“

C. STRAFRECHTLICHE VERANTWORTUNG VON AUKTIONSHÄUSERN

Nun ist die strafrechtliche Verantwortung von Auktionshäusern zu untersuchen. Wie oben dargestellt, sind die Auktionshäuser im System des TMG als Host-Provider (§ 10 TMG) zu qualifizieren. Die Antwort auf die Frage, ob sie *neben* dem Content-Provider zur Verantwortlichkeit wegen strafbaren Werbung gemäß § 16 Abs. 1 UWG herangezogen werden können, besteht in einer mehrstufigen Prüfung, weil der Regelung des § 10 TMG eine Vorfilter-Funktion¹²⁷⁶ zukommt mit der Folge, dass vor allem die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung zu untersuchen sind (I). Die Verantwortung nach dem materiellen Strafrecht kann erst nach dieser Untersuchung geklärt werden, wenn die Haftungsprivilegierung nicht greift (II).

I. Der Privilegiausausschluss gemäß § 10 TMG

Um eine Privilegierung in Anspruch nehmen zu können, müssen die Auktionshäuser die Voraussetzungen des § 10 TMG erfüllen, so dass (1) es sich um eine fremde Information handeln muss, die sie für einen Nutzer speichern (§ 10 Satz 1 TMG), (2) sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information (§ 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG) bzw. – im Falle von Schadenersatzansprüchen – keine Kenntnis von Tatsachen oder Umständen haben dürfen, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird (§ 10 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. TMG),¹²⁷⁷ (3) sie im Falle dieser Kenntnis unverzüglich tätig geworden sein müssen, um die Information zu löschen oder den Zugang zu ihr zu sperren (§ 10 Satz 1 Nr. 2 TMG) und (4) der Nutzer ihnen nicht unterstehen und von ihnen nicht beaufsichtigt werden darf (§ 10 Satz 2 TMG).

1. Speicherung fremder Informationen für einen Nutzer

§ 10 TMG setzt voraus, dass es sich um fremde, für einen Nutzer gespeicherte Informationen handelt. Danach muss das Auktionshaus, um Haftungsprivilegierung zu genießen, die Informationen zunächst „für einen Nutzer“ speichern. Da sowohl der Anbieter als auch der Bieter „Nutzer“ i.S.d. § 2 Satz 1 Nr. 3 TMG sind und das Auktionshaus auf sei-

¹²⁷⁶ Siehe Gliederungspunkt Teil 3 A III.

¹²⁷⁷ Da § 10 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. TMG lediglich die Voraussetzungen von Schadenersatzansprüchen regelt, kann diese Regelung nur am Rande besprochen werden.

nem Server die vom Nutzer eingegebenen Angebotsbeschreibungen bzw. die Gebote auf dieses Angebot speichert, ist diese Voraussetzung unzweifelhaft erfüllt.

Im nächsten Schritt ist zu ermitteln, ob es sich bei den für den Nutzer gespeicherten Informationen bei der Fremdversteigerung¹²⁷⁸ um für das Auktionshaus fremde oder um eigene Informationen handelt.

Auf den ersten Blick erscheint die Abgrenzung leicht zu fallen. Es liegt nahe, dass Informationen, die von dem Auktionshaus herrühren, als eigene zu qualifizieren sind, bzw. dann von fremden Inhalten zu sprechen ist, wenn diese von einem Dritten stammen. Dies entspricht der Literaturmeinung, wonach die ECRL lediglich von der „Verantwortlichkeit der Vermittler“ für „von einem Nutzer“ (Art. 12 und 13) bzw. „durch einen Nutzer“ (Art. 14) „eingegebene Informationen“ spreche. Aus der Formulierung des Art. 14 ECRL könne damit der Schluss gezogen werden, dass die ECRL lediglich zwischen Informationen, die der Host-Provider eingegeben hat, und solchen Informationen, die der Nutzer eingegeben hat, unterscheidet. Maßgeblich sei nach der ECRL also die eigenständig bewirkte, technische Herkunft der Informationen.¹²⁷⁹

Nach der stark überwiegenden Meinung sind dagegen die von den Nutzern eingegebenen Informationen für das Auktionshaus *nicht* immer fremde Informationen. Denn der Gesetzgeber,¹²⁸⁰ der BGH¹²⁸¹ und die Literatur¹²⁸² gehen davon aus, dass Informationen auch dann als „*eigene*“ Informationen gewertet werden können, wenn sich das Auktionshaus diese zu Eigen gemacht hat.

¹²⁷⁸ Geht es um Eigenversteigerung, ist es offensichtlich, dass das Auktionshaus nach den allgemeinen Gesetzen als Content-Provider verantwortlich ist.

¹²⁷⁹ Vgl. Altenhain, in: MüKo-StGB, Vor §§ 7 ff. TMG Rdn. 20; Berger/Janal, CR 2004, 917 (918 f.); Fitzner, MMR 2011, 83 (86); Fitzner, GRUR-Int. 2012, 109 (113); Hoffmann, MMR 2002, 284 (288); Liebau, Jura 2006, 520 (523); Säcker, MMR-Beilage 9/2001, 2 (3); Schmitz/Dierking, CR 2005, 420 (424 f.); Sieber/Höfner, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 39 ff.; Spindler, NJW 2002, 921 (923); Spindler, MMR 2004, 440 (441); Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, § 8 TDG Rdn. 6.

¹²⁸⁰ BT-Drucks. 13/7385, S. 19; BT-Drucks. 14/6098, S. 23.

¹²⁸¹ Aus neuerer Zeit: BGH GRUR 2008, 534 (Rdn. 20) – *ueber18.de*; BGH GRUR 2012, 311 (Rdn. 20) – *Blog-Eintrag*; BGH GRUR 2013, 370 (Rdn. 21) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 818 (Rdn. 9) – *Die Realität*; BGH GRUR 2013, 1229 (Rdn. 31) – *Kinderhochstühle im Internet II*.

¹²⁸² Z.B. Bär, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 14. Kapitel Rdn. 188; Blanke, Über die Verantwortlichkeit des Internet-Providers, S. 53; Ehret, CR 2003, 754 (757); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rdn. 80; Engel-Flehsig, ZUM 1997, 231 (235); Ensthaler/Heinemann, WRP 2010, 309 (310); Fischer, StGB, § 184 Rdn. 28b; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rdn. 199; Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184 Rdn. 47; Koch, CR 1997, 193 (197); Köster/Jürgens, MMR 2002, 420 (423); Leible/Sosnitza, WRP 2004, 592 (595); Matthies, Providerhaftung für Online-Inhalte, S. 140 ff.; Mehler, WRP 2006, 819 (822); Pelz, ZUM 1998, 530 (532); Pichler, MMR 1998, 79 (86 f.); Schmitz/Laun, MMR 2005, 208 (210 f.); Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 290 f.; Spindler, NJW 1997, 3193 (3196); Stadler, Haftung für Informationen im Internet, Rdn. 74; Ufer, Die zivilrechtliche Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz, S. 56 ff.; Vassilaki, MMR 1998, 630 (633).

Da aber die Möglichkeit des „Sich zu eigen Machens“ die Gefahr in sich birgt, dass praktisch jede Information als eine zu eigen gemachte Information behandelt werden kann,¹²⁸³ dies letztendlich aber mit dem haftungsbeschränkenden Ziel des TMG nicht vereinbar ist,¹²⁸⁴ werden in der Literatur zu der Abgrenzung von fremden und „sich zu eigen gemachten“ Informationen zahlreiche Ansichten entwickelt.

¹²⁸³ Ein gutes Beispiel: LG Köln CR 2001, 417 (418) – *Gefälschte Rolex-Uhren bei der Online-Auktion*. Das LG Köln hat die Auffassung vertreten, dass eine eigene Information auch dann vorliege, wenn der Marktplatzbetreiber zwar einen fremden Inhalt ins Netz stelle und diesen eventuell auch als fremden kenntlich mache. Aus der Sicht des Nutzers finde jedoch eine Verquickung derart statt, dass das Onlineauktionshaus und Fremdinhalt quasi als Einheit erscheinen und sich der Marktplatzbetreiber den Fremdinhalt damit gleichsam zu Eigen gemacht habe. Das sei der Fall, wenn der einzelne Anbieter vom Betreiber des Online-marktplatzes ein Pseudonym zugewiesen bekomme, aufgrund dessen er praktisch hinter dem Betreiber verschwinde. Aus Sicht des Nutzers sei dann der eigentliche Anbieter nicht mehr individualisierbar. Hinzu komme, dass allein der Marktplatzbetreiber einen Vertragsschluss herbeiführen könne und den Bieter vom Zustandekommen des Kaufvertrages unterrichtet. Aufgrund dieser Verquickung stehen der Marktplatzbetreiber und der Anbieter des jeweiligen Gegenstandes einem Nutzer als untrennbare Einheit gegenüber, so dass sich das Auktionshaus die jeweiligen Informationen zu Eigen mache. Unerheblich sei dabei, ob das Auktionshaus am Vertragsschluss zwischen dem Anbieter und dem Höchstbieter selbst beteiligt ist oder als Bote auftritt. Denn für den Bieter stehe bei dem Geschäft der Marktplatzbetreiber als einziger von ihm auszumachender Beteiligter im Vordergrund. Dieser steuere den gesamten geschäftlichen Vorgang aus Sicht des Nutzers, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Kenntnis genommen hat. Er gebe nach seinen AGB ein standardisiertes Verfahren für die Online-Auktion vor. So gebe er die Laufzeit der Auktion vor, bestimme die Vertragsabwicklung und sei berechtigt, ohne Angabe von Gründen angebotene Gegenstände zu einem von ihm zu wählenden Zeitpunkt wieder aus der Liste der angebotenen Gegenstände zu streichen. Der jeweilige Bieter könne nur nach diesen genau festgelegten Regeln teilnehmen. Darüber hinaus sei der Marktplatzbetreiber aufgrund der AGB durch die vom Anbieter zu zahlenden kaufpreisabhängigen Provisionen am konkreten Umsatz der auf seiner Plattform durchgeführten Auktionen beteiligt. Er habe somit ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an einem erfolgreichen Vertragsschluss. Diese kaufpreisabhängige Provision könne nur sicher errechnet werden, wenn er den konkreten Vertragsschluss herbeiführe. Aus alledem ergebe sich, dass das Onlineauktionshaus gerade nicht nur eine Plattform zur Verfügung stelle, sondern in erheblichem Umfang darüber hinaus tätig werde. Es sei damit Content-Provider.

¹²⁸⁴ Dies kann wiederum anhand der Entscheidung des LG Köln CR 2001, 417 – *Gefälschte Rolex-Uhren bei der Online-Auktion* verdeutlicht werden: Unter keinem der in Betracht zu ziehenden Gesichtspunkte kann angenommen werden, dass der Betreiber eines Fremdversteigerungsmarktplatzes sich Informationen seines Nutzers bezüglich der Angebotsbeschreibung zu Eigen machte. Zuzustimmen ist zunächst, dass das Auktionshaus ein Interesse finanzieller Art hat. Denn alle Auktionshäuser berechnen entweder Angebotsgebühren oder erheben kaufpreisabhängige Erfolgsprovisionen für den Fall des Zustandekommens eines Vertrages zwischen dem Anbieter und dem Bieter. Die Annahme eines Zueigenmachens einer Information allein aus dieser Tatsache ist aber im Ergebnis abzulehnen, weil sonst der Ausnahmecharakter des „sich zu Eigen Machens“ die Regel wäre. Immerhin ist das Profitieren von Nutzungsentgelten der ausschlaggebende Grund für jegliches Handeln der Provider. Gegen das wirtschaftliche Interesse als Abgrenzungsmerkmal sprechen ferner auktionsspezifische Aspekte. Wie bereits dargestellt, kommt es zu einem Vertragsschluss zwischen dem Anbieter und dem Bieter bei einer Online-Auktion ohne einen Zuschlag im Sinne der herkömmlichen Versteigerung (§ 156 BGB). Die Angebotsbeschreibungen stammen ausschließlich von den Anbietern und werden nach der Freischaltung nicht verändert oder ergänzt. Als Fremdauktionator ist das Auktionshaus am Vertragsschluss selbst nicht beteiligt. Demzufolge steht das Auktionshaus – ähnlich wie ein Vertreter oder ein Makler – im Hintergrund des Geschehens. Zwar kann nach § 311 Abs. 3 BGB eine Haftung Dritter, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen, entstehen, wenn der Dritte „in besonderem Maße“ Vertrauen für sich selbst in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss „erheblich“ beeinflusst, siehe nur *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 311 Rdn. 60. Das bloße Provisionsinteresse wird aber nach ständiger Rechtsprechung als nicht ausreichend angesehen. Der Dritte muss das Vertrauen für sich und nicht für den von ihm „vertretenen“ Vertragspartner in Anspruch nehmen und dadurch eine zusätzliche, gerade von ihm ausgehende Gewähr für das Gelingen des in Aussicht genommenen Geschäfts übernehmen, BGH NJW 1979, 1449 (1450) – *keine Anrechnung von Steuervorteilen auf Schadensersatzanspruch*. Es muss also so eine enge Beziehung entstehen mit der Folge, dass der Dritte als wirtschaftliche Herr des Geschäfts angenommen werden kann. Dies ist sicherlich nicht der Fall bei Fremdversteigerungen. Daran ändert auch der Umstand, dass das Auktionshaus durch seine AGB die Auktion

So will ein Teil der Literatur die Frage des „Sich zu eigen Machens“ nach den Grundsätzen der urheberrechtlichen Veranstalterhaftung beurteilen und eigene Information dann annehmen, wenn der Host-Provider maßgeblichen Einfluss auf die Inhaltsgestaltung hat und/oder einen wirtschaftlichen Nutzen aus der Verbreitung der Inhalte zieht.¹²⁸⁵ Eine andere Auffassung behandelt fremde Informationen dann als „sich zu Eigen gemachte“ Informationen, wenn der Host-Provider sie bewusst ausgewählt und übernommen hat.¹²⁸⁶ Nach einer anderen Meinung soll die Frage des „Sich zu eigen Machens“ nach den Grundsätzen der Pressehaftung beurteilt werden. In Übereinstimmung mit den presserechtlichen Maßstäben¹²⁸⁷ wird insofern eine vorhandene oder fehlende Distanzierung zu den eigentlich fremden Informationen als maßgeblich erachtet. Im Mittelpunkt der Abgrenzung zwischen fremden und „sich zu Eigen gemachten“ Informationen steht damit der Aspekt der Erkennbarkeit nach außen.¹²⁸⁸

Nach diversen Konkretisierungsversuchen in der Literatur hat der BGH für die Frage, ob ein Zueigenmachen vorliegt, „eine objektive Sicht auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände“ für wesentlich erachtet.¹²⁸⁹ Es sei auf den Eindruck abzustellen, der einem „verständigen Internetnutzer“ vermittelt wird,¹²⁹⁰ wobei auch die Frage der inhaltlichen, redaktionellen Kontrolle der fremden Inhalte und die Art der Präsentation von Bedeutung seien.¹²⁹¹ Ein Zueigenmachen liege danach in der Regel dann vor, wenn die fremde Äußerung so in den eigenen Gedankengang eingefügt wird, dass die

weitgehend vorstrukturiert und Einfluss auf das Zustandekommen des Vertrages nimmt, nichts. Denn selbst wenn das Auktionshaus als Auktionator im Sinne des § 156 BGB den Preisfindungsprozess moderieren würde und der Vertrag nur durch den Zuschlag zustande gekommen wäre, wäre für jeden Nutzer der Charakter einer Versteigerung fremder Artikeln ersichtlich, *Spindler*, MMR 2001, 737 (738). Und schließlich ist die Einstufung der Informationen als „sich zu Eigen gemachten“ Informationen abzulehnen, nur weil der Anbieter in der Regel zunächst pseudonym in Erscheinung trete und der Bieter nur das Auktionshaus kenne und davon ausgehe, dass dieses sein Vertragspartner sei. Zwar muss der Anbieter, wenn er geschäftliche Handlungen vornimmt, sein Identität und Anschrift angeben. Diese Informationspflicht betrifft aber nur den Anbieter selbst, nicht das Auktionshaus. Ganz im Gegenteil ist es gemäß § 13 Abs. 6 TMG verpflichtet, die Verwendung von Pseudonymen zu erlauben und so die Anonymität zu bewahren. Es wäre absurd, eine „sich zu Eigen gemachte“ Information anzunehmen und eine Haftungsprivilegierung auszuschließen, wenn das Auktionshaus seiner gesetzlichen Verpflichtung nachkommt.

¹²⁸⁵ Vgl. *Bettinger/Freytag*, CR 1998, 545 (550 f.); *Freytag*, ZUM 1999, 185 (191), kritisch *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 296 ff.

¹²⁸⁶ *Matthies*, Providerhaftung für Online-Inhalte, S. 145; *Sieber*, MMR 1998, 438 (443); *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 302; kritisch *Ufer*, Die zivilrechtliche Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz, S. 60.

¹²⁸⁷ Vgl. (Strafrecht) BGHSt 36, 363 (366 ff.) – *Beihilfe zur Aufforderung zu Straftaten durch Scheinherausgeber*; (Zivilrecht) BGH NJW 1997, 1148 (1149) – „*Stern TV*“; OLG Köln BeckRS 2014, 16140 (Rdn. 45).

¹²⁸⁸ *Barton*, Multimedia-Strafrecht, Rdn. 303 ff.; *Koch*, CR 1997, 193 (197); *Pelz*, ZUM 1998, 530 (532); *Spindler*, NJW 1997, 3193 (3196); *Vassilaki*, MMR 1998, 630 (633); *Vassilaki*, NSTZ 1998, 521 (522); kritisch *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 294 f.

¹²⁸⁹ BGH GRUR 2010, 616 (Rdn. 23) – *marions-kochbuch.de*.

¹²⁹⁰ BGH GRUR 2010, 616 (Rdn. 24) – *marions-kochbuch.de*.

¹²⁹¹ BGH GRUR 2012, 751 (Rdn. 11) – *RSS-Feeds*.

gesamte Äußerung als eigene erscheint.¹²⁹² Dem BGH zufolge ist also wesentlich, ob einem Durchschnittsverbraucher der Eindruck vermittelt wird, dass auch das Auktionshaus durch seine aktive Stellung die inhaltliche Verantwortung für die eingestellten Inhalte übernimmt.

Die Rechtsprechung des BGH wurde auch vom EuGH mit dem sog. „Neutralitätsgebot“ bestätigt. Der EuGH hat klargestellt, dass sich nicht jeder Hosting-Anbieter auf das Haftungsprivileg berufen kann, sondern nur der neutrale Diensteanbieter, der „Vermittler“ i.S.d. Art. 14 ECRL ist.¹²⁹³ Bezogen auf den Betreiber eines Onlinemarktplatzes bedeutet dies, dass er sich nur dann auf das Haftungsprivileg des § 10 TMG berufen kann, wenn er sich darauf beschränkt, seine Leistung mittels rein technischer und automatischer Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten neutral zu erbringen.¹²⁹⁴ Unschädlich ist es auch noch, wenn er die Modalitäten für seinen Dienst festlegt, für diesen eine Vergütung erhält und seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt.¹²⁹⁵ Dagegen kann er sich nicht mehr auf das Haftungsprivileg berufen, wenn er zwischen dem als Verkäufer auftretenden Kunden und den potenziellen Käufern keine neutrale Stellung mehr einnimmt, sondern seinem Kunden Hilfestellung leistet, etwa indem er die Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote optimiert oder im Internet bewirbt.¹²⁹⁶ Denn damit übernimmt er eine aktive Rolle, die über die eines „Vermittlers“ i.S.d. Art. 14 ECRL hinausgeht. In diesem Fall haftet das Auktionshaus genauso wie der Content-Provider.

Zwar spricht der EuGH nicht ausdrücklich von einem Zueigenmachen einer fremden Information. Überträgt man aber die Aussagen des Gerichts auf das TMG, liegt nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien – aus Sicht des deutschen Rechts – ein Zueigenmachen der fremden Informationen etwa vor, wenn das Auktionshaus für fremde Angebote über Adwords bei google, yahoo oder in Preissuchmaschinen wirbt, denn es handelt sich durchaus um aktive Eingriffe in konkrete Angebote.¹²⁹⁷ Zu Werbeleistungen, bei denen das Auktionshaus eine aktive Rolle übernimmt, gehören auch die wöchentlichen Mailings an alle Kunden seiner Plattform über die sog. „WoW!“-Angebote, mit denen Wochen- und Tagesangebote „von ausgewählten Verkäufern“ gezielt beworben werden. Dazu gehören ferner regelmäßige Mailings für andere „tolle Angebote“, „Schlussverkäufe“ und

¹²⁹² BGH GRUR 2010, 458 (Rdn. 11) – *Heute wird offen gelogen*; BGH GRUR 2012, 751 (Rdn. 11) – *RSS-Feeds*.

¹²⁹³ EuGH GRUR 2010, 445 (Rdn. 112) – *Google und Google France*; EuGH GRUR 2011, 1025 (Rdn. 112) – *L'Oréal/eBay*; zustimmend *Leistner*, ZUM 2012, 722 (725).

¹²⁹⁴ EuGH GRUR 2010, 445 (Rdn. 114, 120) – *Google und Google France*; EuGH GRUR 2011, 1025 (Rdn. 113) – *L'Oréal/eBay*.

¹²⁹⁵ EuGH GRUR 2011, 1025 (Rdn. 115) – *L'Oréal/eBay*.

¹²⁹⁶ EuGH GRUR 2011, 1025 (Rdn. 116) – *L'Oréal/eBay*.

¹²⁹⁷ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm, UWG*, § 8 Rdn. 2.28; *Lehment*, WRP 2012, 149 (158); zurückhaltend aber *Spindler*, MMR 2011, 703 (705).

Angebote zu bestimmten Gelegenheiten (Weihnachten, Ostern, Sommeranfang), in denen ebenfalls gezielt bestimmte Artikel aus verschiedenen Kategorien beworben werden. In diese Gruppe fällt außerdem die individuelle Kommunikation des Auktionshauses mit den Nutzern, in der beispielsweise unterlegene Bieter auf Angebote gleichartiger Artikel hingewiesen oder Kunden aufgrund ihres bisherigen Käufer- und Verkäuferprofils auf themengleiche Auktionen aufmerksam gemacht werden. Dass diese Benachrichtigungen automatisch erstellt werden, ändert nichts an ihrer individuellen und werblichen Kommunikationsfunktion im Hinblick auf ganz bestimmte Angebote.¹²⁹⁸ Ein Zueigenmachen einer fremden Information liegt ferner bei allen Angeboten vor, die von einem „geprüften Mitglied“ bei eBay stammen. Wenngleich sich die dem zugrunde liegende Prüfung auf eine Identitätsfeststellung im Post-Ident-Verfahren beschränkt,¹²⁹⁹ entsteht aus der insoweit maßgeblichen Kundensicht der Eindruck, dass die Angebote von eBay mindestens stichprobenartig auch inhaltlich geprüft sind und eBay sich mit den Angeboten dieser Verkäufer identifiziert. Dasselbe gilt für Angebote der „Verkäufer mit Top-Bewertung“, deren Angebote mit einem zusätzlichen eBay-Siegel versehen sind. Auch die Verwendung etwa fremder Marken auf der Website des Auktionshauses ist ebenso zu behandeln, solange es nicht um die Nutzung der Marke im Rahmen von Drittangeboten geht, sondern es sich um vom Online-Marktplatz selbst bereit gestellte Inhalte handelt, die – ebenso wie Adwords – mit den unter den jeweiligen Markenbegriff fallenden Angeboten verknüpft sind und diese bewerben sollen. Dazu gehören bei Auktionshäusern beispielsweise die selbst gebildeten Angebotskategorien, soweit diese auf eine geschützte Marke Bezug nehmen (z.B. „nach Marke und Herkunft: Davidoff“).¹³⁰⁰

2. Kenntnis

Handelt es sich bei den auf der Auktionsplattform gespeicherten Inhalten um für das Auktionshaus fremde Inhalte, privilegiert § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG den Plattformbetreiber nur solange, wie er keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information hat.¹³⁰¹ Die Vorschrift knüpft danach die Privilegierung an die *Kenntnis* des Auktionshauses.

¹²⁹⁸ Lehment, WRP 2012, 149 (158).

¹²⁹⁹ Vgl. Gliederungspunkt Teil 1 D I.

¹³⁰⁰ Lehment, WRP 2012, 149 (158).

¹³⁰¹ Da § 10 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. TMG lediglich die Voraussetzungen von Schadenersatzansprüchen regelt, kann diese Regelung nur am Rande besprochen werden.

a) Begriff der Kenntnis

Bei „Kenntnis“ handelt es sich um eine menschliche, positive Kenntnis. Damit wird mehr gefordert als das bloße Erkennen der Möglichkeit oder das Billigen der Speicherung der rechtswidrigen Handlung oder der Information. Dass das Auktionshaus es nur für möglich hält, dass eine rechtsverletzende Information auf seiner Datenbank gespeichert ist, genügt deshalb nicht, um ihm das Haftungsprivileg abzusprechen. Mit Kenntnis ist also das Wissen von einer *bestimmten, konkreten* Information gemeint. Dolus eventualis ist daher nicht ausreichend.¹³⁰² Aus strafrechtlicher Sicht bedeutet dies, dass nur dolus directus in Betracht kommt. Zu beachten ist aber, dass der Begriff der Kenntnis nicht mit der „Absicht“ gleichgestellt werden kann. Denn dolus directus 1. Grades ist durch ein besonders intensives Wollen gekennzeichnet. Da der Begriff der Kenntnis nur auf positive Kenntnis beschränkt ist, ist das voluntative Element weder vorausgesetzt, noch erforderlich. Der Begriff der Kenntnis i.S.d. § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG bedeutet daher dolus directus 2. (Wissentlichkeit) Grades.

b) Umfang der Kenntnis

Zu untersuchen ist ferner der Umfang der Kenntnis. Aufgrund der nicht eindeutigen Formulierung des § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG ist es nicht ganz offensichtlich, ob Kenntnis nur Existenz der Handlung oder der Information oder auch deren Rechtswidrigkeit zu umfassen hat. Klärungsbedürftig ist also die Frage, ob aus dem Wort „rechtswidrig“ ein Unrechtsbewusstsein als Privilegierungsvoraussetzung folgt, was zu einer anderen Frage führt, nämlich ob ein Rechtsirrtum das Auktionshaus entlasten soll, wenn es etwa eine ihm bekannte Handlung unzutreffend als nicht wettbewerbswidrig bewertet. Es geht also um die Frage, ob für einen Privilegierungsausschluss schon der Umstand ausreicht, dass das Auktionshaus das konkrete wettbewerbswidrige Auktionsangebot kennt, oder ob das konkrete wettbewerbswidrige Auktionsangebot darüber hinaus juristisch richtig festgestellt werden muss und damit das Auktionshaus von der Rechtswidrigkeit der Artikelbeschreibung positive Kenntnis haben muss, dass die Beschreibung unwahr und irreführend und darüber hinaus auch geeignet ist, einen Durchschnittsverbraucher i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG in die Irre zu führen.

¹³⁰² Vgl. KG GRUR 2015, 101 (Rdn. 16) – *Haftungsprivileg des Diensteanbieters auch im Strafrecht*; Altenhain, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 7; Bär, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 14. Kapitel Rdn. 194; Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, § 4 Rdn. 17; Gercke/Brunst, Internetstrafrecht, Rdn. 598; Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rdn. 208; Hoffmann, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 10 TMG Rdn. 18; Kudlich, JA 2002, 798 (801); Liebau, Jura 2006, 520 (526); Roggenkamp/Stadler, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 10 Rdn. 239; Sieber/Höfner, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 83; Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, § 11 TDG Rdn. 11 f.

Es sollte eigentlich auf der Hand liegen, dass es ein eklatanter Fehlgriff ist, nicht nur ein Unrechtsbewusstsein, sondern sogar eine positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit zu fordern, die selbst Juristen nur in eindeutigen Fallkonstellationen besitzen dürften. So setzt etwa die Beurteilung über die Frage, ob die unwahren und irreführenden Angaben auch geeignet sind, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen, eine komplexe Abwägung unter Berücksichtigung verschiedener empirischer und normativer Gesichtspunkte voraus.

Dennoch ist der Standpunkt der herrschenden Meinung ganz eindeutig: Nach § 5 Abs. 2 TDG 1997 war der Host-Provider nur dann verantwortlich, wenn er von den fremden Inhalten Kenntnis hat, weil das Wort „rechtswidrig“ in dieser Regelung nicht genannt wurde. Für die Haftung des Host-Providers sollte es daher genügen, dass dieser Kenntnis von dem Inhalt selbst hat; ein Unrechtsbewusstsein in dem Sinne, dass er sich der Rechtswidrigkeit des Inhalts bewusst war, sollte hingegen nicht erforderlich sein.¹³⁰³ Da das Wort „rechtswidrig“ in § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG ausdrücklich genannt wird, sei – so die herrschende Meinung – die Frage, ob es für die Kenntnis auch auf das Erfassen der Rechtswidrigkeit ankommt, nunmehr anders zu beantworten. Die herrschende Meinung streitet lediglich über die Reichweite der Kenntnis der Rechtswidrigkeit, also ob die Kenntnis der Rechtswidrigkeit sich *auch* auf die Informationen beziehen muss. Nach einer innerhalb der herrschenden Meinung vertretenen Auffassung bezieht sich die Rechtswidrigkeit lediglich auf die Handlung und nicht auf die Information.¹³⁰⁴ Ausgangspunkt dieser Auffassung sind der eindeutige Wortlaut des § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG und die Gesetzesbegründung.¹³⁰⁵ Das Wort „der“ vor „Information“ mache es deutlich, dass sich das Adjektiv „rechtswidrig“ wohl nur auf Handlung beziehe. Nach der überwiegenden Anzahl der Autoren innerhalb der herrschenden Meinung bezieht sich das Merkmal der Rechtswidrigkeit dagegen sowohl auf die Handlung als auch auf die Information.¹³⁰⁶ Die-

¹³⁰³ Vgl. beispielhaft Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 341.

¹³⁰⁴ Berger, MMR 2003, 642 (645); Blanke, Über die Verantwortlichkeit des Internet-Providers, S. 81 f.; Busse-Muskala, Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Informationsvermittler im Netz, S. 184; Roggenkamp/Stadler, in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 10 Rdn. 244; Stadler, Haftung für Informationen im Internet, Rdn. 100 ff.

¹³⁰⁵ BT-Drucks. 14/6098, S. 25.

¹³⁰⁶ Vgl. (aus der unüberschaubaren Literatur) Brisch, CR 1999, 235 (242); Eck/Ruess, MMR 2003, 363 (364); Ehret, CR 2003, 754 (758 f.); Freytag, CR 2000, 600 (608); Gercke/Brunst, Internetstrafrecht, Rdn. 601; Helle, JZ 2002, 593 (597); Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, Rdn. 208; Hoffmann, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 10 TMG, Rdn. 25; Hoffmann, MMR 2002, 284 (288); Holznagel/Holznagel, K&R 1999, 103 (104); Klatt, ZUM 2009, 265 (269); Lee, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, S. 306 ff.; Liebau, Jura 2006, 520 (526); Maennel, MMR 1999, 187 (191); Meyer, NJW 2004, 3151 (3152); Neubauer, K&R 2004, 482 (484); Paul, Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internet Providern aus strafrechtlicher Sicht, S. 148 ff.; Rücker, CR 2005, 347 (352); v. Samson-Himmelstjerna, Haftung von Internetauktionshäusern, Rdn. 175 ff., 205, 206 ff., 221; Sobola/Kohl, CR 2005, 443 (446 f.); Spindler, MMR 1999, 199 (202); Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (17 f.); Spindler, NJW 2002, 921 (924); Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort, K&R 2001, Beilage 1 zu

se Autoren verweisen einheitlich auf Art. 14 ECRL – der in seiner deutschen Fassung von „Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information“ (nicht: „oder der Information“) spricht – und unterstellen dem deutschen Gesetzgeber eine fehlerhafte Umsetzung der Richtlinie, die richtlinienkonform auszulegen sei. Um dies zu unterstützen, verweisen einige Autoren¹³⁰⁷ ferner auf die französische Fassung des Art. 14 ECRL, wo sich die Rechtswidrigkeit ausdrücklich auf die Handlung und die Information beziehe.¹³⁰⁸ Darüber hinaus werden die Kommissionsentwürfe der Richtlinie herangezogen.¹³⁰⁹ Nach einigen Autoren wurde diese Auffassung auch vom EuGH bestätigt.¹³¹⁰

Richtigerweise ist davon auszugehen, dass der Host-Provider *keine* Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Handlung oder (der) Information haben muss. Demzufolge besteht auch kein Grund für die Differenzierung zwischen der Handlung und der Information. Denn das Wort „rechtswidrig“ ist nur als Klarstellung zu verstehen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist lediglich eine so umfassende Tatsachen-Kenntnis, dass die Rechtswidrigkeit ohne weiteres leicht erkennbar ist. Die Haftungsprivilegierung entfällt daher schon bei Kenntnis des Vorliegens eines rechtsverletzenden Inhalts.¹³¹¹

Zunächst ist festzustellen, dass die gesamte in der Literatur geführte Diskussion unter der „Vorsatztheorie“ leidet. Da der zivilrechtliche Vorsatz neben den die Rechts- und Pflichtwidrigkeit begründenden Umständen auch das Bewusstsein umfasst,¹³¹² steht der Standpunkt der herrschenden Meinung uneingeschränkt lediglich mit einem zivilrechtlichen Verständnis des Vorsatzes im Einklang. Da aber im Strafrecht die „Schuldtheorie“ gilt, muss man an dem Erfordernis eines Bewusstseins zweifeln. Auch das System der ECRL und des TMG bestätigen dies. Wenn man von der Verantwortung des Auktionshauses spricht, geht es entweder um eine strafrechtliche Verantwortung oder um eine zivilrechtliche Haftung, wobei bei der letzteren zwischen der Haftung auf Schadensersatz

Heft 12, 1 (31 f.); Ufer, Die zivilrechtliche Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz, S. 117 ff.; Volkmann, K&R 2004, 231 (232).

¹³⁰⁷ Vgl. beispielhaft Leible/Sosnitzer, WRP 2004, 592 (596); Schmitz/Dierking, CR 2005, 420 (426); Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, § 11 TDG, Rdn. 19.

¹³⁰⁸ In dieser heißt es, dass ein Host-Provider dann nicht verantwortlich ist: „le prestataire n’ait pas effectivement connaissance de l’activité ou de l’information illicites“.

¹³⁰⁹ Vgl. beispielhaft v. Samson-Himmelstjerna, Haftung von Internetauktionshäusern, Rdn. 181 ff.

¹³¹⁰ Fitzner, MMR 2011, 83 (85); Fitzner, GRUR-Int. 2012, 109 (113).

¹³¹¹ Zutreffend Altenhain, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 10 f.; Bär, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerrechts, 14. Kapitel Rdn. 194; Härting, CR 2001, 271 (276); Nickels, CR 2002, 302 (307); Heghmanns, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Teil Rdn. 47; Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184 Rdn. 52; Matthies, Providerhaftung für Online-Inhalte, S. 176 ff.; Mehler, WRP 2006, 819 (823); Sieber/Höfinger, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 84 ff.

¹³¹² Statt vieler BGH NJW 1977, 1875 (1878) – Haftung der Bundesrepublik für Folgen des Fluglotsenstreiks; BGH NJW 1992, 2014 (2016) – Zwangsvollstreckung in Sicherungseigentum eines weiteren Gläubigers; BGH NJW 2012, 3177 (Rdn. 22) – Beihilfe des Prokuristen einer GmbH zu einer von deren Geschäftsführer verübten unerlaubten Anlagevermittlung.

einerseits und den Unterlassungsansprüchen gegen das Auktionshaus andererseits zu unterscheiden ist. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH findet § 10 TMG (Art. 14 E-CRL) keine Anwendung auf Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche.¹³¹³ Deshalb bezieht sich die Regelung des § 10 TMG lediglich auf das Strafrecht und auf die Schadensersatzhaftung. Da die Schadensersatzhaftung in § 10 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. TMG (Art. 14 Abs. 1 lit. a 2. Alt. ECRL) gesondert geregelt ist, gilt § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG (Art. 14 Abs. 1 lit. a 1. Alt. ECRL) lediglich für die strafrechtliche Verantwortung des Auktionshauses.¹³¹⁴

Das bedeutet, dass die Antwort auf die Frage, ob Gegenstand der Kenntnis neben der Information bzw. Handlung auch deren Rechtswidrigkeit sein muss, mit den nationalen strafrechtlichen Grundsätzen in Einklang stehen muss. Dagegen spricht auch der Querschnittscharakter der ECRL nicht. Denn das Verlangen der Rechtswidrigkeit ist eng mit der Irrtumsdogmatik verbunden. Zu fragen ist deshalb, ob man mit der ECRL in die Irrtumsdogmatik der nationalen Rechtsordnungen eingreifen wollte. Die Antwort fällt offensichtlich negativ aus. Selbst wenn man die generell umstrittene Frage, ob und inwieweit die EU durch Richtlinien – und insbesondere vor dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon – in den *allgemeinen* Teil des nationalen Strafrechts eingreifen darf, zumindest im Bereich des sich rasant entwickelnden Internetrechts zugunsten des Richtliniengebers bejaht, muss man an einer solchen Absicht in der ECRL zweifeln. Hätte der Richtlinien-

¹³¹³ BGH GRUR 2004, 860 (862 f.) – *Internet-Versteigerung I*; BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 19) – *Internet-Versteigerung II*; BGH GRUR 2007, 724 (Rdn. 7) – *Meinungsforum*; BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 20) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; BGH GRUR 2008, 702 (Rdn. 38) – *Internet-Versteigerung III*; BGH GRUR 2009, 1093 (Rdn. 17) – *Focus-Online*; BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 26) – *Kinderhochstühle im Internet I*; BGH GRUR 2012, 311 (Rdn. 19) – *Blog-Eintrag*. Auch die Literatur lehnt eine Erstreckung der Haftungsprivilegierung des § 10 TMG auf Unterlassungsansprüche mit Verweis auf § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG gänzlich ab, *Czychowski/Nordemann*, GRUR-Beilage 1/2014, 3 (4); *Ensthaler/Heinemann*, WRP 2010, 309 (311 f.); *Helle*, JZ 2002, 593 (599); *Lehment*, WRP 2003, 1058 (1063); *Lehment*, GRUR 2005, 210 (210 f.); *Leistner*, GRUR-Beilage 1/2010, 1 (28); *Neubauer*, K&R 2004, 482 (483); *Sessinghaus*, WRP 2005, 697 (702); *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, § 8 TDG Rdn. 16. Das hat einen einfachen Grund. Wäre auch der Unterlassungsanspruch von der Haftungsprivilegierung erfasst, so hätte dies die schwer nachvollziehbare Folge, dass an den Unterlassungsanspruch strengere Anforderungen gestellt wären als an den Schadensersatzanspruch, weil § 10 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. TMG lediglich die Voraussetzungen von Schadensersatzansprüchen regelt. Ob diese Rechtsprechung des BGH vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des EuGH (GRUR 2011, 1025 Rdn. 124, 127 – *L'Oréal/eBay*) aufrechterhalten werden kann, wird allerdings teilweise bezweifelt. Denn der EuGH unterscheidet bei der Anwendung der Privilegierungstatbestände nicht zwischen Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen, erwähnt aber auch die Rechtsprechung des BGH nicht. Den Vorlageentscheidungen lagen allerdings z.T. Unterlassungsansprüche zugrunde. Ein Teil der Literatur versteht die Rechtsprechung des EuGH daher dahingehend, dass die Verantwortlichkeitsprivilegierungen der ECRL umfassend gelten sollen und damit, entgegen der Rechtsprechung des BGH, auch Unterlassungsansprüche einschließen, z.B. *Ohly*, GRUR 2010, 776 (784); *Wiebe*, WRP 2012, 1182 (1186); siehe auch BGH GRUR 2011, 1038 (Rdn. 22) – *Stiftparfüm*; dagegen aber BGH GRUR 2012, 311 (Rdn. 19) – *Blog-Eintrag*; BGH GRUR 2013, 370 (Rdn. 19) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 (Rdn. 30) – *File-Hosting-Dienst*. Diese Diskussion soll hier nicht weiter dargestellt werden, weil die von § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG geschaffenen Ausnahme von den Haftungsprivilegierungen nicht für das Strafrecht gilt. Das ist in der Literatur unumstritten, statt vieler siehe nur *Altenhain*, in: *MüKo-StGB*, § 7 TMG Rdn. 8; anders aber (zu § 5 TDG 1997) *Hilgendorf*, *NStZ* 2000, 518 (519 ff.).

¹³¹⁴ Ausdrücklich: BGH GRUR 2012, 311 (Rdn. 19) – *Blog-Eintrag*.

geber die Absicht gehabt, die strafrechtlichen Irrtumsregeln zu modifizieren, so hätte er Maßstäbe benennen müssen, nach denen sich die Rechtswidrigkeit der Handlung oder Information beurteilen lässt.¹³¹⁵ Solche Maßstäbe findet man aber weder im Richtlinien-text noch in den Erwägungsgründen. Davon auszugehen, die ECRL sei auch ohne Nennung derartige Maßstäbe in der Lage, „bestehende und sich entwickelnde Unterschiede in den Rechtsvorschriften und der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten“¹³¹⁶ zu vereinheitlichen, würde lediglich einen Widerspruch gegen die Richtlinie selbst darstellen, die davon ausgeht, ein einheitliches, dem nationalen Recht vorgelagertes Haftungsregime zu schaffen.

Es ist daher festzuhalten, dass die ECRL weder eine zusätzliche Voraussetzung schafft noch etwa die Sanktionen fahrlässiger Verstöße gegen den Jugendmedienschutz in den §§ 23, 24 JMStV ins Leere laufen lässt, obwohl sie in Art. 14 von der „tatsächlichen Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder Information“ spricht. Die Formulierung soll vielmehr als eine Konkretisierung des Kerns des gesamten Haftungssystems der ECRL verstanden werden, wonach die Handlungspflicht erst ab Kenntnis von der Information oder Handlung greift, so dass der Host-Provider lediglich von einer proaktiven, anlassunabhängigen Kenntnisnahme von Informationen entlastet ist (Art. 15 Abs. 1 ECRL).¹³¹⁷ Daraus ergibt sich die eindeutige Schlussfolgerung, dass die im nationalen Recht enthaltenen Regeln über den Sorgfaltsmaßstab bei der Überprüfung bereits konkret bekannter Information auf Rechtsverletzungen und die Behandlung eventueller Rechtsirrtümer unberührt bleiben sollen.¹³¹⁸ Nur durch diese Auslegung kann man plausibel erklären, warum die Haftungsprivilegierung gemäß § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG bereits bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände entfällt.¹³¹⁹

Die Kenntnis der Rechtswidrigkeit zu verlangen, widerspricht nicht nur gegen das System des ECRL, sondern hat auch eine inakzeptable Konsequenz: Folgt man der herrschenden Meinung, ermöglicht man dem Host-Provider eine Rechtslage, die immer ausgenutzt werden kann. Denn die Forderung der Kenntnis der Rechtswidrigkeit bedeutet, dass der Host-Provider die Haftungsprivilegierung auch dann genießt, wenn er von der Rechtswidrigkeit nicht überzeugt ist. Ein Beispiel: Ein Host-Provider sieht ein auf seinen Speichern abgelegtes Bild, auf dem ein junges Mädchen bei der Vornahme einer sexuellen Hand-

¹³¹⁵ Altenhain, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 10; Sieber/Höfner, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 84.

¹³¹⁶ Erwägungsgrund 40 der ECRL.

¹³¹⁷ Vgl. Gliederungspunkt Teil 3 A VI.

¹³¹⁸ Darauf weisen Sieber/Höfner, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 85 zutreffend hin.

¹³¹⁹ Dies ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs „diese“. Auf die Rechtswidrigkeit kommt es also nicht an.

lung abgebildet ist. Der Host-Provider genießt die Haftungsprivilegierung nach der herrschenden Meinung *sogar* dann, obwohl er positiv Kenntnis habe, dass es sich bei der abgebildeten Person um ein Kind im Sinne des § 176 StGB handelt. Denn er kann sich mit dem Vortrag entlasten, dass er die Vorschrift des § 184b StGB nicht kennt. Grund dieser zu weit gehenden Privilegierung ist, dass durch die Forderung der Kenntnis der Rechtswidrigkeit der den Vorsatz und im Falle der Vermeidbarkeit auch die Schuld unberührt lassende ursprüngliche Verbotsirrtum (§ 17 StGB) zum vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB) wird.¹³²⁰ Dadurch würde nicht nur ein unwissender, sondern auch ein rechtsunkundiger Provider privilegiert.¹³²¹ Dies geht sicherlich über das Ziel der ECRL – die Schaffung eines Gleichgewichts zwischen den verschiedenen Interessen, ein angemessener Ausgleich zwischen der Bekämpfung rechtswidriger Inhalte im Internet und dem Schutz berechtigter Interessen der Provider¹³²² – hinaus, und führt letztlich zu einem einseitigen Schutz der Interessen des Providers zum Nachteil der Nutzer. Der Provider kann sich daher nicht darauf berufen dürfen, dass er mangels ausreichender Sachkunde oder infolge unsorgfältiger Prüfung solcher Inhalte diese nicht erkannt habe. Darüber hinaus darf nicht außer Acht gelassen werden, dass durch das Erfordernis der *positiven* Kenntnis das Interesse des Providers immerhin ausreichend gewährleistet ist, weil er auch dann privilegiert wird, wenn er keine positive Kenntnis davon hat, sondern es nur für möglich hält, dass sich auf seinem Speicherplatz kinderpornografische Bilder befinden. Wie bereits gesagt, reicht *dolus eventualis* nicht aus.

Gegen das Erfordernis der Kenntnis der Rechtswidrigkeit spricht auch die Entstehungsgeschichte von Art. 14 ECRL. Denn in der aktuellen ECRL weicht der Wortlaut des § 14 ECRL vom ersten Vorschlag der Kommission¹³²³ und vom geänderten Vorschlag¹³²⁴ erheblich ab. Dort hatte es geheißen, dass „der Diensteanbieter nicht für die im Auftrage des Nutzers des Dienstes gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern der Anbieter keine Kenntnis davon hat, dass die Tätigkeit rechtswidrig ist.“ Die beiden Kommissionsvorschläge sahen damit eindeutig die Kenntnis der Rechtswidrigkeit – und nicht lediglich die Kenntnis der Existenz – als Haftungsvoraussetzung vor. Die Literaturansicht, die sich in erster Linie auf diese Kommissionsvorschläge beruft, verkennt jedoch, dass sich diese

¹³²⁰ Sieber/Höfner, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 85.

¹³²¹ Das erkennt auch die Gegenauffassung, Liebau, Jura 2006, 520 (527): „Damit wird die strafrechtliche Irrtumsregelung in Frage gestellt und dem Provider eine Vogel-Strauß-Politik ermöglicht. Eine konsequente Rechtsunkundigkeit schützt leider vor der Verantwortlichkeit.“ Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, § 11 TDG, Rdn. 20: „Nicht nur der Provider, der keine Kenntnis von den Inhalten hat, wird privilegiert, sondern auch der rechtsunkundige Provider wird prämiert. Letztlich wird damit auch der im deutschen Strafrecht verankerte Grundsatz ‚iura novit curia‘ und damit der Verbotsirrtum in seiner bisherigen Form in Frage gestellt.“

¹³²² Vgl. Erwägungsgrund 41 der ECRL.

¹³²³ KOM (1998) 586 endg., ABl. Nr. C 30 vom 5.2.1999, 4 (12).

¹³²⁴ KOM (1999) 427 endg., ABl. Nr. C 248E vom 29.8.2000, 69 (89).

Kommissionsvorschläge nicht durchgesetzt haben. Die erst nach Anhörung der Beteiligten eingearbeiteten Änderungen führten zu der aktuellen ECRL. Der Richtliniengeber hat sich also von den Kommissionsvorschlägen distanziert und bezweckt eine Änderung des Regelungsgehalts.¹³²⁵ Eine Bestätigung dieser Überlegung kann weiterhin darin gesehen werden, dass die US-amerikanische Regelung, an der sich der europäische Richtliniengeber bei der Ausgestaltung der Haftungsbeschränkungen für Provider maßgeblich orientiert hatte,¹³²⁶ eindeutig so formuliert ist, dass demnach die Kenntnis der Rechtswidrigkeit erforderlich ist.¹³²⁷ All diese Umstände legen den Schluss nahe, dass sich der europäische Richtliniengeber sehr wohl bewusst war, dass er Art. 14 der ECRL auch so hätte formulieren können, dass daraus das Erfordernis der Kenntnis der Rechtswidrigkeit eindeutig hervorgeht. Die Tatsache, dass er dies im Ergebnis nicht tat, belegt, dass der Richtliniengeber die Anforderungen an die Kenntnis nicht in dieser Form erhöhen wollte. Auch den Stimmen, die auf die französische Fassung des Art. 14 ECRL verweisen, ist nicht zuzustimmen. Denn auch die englische Fassung des Art. 14 ECRL verwendet einen abweichenden Wortlaut, der dem deutschen entspricht.¹³²⁸

Schließlich spricht Erwägungsgrund 42 der ECRL klar gegen das Erfordernis der Kenntnis der Rechtswidrigkeit. Nach ihm wird der Host-Provider deshalb privilegiert, weil seine Tätigkeit technischer, automatischer und passiver Art ist. Es ist kaum erklärbar, wie man von einem Unrechtsbewusstsein einer technischen, automatischen und passiven Tätigkeit ausgehen kann. Auch die Rechtsprechung des EuGH bestätigt diese Überlegung, wenn er sagt, dass sich nicht jeder Hosting-Anbieter auf das Haftungsprivileg berufen kann, sondern nur der neutrale Diensteanbieter, der „Vermittler“ i.S.d. Art. 14 ECRL ist.¹³²⁹ Übernimmt er dagegen eine aktive Rolle, die über die eines „Vermittlers“ i.S.d. Art. 14 ECRL hinausgeht, kann er sich auf das Haftungsprivileg des § 10 TMG nicht berufen.¹³³⁰ Nur in diesem Fall, in dem er genauso haftet wie der Content-Provider, spricht

¹³²⁵ Wie hier *Matthies*, Providerhaftung für Online-Inhalte, S. 180 f.; *Sieber/Höfner*, in: Hören/Sieber/Holzner, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 88; *a.A.* v. *Samson-Himmelstjerna*, Haftung von Internetauktionenhäusern, Rdn. 192: „Vielmehr handelt es sich bei den abweichenden Formulierungen um sprachlich-stilistische Verbesserungen.“

¹³²⁶ Vgl. BT-Drucks. 14/6098, S. 22.

¹³²⁷ Vgl. Sec. 512 (c) (1) DMCA: „A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright (...) if the service provider – (A) (i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing (...).“

¹³²⁸ In welchem es heißt, ein Provider sei nicht verantwortlich, „on condition that the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information“.

¹³²⁹ EuGH GRUR 2011, 1025 (Rdn. 112) – *L'Oréal/eBay*.

¹³³⁰ EuGH GRUR 2010, 445 (Rdn. 114, 120) – *Google und Google France*; EuGH GRUR 2011, 1025 (Rdn. 113, 116) – *L'Oréal/eBay*.

der EuGH in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Art. 14 von Rechtswidrigkeit.¹³³¹ Die Behauptung in der Literatur, dass auch der EuGH die Auffassung bestätigt, dass der Dienstanbieter erst dann die Haftungsprivilegien verliert, wenn er auch von der Rechtswidrigkeit Kenntnis hat, ist deshalb nicht ganz zutreffend.¹³³²

c) Kenntniserlangung

aa) Quelle und Qualität der Kenntnis

Die Haftungsprivilegierung ist ausgeschlossen, sobald der Host-Provider Kenntnis erlangt. Die Vorschriften der ECRL bzw. des TMG geben allerdings keine Vorgaben für die Art und Weise, auf welche das Auktionshaus die entsprechende Kenntnis von den fremden Informationen erlangt haben muss. Denkbar ist zunächst die Kenntniserlangung durch eine eigene (gesetzlich nicht vorgeschriebene Kontrolle). Möglich ist – und dieser Weg hat die größte praktische Relevanz – die Kenntnisverschaffung durch Dritte. Da an die Quelle des Kenntnisgebers keine Anforderungen gestellt werden, kann grundsätzlich jedermann Mitteilungen über Rechtsverletzungen an Host-Provider richten. In Betracht kommen insbesondere verletzte Rechteinhaber, Behörden, andere Nutzer und die Presse.

Aus dem Erfordernis der positiven Kenntnis ergeben sich allerdings einige Anforderungen in qualitativer Hinsicht. Der Host-Provider muss konkrete Kenntnis von der jeweils betroffenen Information haben. So genügt etwa ein allgemeiner Hinweis an den Host-Provider, dass rechtsverletzende Informationen auf seinen Rechnern abgelegt sind, nicht. Würden auch solche Hinweise bereits eine Handlungspflicht auslösen, wären Host-Provider doch wieder gezwungen, pro-aktiv vorbeugend sämtliche Inhalte ihres Netzes zu überprüfen, was der Grundidee des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG offensichtlich widerspräche. Der Hinweis muss also hinreichend präzise und dergestalt formuliert sein, dass die betreffende Information sich ohne weiteres auffinden lässt. Diese Anforderung ist bei Online-Auktionen auf jeden Fall erfüllt, wenn in dem Hinweis die Artikelnummer genannt und/oder der Hinweis mit einem Bildschirm Ausdruck unterlegt wird.

Zu beachten ist aber, dass der Hinweis keine Belege enthalten muss, warum der Inhalt rechtswidrig ist. Um das Auktionshaus in Kenntnis setzen zu können, ist es vielmehr aus-

¹³³¹ Vgl. EuGH GRUR 2010, 445 (Rdn. 109, 114, 120) – *Google und Google France*; EuGH GRUR 2011, 1025 (Rdn. 119 f.) – *L'Oréal/eBay*. Auch die Rechtsprechung des BGH ist in diesem Sinne zu verstehen, vgl. etwa BGH GRUR 2010, 628 (Rdn. 39) – *Vorschaubilder*.

¹³³² Zutreffend *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 9 (Fn. 20). Das erkennt auch die Gegenmeinung, *Spindler*, MMR 2011, 703 (705). Die hier vertretene Auffassung, dass für einen Privilegierungsausschluss schon die Kenntnis der irreführenden Werbung ausreichend ist, setzt im Übrigen die Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortung des Auktionshauses mit den Voraussetzungen, die eine Schadenersatzhaftung begründen, nicht gleich. Denn nach § 10 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. TMG reicht schon die positive Kenntnis von Tatsachen oder Umständen, die auf die Existenz einer rechtswidrigen Information hinweisen, zur Begründung einer Haftung des Auktionshauses aus. Positive Kenntnis der Inhalte ist nicht erforderlich.

reichend, wenn der Hinweis ausreichend beschildernd ist, dass die Beschreibung des Auktionsgegenstands irreführend ist. Ein juristischer Beleg dafür, dass die Beschreibung des Auktionsgegenstands auch geeignet ist, einen Durchschnittsverbraucher in die Irre zu führen, ist nicht erforderlich.

Diese Überlegung ergibt sich aus der hier vertretenen Auffassung, wonach für einen Haftungsausschluss eine positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit nicht vorausgesetzt wird.¹³³³ Folgt man dagegen der herrschenden Lehre, so erfüllt ein derartiger Hinweis nicht die Anforderungen des § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG, weil die Überprüfung der Irreführungseignung von Seiten des Auktionshauses wegen Unzumutbarkeit nicht legitimierbar sei mit der Folge, dass das Auktionshaus keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit haben würde. Damit ist der erste Unterschied zwischen der hier vertretenen Auffassung und der herrschenden Meinung angesprochen.

Der „ausschlaggebende“ Unterschied taucht aber woanders auf: Ein konkreter Hinweis auf bestimmte Informationen begründet zwar die Kenntnis von *allen sämtlichen* rechtsverletzenden Inhalten nicht. Der konkrete Hinweis begründet aber die Kenntnis von inhaltlich *identischen* bzw. *im Kern gleichartigen* weiteren Informationen.¹³³⁴ Denn es kommt nicht auf die Kenntnis der Rechtswidrigkeit an, sondern nur auf die Kenntnis des Auktionshauses, ob weitere Rechtsverletzungen auf seiner Plattform vorliegen. Da das Auktionshaus weiß, wonach es suchen muss, ist eine Kenntnis zu bejahen. Konkret bedeutet dies, dass das Auktionshaus unter bestimmten Voraussetzungen eine begrenzte Nachforschungs- und Kenntnisverschaffungspflicht hat, obwohl § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG ausschließlich Kenntnis von *konkreten* Inhalt vorausgesetzt. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 15 ECRL (§ 7 Abs. 2 Satz 1 TMG) und die Rechtsprechung des EuGH bestätigen dies.¹³³⁵

bb) Dolose Verweigerung der Kenntnisnahme

Weitgehend ungeklärt ist die Behandlung der Fälle, in denen der Host-Provider die Mitteilung nicht ernst nimmt oder er von vornherein die Kenntnisnahme verweigert, etwa indem er Hinweisschreiben einfach nicht öffnet oder eingehende Hinweise nicht liest. Teilweise wird vertreten, dass eine derartige dolose Kenntnisverweigerung die positive Kenntnis nicht ersetzen könne. Da dem Host-Provider die positive Kenntnis fehle, müsse er von der Haftung freigestellt werden.¹³³⁶ Diese Auffassung ist abzulehnen. Ein Host-

¹³³³ Siehe Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 b).

¹³³⁴ Wie hier *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rdn. 52; *a.A. Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 13 trotz seiner zutreffenden Positionierung gegen die herrschende Lehre, siehe Fn. 1311.

¹³³⁵ Zur auktionsspezifischen Konkretisierung dieser Aussage siehe Gliederungspunkt Teil 3 C II 3 d).

¹³³⁶ *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 16; *Kudlich*, JA 2002, 798 (801 Fn. 26); *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 353; in dieser Richtung auch *Rössel*, CR 2011, 589 (592).

Provider muss bei Kenntniserlangung tätig werden, um die eigenen Server vom rechtswidrigen Material zu befreien. Es wäre aber widersprüchlich, ihn bei missbräuchlichem Verhalten mit einer Haftungsfreistellung zu belohnen. Liegt ein hinreichend präziser Hinweis vor, darf der Host-Provider es nicht selbst in die Hand nehmen können, sich einer Haftung zu entziehen, indem er den Hinweis bewusst ignoriert.¹³³⁷

cc) Zurechnung fremder Kenntnis

Die Haftungsbefreiung bezieht sich sowohl nach der ECRL als auch nach dem TMG auf den Diensteanbieter, der nach Legaldefinition eine natürliche oder juristische Person sein kann (§ 2 Satz 1 Nr. 1 TMG). Bei Auktionshäusern handelt es sich gewöhnlich um juristische Personen. Da das Auktionshaus als juristische Person keine eigene Wahrnehmung der Kenntnis haben kann, kann es nur über in seinem Unternehmen beschäftigte Mitarbeiter Kenntnis erlangen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Kenntnis eines Mitarbeiters dem Auktionshaus zugerechnet werden und damit von einer Kenntnis im Sinne des § 10 TMG ausgegangen werden kann.

Dies wird unproblematisch nur dann bejaht, wenn ein Sachbearbeiter des Auktionshauses, zu dessen Aufgabenkreis es gehört, die für den Nutzer eingestellten Informationen in irgendeiner Weise zur Kenntnis zu nehmen oder zu bearbeiten, von Hinweisen erfährt.

Problematisch sind allerdings die Fälle, in denen ein hinreichend präziser Hinweis etwa wegen Organisationsverschuldens nicht an die zuständige Stelle weitergeleitet wird. Nach der herrschenden Meinung ist bei der Beurteilung derartiger Fälle zwischen der zivilrechtlichen Haftung und der strafrechtlichen Verantwortung zu unterscheiden. Geht es um eine zivilrechtliche Haftung, ist entscheidend, ob die betreffende Information im Rahmen einer ordnungsgemäßen Organisation zur Kenntnisnahme an die zuständige Stelle hätte gelangen müssen. Ist dies der Fall, so genügt für die Kenntnis des Providers selbst die Kenntnis einer unzuständigen Stelle. Dem Auktionshaus wird deshalb das Wissen jeder Person innerhalb der Gesamtorganisation zugerechnet, die die Information bei sorgfältiger Abwicklung des Geschäftsbetriebes zur Kenntnis nehmen oder die Information an die zuständige Person weiterleiten muss.¹³³⁸

¹³³⁷ Ebenso *Hörnle*, NJW 2002, 1008 (1012); *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rdn. 52; *Paul*, Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internet Providern aus strafrechtlicher Sicht, S. 160; siehe auch *Hoeren*, MMR 2002, 113 (113).

¹³³⁸ Teilweise wird auf die allgemeinen Grundsätze zur Wissenszurechnung in Unternehmen verwiesen, *Hoffmann*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 10 TMG, Rdn. 27. Andere greifen auf § 166 BGB (analog) zurück, wonach derjenige, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in Eigenverantwortung beauftragt, sich auch dessen in diesem Rahmen erlangte Kenntnis zurechnen lassen muss, v. *Samson-Himmelstjerna*, Haftung von Internetauktionshäusern, Rdn. 266; *Ufer*, Die zivilrechtliche Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz, S. 110 f.

Wenn es dagegen um die strafrechtliche Verantwortung geht, vertritt die herrschende Meinung die Auffassung, dass eine Zurechnung fremder Kenntnis aufgrund des dort geltenden Schuldprinzips ausscheiden müsse.¹³³⁹

Dem ist nicht zuzustimmen. Diese Auffassung verkennt die systematische Einordnung der §§ 7-10 TMG als Vorfilter. Wie oben bereits dargelegt wurde, sind die nationalen Regeln des Strafrechts – entsprechend der Konstruktion eines Vorfilters – erst zu prüfen, wenn die Haftungsprivilegierung des Providers ausscheidet. Es geht deshalb bei den §§ 7-10 TMG nicht um die Verantwortlichkeit des Auktionshauses als Diensteanbieter, sondern nur um die Feststellung, ob das Auktionshaus Haftungsprivilegierung genießt. Mit anderen Worten: Da die Regelungen der §§ 7-10 TMG als eigenständige, rechtsgebietsübergreifend einheitliche Normen zu verstehen und deshalb von den allgemeinen Haftungs Voraussetzungen unabhängig zu prüfen sind, ist der dreistufige Aufbau der strafrechtlichen Norm unberührt. Der Einwand, eine Wissenszurechnung verstoße gegen das Schuldprinzip, geht nach dem hier vertretenen Konzept fehl: Das Schuldprinzip spielt nur auf der zweiten Stufe eine Rolle, wo die Strafbarkeit des Einzelnen nach allgemeinen Regeln untersucht wird. Aus diesem Grund genießen auch im strafrechtlichen Bereich alle Organe und Mitarbeiter des Diensteanbieters Haftungsprivilegierung, wenn der Diensteanbieter selbst in seiner Haftung privilegiert ist.¹³⁴⁰ Wenn dagegen die rechtswidrige Information dem Auktionshaus – auch im Falle eines Organisationsverschuldens – zugerechnet werden kann, kommt allen Mitarbeitern, unabhängig von deren persönlicher Kenntnis von der

¹³³⁹ *Blanke*, Über die Verantwortlichkeit des Internet-Providers, S. 69 f.; *Hoffmann*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 10 TMG, Rdn. 29; v. *Samson-Himmelstjerna*, Haftung von Internetauktionshäusern, Rdn. 265; *Schapiro*, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internetauktionshäusern und Internet-Meinungsforen, S. 437 Fn. 486; *Sieber*, Verantwortlichkeit im Internet, Rdn. 346; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz/Geis, § 11 TDG Rdn. 26; *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, Rdn. 105a; *Ufer*, Die zivilrechtliche Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz, S. 111 (dort Fn. 560); siehe auch *Barton*, Multimedia-Strafrecht, Rdn. 341; *a.A. Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 17.

¹³⁴⁰ Für die Wissenszurechnung, auch in den Fällen, in denen nach der Strafbarkeit des Diensteanbieters gefragt wird, spricht ferner der persönliche Anwendungsbereich der §§ 7-10 TMG. Denn die Regelungen der §§ 7-10 TMG beziehen sich auf die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern. Da Diensteanbieter nur ist, wer eigenständig Dienste gegenüber den Nutzern erbringt, sind Organe und Mitarbeiter der Diensteanbieter selbst in der Regel nicht Diensteanbieter, *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor §§ 7 ff. TMG Rdn. 12. Eine Norm, die die Haftungsprivilegierung der juristischen Person als Diensteanbieter ausdrücklich auf alle oder einen Teil der Angestellte dieser juristischen Person erstreckt, fehlt. Dennoch wird der Anwendungsbereich der Verantwortlichkeitsprivilegierungen auf Organe und Mitarbeiter ausgedehnt, *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor §§ 7 ff. TMG Rdn. 13; *Sieber/Höfner*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 34 f.; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz/Geis, Vor § 8 TDG Rdn. 64. Die Literaturstimmen, die die Wissenszurechnung im Strafrecht verneinen, übersehen allerdings den Umkehrschluss dieser Aussage. Es wäre widersprüchlich, etwa einen Sachbearbeiter eines Auktionshauses, der positive Kenntnis von dem rechtswidrigen Versteigerungsgegenstand hat, für nicht verantwortlich zu erklären, weil die Wissenszurechnung zu verneinen sei und aus diesem Grund im konkreten Fall das Auktionshaus keine eigene Kenntnis habe, zutreffend *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 19.

rechtswidrigen Information bzw. deren Aufgabe in der Organisation, Haftungsprivilegierung nicht zugute.¹³⁴¹

dd) Kenntniserlangung durch das Computersystem

Es ist unumstritten, dass der Host-Provider durch das bloße Verfahren der Speicherung keine Kenntnis erlangt. Andernfalls wäre § 10 TMG in sich widersprüchlich, wird doch einerseits eine Speicherung vorausgesetzt, andererseits aber die Haftung von der Kenntnis abhängig gemacht.

Aufmerksamkeit soll allerdings die Frage verdienen, ob eine automatisierte Datenerfassung zu einer Kenntnisnahme des Host-Providers führen kann. Diese Frage ist vor allem für Auktionshäuser von Bedeutung. Denn im Gegensatz zu herkömmlichen Host-Providern, die ihren Nutzern lediglich Speicherplatz zur Verfügung stellen, werden bei Onlineauktionen die von den Nutzern eingegebenen Informationen durch die Software des Auktionshauses schon vor der Veröffentlichung einer weiteren Verarbeitung zugeführt. Dies ist gegeben, da das Auktionsangebot nur dann freigeschaltet werden kann, wenn der Anbieter als Nutzer die Angebotsbeschreibungen seines Auktionsgegenstands in die Datenbank des Auktionshauses lädt, indem er das vom Auktionshaus vorgegebene Datenformular ausfüllt. Das auszufüllende Datenformular wird vom Auktionshaus mittels Computererklärung angenommen. Es liegt somit auf der Hand, dass das Auktionshaus durch die Computerklärung zwangsläufig eine rechtsgeschäftliche Kenntnis vom rechtswidrigen Inhalt eines Angebots erlangt.

Die rechtsgeschäftliche Kenntnis kann aber mit der menschlichen Kenntnis im Sinne von § 10 TMG nicht gleichgestellt werden. Dafür spricht vor allem der Zweck des § 10 TMG. Der Host-Provider wird deshalb privilegiert, weil er wegen der Fülle der Daten weder Kenntnis von den, noch Kontrolle über die gespeicherten Informationen haben kann. Dieser Schutzzweck spricht offensichtlich dagegen, die Haftungsprivilegierung des § 10 TMG schon im Falle einer bloß abstrakten rechtsgeschäftlichen Kenntnis entfallen zu lassen. Eine andere Auslegung würde darüber hinaus in Widerspruch zu § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG stehen. Würde man schon in der automatischen Datenerfassung der Auktionsangebote die Kenntniserlangung des Auktionshauses im Sinne des § 10 TMG annehmen, so

¹³⁴¹ Ebenso *Dannecker*, in: Hohl/Leible/Sosnitza, Vernetztes Recht, S. 129 (155); **a.A.** *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 19. Die vorstehend dargelegte Kenntniszurechnung ist jedoch in der Regel nur innerhalb ein und derselben juristischen Person möglich. Aus diesem Grund kommt eine automatische Wissenszurechnung von der Mutter- auf die Tochtergesellschaft (oder umgekehrt) nur in Ausnahmefällen in Betracht, siehe nur *Altenhain*, in: MüKo-StGB, § 10 TMG Rdn. 21.

wäre das Auktionshaus gezwungen, sämtliche Informationen schon vor der Veröffentlichung zu überwachen und zu erforschen.¹³⁴²

3. Zugangsverhinderung nach § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG

Nach § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG wird der Host-Provider auch nach der Kenntnisaufnahme privilegiert, wenn er unverzüglich tätig geworden ist, um die rechtswidrigen Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren. Damit schafft die Regelung einen Zeitraum, in dem der Host-Provider trotz Kenntnis von seiner Verantwortung frei bleibt.¹³⁴³ „Unverzüglich“ ist nach allgemeiner Auffassung wie in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen, so dass hier auf ein Verschulden abzustellen ist. Das bedeutet, dass der Host-Provider unmittelbar nach Kenntniserlangung tätig sein muss. Nur in absoluten Ausnahmefällen kann der Host-Provider eine Überlegungs- und Umsetzungsfrist in Anspruch nehmen.¹³⁴⁴ Das Gesetz verlangt ferner die Sperrung oder Entfernung der rechtswidrigen Informationen. Damit wird der Host-Provider verpflichtet, jeglichen Zugang Dritter zu den Inhalten zu unterbinden. Das Entfernen von Links auf der eigenen Homepage, ohne dass die Inhalte selbst gelöscht würden, genügt nicht. Vielmehr bedarf es der tatsächlichen Verhinderung eines Abrufs, damit nicht über Suchmaschinen oder dergleichen weiterhin auf den Inhalt zugegriffen werden kann.¹³⁴⁵ Die unverzügliche Zugangsverhinderungsverpflichtung steht ferner nach allgemeiner Auffassung unter dem Vorbehalt, dass sie dem Host-Provider technisch möglich und zumutbar sein muss. Denn das Unmögliche kann von dem Host-Provider kaum verlangt werden.¹³⁴⁶ Bei Online-Auktionen wirkt sich diese Einschränkung indes praktisch nicht aus. Denn technisch besteht für das Auktionshaus unproblematisch die Möglichkeit, rechtswidrige Angebote zu entfernen oder zu sperren, und dies ist ihm auch zumutbar. Wenn das Auktionshaus der Zugangsverhinderungspflicht nicht nachkommt, unterfällt es wieder den allgemeinen Verantwortlichkeitsregelungen.

¹³⁴² *Lindenberg*, Internetauktionen im Gewerbe- und Lauterkeitsrecht, S. 298 ff.; v. *Samson-Himmelstjerna*, Haftung von Internetauktionshäusern, Rdn. 233 ff.; *Schapiro*, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen, S. 436 f.; *Schulze*, Internetauktionen aus vertragsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, S. 101 f.; *Staudinger*, in: *Leible/Sosnitza*, Versteigerungen im Internet, Rdn. 484.

¹³⁴³ Vorbild der Regelung ist Sec. 512 (c) (3) DMCA, der das sog. „notice and take down“-Verfahren zugunsten der Provider vorsieht, *Hoffmann*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, § 10 TMG, Rdn. 41; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, § 11 TDG Rdn. 48.

¹³⁴⁴ *Altenhain*, in: *MüKo-StGB*, § 10 TMG Rdn. 26; *Hoffmann*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, § 10 TMG, Rdn. 46.

¹³⁴⁵ *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, § 11 TDG, Rdn. 50.

¹³⁴⁶ *Altenhain*, in: *MüKo-StGB*, § 10 TMG Rdn. 25; *Hoffmann*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, § 10 TMG, Rdn. 44; *Sieber/Höfing*, in: *Hoeren/Sieber/Holznagel*, Multimedia-Recht, Teil 18.1 (2007) Rdn. 82; *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, § 11 TDG Rdn. 51.

4. Ausschluss der Privilegierung nach § 10 Satz 2 TMG

Nach § 10 Satz 2 TMG ist der Host-Provider unabhängig von § 10 Satz 1 TMG nicht haftungsprivilegiert, wenn der Nutzer, für den der Host-Provider die fremden Informationen speichert, diesem untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird. Das Gesetz stellt damit auf die Einfluss- und Beherrschungsmöglichkeiten des Host-Providers gegenüber dem Nutzer ab, nicht auf die Beherrschung der Information selbst. Daher entfällt die Privilegierung nicht schon wegen der Herrschaftsgewalt über die Steuerung des Datenstroms. Vielmehr erfasst § 10 Satz 2 TMG nur Fälle, in denen der Host-Provider den Nutzer derart anweisen kann, dass dieser bestimmte Informationen abspeichert. Die passive Kontrolle, die der Host-Provider über seine Rechner ausübt, etwa indem Inhalte gesperrt oder gelöscht werden können, kann weder als Aufsicht über einen Nutzer noch als eine derartige Anweisung qualifiziert werden.¹³⁴⁷ Es ist deshalb offensichtlich, dass für die Auktionshäuser diese Ausnahmegvorschrift von keinerlei praktischer Bedeutung ist.¹³⁴⁸

II. Verantwortung nach materiellem Strafrecht

Scheidet die Haftungsprivilegierung aus, stellt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit des Auktionshauses nach dem materiellen Strafrecht. Drei Aspekte verdienen dabei Aufmerksamkeit: Zunächst ist zu diskutieren, ob das Auktionshaus schon aufgrund des Bereitstellens der Plattform zur Verantwortlichkeit herangezogen werden kann (1). Darüber hinaus ist fraglich, ob dem Auktionshaus eine Garantenstellung zukommen kann, wenn es von den wettbewerbswidrigen Inhalten auf seiner Plattform im Sinne des § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG erfährt, dennoch nichts unternimmt, um die betreffenden Daten zu löschen (2). Schließlich ist die Frage zu untersuchen, ob auch die Fälle, in denen das Auktionshaus nicht genügend Vorsorgemaßnahmen trifft, um weitere gleichartige Rechtsverletzungen seiner Nutzer zu verhindern, strafrechtlich relevant sein können (3). Während es sich beim Einrichten und Bereitstellen der Plattform um ein aktives Tun handelt, liegt in den letzten beiden Anknüpfungspunkten der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“¹³⁴⁹ im Unterlassen.

¹³⁴⁷ Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, § 11 TDG Rdn. 37, 39.

¹³⁴⁸ Siehe nur Staudinger, in: Leible/Sosnitzer, Versteigerungen im Internet, Rdn. 488.

¹³⁴⁹ Vgl. BGHSt 56, 277 (Rdn. 29) – *Schönheitsoperations-Fall*; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 13 ff. Rdn. 158a.

1. Das Bereitstellen der Plattform als Gehilfenhandlung

Die erste Frage, ob das Auktionshaus schon aufgrund des Bereitstellens der Plattform zur Verantwortlichkeit herangezogen werden kann, lässt sich klar beantworten. Das Bereitstellen der Plattform als solche scheidet als Anknüpfungspunkt grundsätzlich aus, obwohl hierin durchaus eine „kausale Unterstützung“¹³⁵⁰ der Rechtsverstöße der Nutzer gesehen werden kann. Allerdings fehlt es hierbei an einem gefahrerhöhenden Element. Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

Vor allem ist festzustellen, dass die kaum überzeugenden pauschalen Lösungen, die ausnahmslos entweder für¹³⁵¹ oder gegen¹³⁵² eine Strafbarkeit im Fall der Unterstützung einer Deliktsbegehung durch einen alltäglichen Geschäftsvorgang plädieren, abzulehnen sind, weil sie entweder zu einer unerträglichen Ausdehnung der Beihilfestrafbarkeit¹³⁵³ und bei den Betroffenen zu einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit führen,¹³⁵⁴ oder weil sie die Frage, warum neutrale Handlungen nicht vom Strafrecht erfasst wären, wenn der Betreffende weiß, dass er mit seiner beruflichen Tätigkeit Beihilfe zu einer Straftat leistet, nicht befriedigend beantworten können.¹³⁵⁵

Auch die Auffassung, die nur die subjektive Komponente berücksichtigt und damit im Fall von *dolus eventualis* generell für eine Straflosigkeit plädiert,¹³⁵⁶ ist ebenso wenig überzeugend, weil nach den allgemeinen Regeln für die Beihilfe bedingter Vorsatz genügt,¹³⁵⁷ wie die Gegenauffassung, die allein das Kriterium der objektiven Zurechnung

¹³⁵⁰ Statt vieler *Schünemann*, in: LK, § 27 Rdn. 2.

¹³⁵¹ *Beckemper*, Jura 2001, 163 (169); *Hartmann*, ZStW 116 (2004), 585 (599 ff.); *Heinrich*, Strafrecht AT, Rdn. 1331; *Krey/Esser*, Strafrecht AT, Rdn. 1086 f.; *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507 (537 ff., 543 f.). Nach diesen Autoren ist streng auf den Wortlaut des § 27 StGB abzustellen. Dies hat zur Folge, dass neutrale Alltagshandlungen genauso zu beurteilen sind wie andere Unterstützungshandlungen.

¹³⁵² Vgl. *Hoyer*, in: SK-StGB, § 27 Rdn. 24; *Kretschmer*, JR 2014, 39 (40); *Schild*, in: NK-StGB, § 27 Rdn. 11; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rdn. 582a.

¹³⁵³ Siehe nur *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rdn. 12; *Waßmer*, in: AnwaltK-StGB, § 27 Rdn. 19.

¹³⁵⁴ Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507 (538) auf Korrekturmöglichkeiten hinweist, etwa im Rahmen der Rechtsfertigungsebene. Dies verkennt jedoch die Tatsache, dass Rechtsfertigungsgründe dazu dienen, in Ausnahmefällen tatbestandsmäßige Handlungen von einer Strafbarkeit freizustellen. Aus diesem Grund soll auch die Ansicht, wonach eine neutrale Alltagshandlung den Tatbestand der Beihilfe erfülle, aber bei einer neutralen Alltagshandlung keine Rechtswidrigkeit gegeben sei, vgl. nur *Arzt*, NSTZ 1990, 1 (3 f.), zurückgewiesen werden. Denn sie enthält mit der Bejahung und Feststellung des Tatbestandes gleichzeitig eine für den neutral Handelnden negative Vorwertung. Bei alltäglichen Verhaltensweisen soll aber gerade dies nicht der Fall sein, zutreffend *Tag*, JR 1997, 49 (51).

¹³⁵⁵ Vgl. *Amelung*, in: FS-Grünwald, S. 9 (11); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rdn. 12.

¹³⁵⁶ Nach *Otto* sei neutrales Verhalten nur dann als Beihilfe zu werten, wenn der Gehilfe die unterstützende Wirkung seines Tuns beabsichtigt oder zumindest als unvermeidlich vorausgesehen habe. Bei schlichtem Fürmöglichhalten – im Sinne von *dolus eventualis* – seines Beitrags zur Deliktsverwirklichung bleibe das Verhalten „immer“ straflos, *Otto*, in: FS-Lenckner, S. 193 (212 ff.); siehe auch *Otto*, Strafrecht AT, § 22 Rdn. 68.

¹³⁵⁷ Siehe nur *Waßmer*, in: AnwaltK-StGB, § 27 Rdn. 19, 31.

für maßgeblich hält.¹³⁵⁸ Hierbei werden allerdings einige wertvolle Ausgangspunkte geliefert, die nicht außer Acht bleiben dürfen:

Die auf der subjektiven Komponente abstellenden Lösungen setzen richtig fest, dass allein die Vorstellung, die Handlung könnte möglicherweise deliktisch genutzt werden, nicht immer ein Strafbarkeitsrisiko begründen kann. Denn jeder Tatbeitrag kann vom Haupttäter sowohl für deliktische als auch für nicht deliktische Zwecke genutzt werden. Andererseits darf nicht außer Acht bleiben, dass Konstellationen denkbar sind, in denen das Für-möglich-Halten des Erfolges nicht auf den generellen Risiken des betriebenen Geschäfts beruht, sondern auf konkreten Anhaltspunkten im Einzelfall.¹³⁵⁹

Auch die auf der objektiven Komponente abstellenden Lösungen erkennen zutreffend, dass eine nur kausale Förderung nicht genügt, sondern dass die neutrale Handlung in ihrem auch objektiven Sinnbezug auf die deliktische Verwertung ausgerichtet sein muss. Denn die Erkenntnis, dass Ursächlichkeit im Sinne der *conditio*-Formel allein nicht hinreichend für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes eines Deliktes ist, sondern darüber hinaus eine weitere Begrenzung durch Heranziehung von Elementen der objektiven Zurechnung erforderlich ist, ist heute im Rahmen der Zurechnungsproblematik allgemein anerkannt.¹³⁶⁰ Ausgehend davon ist unstrittig, dass die Regeln der objektiven Zurechnung auch auf die Beihilfe zu übertragen ist.¹³⁶¹ Daher setzt auch die Teilnehmerzurechnung stets die Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr in Richtung auf das durch den jeweiligen Tatbestand geschützte Rechtsgut voraus.

Trotz all der unterschiedlichen Ausgangspunkte bei der Bestimmung des Begriffs der Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr im Detail,¹³⁶² die allerdings teilweise nicht

¹³⁵⁸ Grundlegend *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 280 ff., 295 ff., 301 f.

¹³⁵⁹ Vgl. *Amelung*, in: FS-Grünwald, S. 9 (24).

¹³⁶⁰ Statt vieler *Roxin*, Strafrecht AT I, § 11 Rdn. 44 ff.

¹³⁶¹ Statt vieler *Schünemann*, in: LK, § 27 Rdn. 5.

¹³⁶² Um den Begriff der Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr zu bestimmen, wird teilweise gefragt, ob der Gehilfe mit seiner Alltagshandlung eine aufgrund einer Monopolstellung nur ihm mögliche leistet. Weiterhin wird Beihilfe angenommen, wenn der Hilfeleistende im Rahmen von professionellem Handeln ungeschriebene Berufsregeln verletzt, deren Erfüllung bzw. Einhaltung gerade dem Schutz der durch die Haupttat verletzten Rechtsgüter dienen und davor bewahren sollen, mittels beruflicher Handlungen Straftaten zu begehen bzw. zu erleichtern. Nach anderer Ansicht muss der Hilfeleistende dann strafbar sein, wenn er mit seiner Alltagshandlung eine Haupttat fördert, zu deren Abwendung er bei einem Unterlassen per Garantenstellung gerade verpflichtet gewesen wäre. Andere sehen den Strafgrund der Alltagshandlung in einer „nach außen erkennbaren Solidarisierung mit fremdem Unrecht“, durch die der Rechtsfrieden erschüttert werde. Andere wollen das Regressverbot fruchtbar machen, wonach der straflos ist, dessen Verhalten zur Zeit seines Vollzugs nicht davon abhängt, dass die tatbestandsverwirklichende Handlung des Ausführenden überhaupt nachfolgt. Schließlich wird eine strafbare Beihilfe in solchen Fällen angenommen, in denen eine Abwägung zwischen der der Vornahme des Beihilfenden verbundenen Handlung und der damit einhergehenden Handlungsfreiheit zugunsten des Rechtsgüterschutzes des durch die Haupttat Betroffenen ausfällt, welche dann zur Nichtvornahme der jeweiligen Handlung führen müsste. Als gesetzlich normierte Richtschnur könne hier die Auslösung einer Hilfspflicht nach § 323c StGB bzw. eine Anzeigepflicht nach § 138

überzeugend sind,¹³⁶³ ist daher den auf die objektive Komponente abstellenden Lösungen dahingehend zuzustimmen, dass das Teilnahmeunrecht sich nicht ausschließlich aus dem Unrecht der Haupttat ergibt, sondern weitergehend fordert, dass der Teilnehmer auch selbst ein ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut beeinträchtigen muss. Dies geht aber zu weit, wenn man selbst dann von einer Beihilfesträfbarekeit absieht, wenn der Hilfeleistende den deliktischen Plan des Täters kennt.¹³⁶⁴ Bei dieser Kenntnis sollte aber der Beihilfende zur Verantwortlichkeit herangezogen werden, weil er mit dem Täter einen gemeinsamen Handlungssinn hat und zusammen mit dem Täter auf die Seite des Unrechts tritt. Man muss daher erkennen, dass die Handlung des potentiellen Gehilfen ohne Berücksichtigung seiner Vorstellung nicht bewertet werden kann.

Es muss daher eine Lösung gefunden werden, die eine akzentuierte Berücksichtigung sowohl innerer als auch äußerer Merkmale der Unterstützungshandlung ermöglicht. Sie muss ferner dem objektiven Zurechnungsmodell hinreichend Rechnung tragen, indem sie eine vorsätzliche Schaffung eines unerlaubten Risikos neben der bloßen Kausalität voraussetzt.

Aus diesen Gründen soll die Frage, ob das Auktionshaus schon aufgrund des Bereitstellens der Plattform zur Verantwortlichkeit herangezogen werden kann, anhand der maß-

StGB gesehen werden. Nachweise bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 28. Problem.

¹³⁶³ Das Abstellen auf eine Monopolstellung verkennt den Grundsatz, dass bei der Beurteilung einer Chancenerhöhung auf den konkreten Sachverhalt abgestellt werden muss und kein hypothetischer Sachverhalt hinzugedacht werden darf (statt vieler *Schünemann*, in: LK, § 27 Rdn. 7), weil dadurch auf die mögliche anderwärtig erhaltene Unterstützung als entscheidend gehalten wird, zutreffend *Rotsch*, Jura 2004, 14 (17). Ebenso ist abzulehnen, die Strafbarkeit wegen Beihilfe von einem Verstoß gegen Berufsregeln abhängig zu machen, da solche beruflichen Regeln in vielen Bereichen nicht existieren, *Rotsch*, Jura 2004, 14 (17). Das Verlangen einer Garantenstellung des potentiellen Gehilfen ist ebenso verfehlt. Denn § 13 StGB bestraft Unterlassen, während § 27 StGB eine Förderung des Erfolgs durch aktive Handlungen verbietet, so dass hier die Strafbarkeit früher eintreten sollte, *Schünemann*, in: LK, § 27 Rdn. 27. Eine Abgrenzung zwischen strafbarer Beihilfe und strafloser Alltagshandlung ist ferner auch durch das Abstellen auf eine Solidarisierung mit dem Täter nicht möglich. Die Schwäche dieses Lösungsweges liegt in seiner Unbestimmtheit. Es erscheint unmöglich, handfeste Kriterien dafür zu finden, wann der die Tat Fördernde sich mit der fremden gemein macht. Wenn man das Solidarisierungskriterium eng auslegt, wird sich nahezu jede Tätigkeit, die geeignet ist, den Rechtsfrieden zu erschüttern, im Vorbereitungsstadium verschiebt, die stets straflos ist (§ 30 StGB). Legt man sie dagegen weit aus, verkennt man, dass die Solidarisierung nur in engen Grenzen als psychische Beihilfe strafbar ist, was bedeutet, dass selbst in dieser Fallgruppe nicht die dem Täter erwiesene Sympathie, sondern die durch Bestärkung des Tatentschlusses kausale Mitwirkung am Unrechtserfolg der Grund für die Strafbarkeit des Gehilfen ist, *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507 (514). Auch die Lehre vom Regressverbot ist kein geeignetes Abgrenzungskriterium, weil im Bereich des akzessorischen Rechtsgüterschutzes gerade keine ausschließliche Zuständigkeit des Letztverursachers in der Schadensketten begründet ist. Der Teilnehmer wird nicht zur Beseitigung eines fremden täterschaftlichen Angriffs in die Pflicht genommen, sondern von ihm wird allein das Unterlassen eines eigenen gefahrerhöhenden Verhaltens verlangt. Auch das Abstellen darauf, ob es sich um ein in § 138 StGB genanntes Delikt handelt oder dieses eine Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB auslösen würde, ist ebenfalls ein ungeeignetes Kriterium. Schon die Inhomogenität der im Katalog des § 138 Abs. 1 StGB erfassten Taten lässt daran zweifeln, dass aus dieser Vorschrift eine einheitliche Wertung für die Strafwürdigkeit aktiver Hilfeleistung gefolgert werden kann. Ähnliche Bedenken lassen sich auch gegen eine Heranziehung des § 323c StGB geltend machen, *Hartmann*, ZStW 116 (2004), 585 (592 f.); *Niedermair*, ZStW 107 (1995), 507 (519 f.).

¹³⁶⁴ Vgl. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 295 ff.; 298 ff., 301 f.

geblich von Roxin¹³⁶⁵ angeführten und im Laufe der Zeit auch in der Rechtsprechung¹³⁶⁶ und Literatur¹³⁶⁷ akzeptierten „gemischt subjektiv-objektiven Theorie“ beantwortet werden.

Roxin kommt bei der Behandlung alltäglicher Handlungen zu einer Differenzierung zwischen zwei Konstellationen: Mit einer mit *dolus directus* begründeten Kenntnis eines Helfers könne selbst bei Kausalität für den Erfolg der Haupttat und erhöhtem Risiko ihrer Begehung bei alltäglichen oder neutralen Handlungen eine rechtliche Missbilligung der Tat nur erfolgen, wenn der Beitrag einen eindeutig „deliktischen Sinnbezug“ habe. Denn erst dieser mache „aus dem neutralen Verhalten“ einen Rechtsgutsangriff.¹³⁶⁸ Ein solcher Sinnbezug liege vor, wenn der fördernde Beitrag ohne die strafbaren Handlungen des Täters für diesen keinen Sinn mehr hat. Bleibe der fördernde Beitrag für den Täter sinnvoll, liege strafloses Handeln vor.¹³⁶⁹ Habe der Helfer dagegen keine sichere Kenntnis von der geplanten Tat, sondern halte eine deliktische Verwendung seines Beitrages nur für möglich, so genüge der deliktische Sinnbezug nicht. Denn jedermann dürfe darauf vertrauen, dass andere keine vorsätzlichen Straftaten begehen. Es gelte also der vor allem aus der Fahrlässigkeitsdogmatik bekannte „Vertrauensgrundsatz“. Eine Beihilfestrafbarkeit setze daher darüber hinausgehend voraus, dass der Empfänger der Leistung „erkennbar tatgeneigt“ sei.¹³⁷⁰

¹³⁶⁵ Grundlegend Roxin, Strafrecht AT II, § 26 Rdn. 221 ff.

¹³⁶⁶ BGHSt 46, 107 (112) – *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter*; BGH BeckRS 2014, 03755 (Rdn. 26) – „*Neutrale*“ *Beihilfe*.

¹³⁶⁷ Ambos, JA 2000, 721 (724 f.); Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rdn. 13. Murmann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 27 Rdn. 6; Rengier, Strafrecht AT, § 45 Rdn. 109 ff.; Schünemann, in: LK, § 27 Rdn. 17 ff.; Tag, JR 1997, 49 (54); Waßmer, in: AnwaltK-StGB, § 27 Rdn. 19; Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, § 6 Rdn. 156; Wohlleben, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, S. 92 f., 120 ff.

¹³⁶⁸ Vgl. Roxin, in: FS-Stree/Wessels, S. 365 (379).

¹³⁶⁹ Vgl. Roxin, in: FS-Miyazawa, S. 501 (513).

¹³⁷⁰ Vgl. Roxin, in: FS-Stree/Wessels, S. 365 (380); Roxin, in: FS-Miyazawa, S. 501 (516). Roxins Theorie wird in der Literatur in vielen Punkten in Frage gestellt. Zunächst wird die Theorie hinsichtlich der Begrenzung der Strafbarkeit bei *dolus eventualis* auf Fälle „erkennbarer Tatgeneigtheit“ dahingehend kritisiert, dass Roxin dort auf den Vertrauensgrundsatz zurückgegriffen hat. Da dieser nämlich ein Element der Fahrlässigkeitsdogmatik sei, überzeuge dessen Übertragbarkeit auf Vorsatzdelikte nicht, so etwa Beckemper, Jura 2001, 163 (168), dagegen aber sehr überzeugend Roxin, Strafrecht AT II, § 26 Rdn. 246. Darüber hinaus wird angebracht, dass die Feststellung, dass es nicht ausreicht, wenn der Gehilfe die Begehung der Haupttat lediglich für möglich hält, unnötig sei. Bloßes „Für-Möglich-Halten“ begründe noch keinen bedingten Vorsatz, so etwa Hartmann, ZStW 116 (2004), 585 (596 f.). Es ist aber nicht außer Acht zu lassen, dass die meisten Kritikpunkte nur deshalb angebracht werden können, weil viele Fragen im Bereich des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit bis heute nicht abschließend geklärt werden können. Roxins Theorie muss nur hinsichtlich des Verhältnisses der beiden unterschiedlichsten Konstellationen und ihrer Anforderungen zueinander kritisiert werden. Wird nämlich bei Vorliegen von *dolus eventualis* eine Strafbarkeit angenommen, wenn der Haupttäter „erkennbar tatgeneigt“ ist, so ist nicht recht einsichtig, weshalb die erkennbare Tatgeneigtheit bei Vorliegen von *dolus directus* nicht auch dann eine Strafbarkeit begründen soll, wenn kein deliktischer Sinnbezug vorliegt, Beckemper, Jura 2001, 163 (167); Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, S. 123; Otto, in: FS-Lenckner, S. 193 (206 ff.). Der einfachste Weg, diesen Wertungswiderspruch zu beseitigen, wäre sicherlich, bei erkennbarer Tatgeneigtheit erst recht auch eine Strafbarkeit anzunehmen, wenn der Unterstützender mit *dolus directus* handelt, Kudlich, Die Unterstüt-

Überträgt man *Roxins* Theorie auf das TMG, so steht fest, dass das Bereitstellen des Onlinemarktplatzes nur in Ausnahmefällen als Gehilfenhandlung qualifiziert werden kann. In der Praxis ist es schwer vorstellbar, dass das Auktionshaus den Onlinemarktplatz nur deshalb zur Verfügung stellt, Dritten gezielt die Möglichkeit zu verschaffen, durch irreführende Angaben andere Nutzer in die Irre zu führen. Würde dies einmal anders sein, ist der deliktischen Sinnbezug dennoch zu verneinen. Denn der einzige Anknüpfungspunkt, also die einzige Unterstützungshandlung kann lediglich in der Eröffnung eines Kontos angesehen werden. Freilich kann ein Nutzer seine irreführenden Angaben nur dann machen, wenn er sich anmeldet. Auch hier ist die strafbare Beihilfe des Auktionshauses aber letztendlich zu verneinen, da die Eröffnung eines Kontos als der fördernde Beitrag ohne die strafbare Handlung des Nutzers für diesen sinnvoll bleibt. Die Straflosigkeit ist auch im Bereich des *dolus eventualis* anzunehmen, weil das Für-Möglich-Halten des Auktionshauses, dass sein Marktplatz zu strafrechtswidrigen Zwecken missbraucht werden kann, nicht ausreicht. Das Auktionshaus muss die Tatgeneigtheit seines Nutzers erkennen. Da aber sowohl die Anmeldung als auch der Upload der eingestellten Informationen des Nutzers durch ein automatisiertes Verfahren erfolgt, kennen das Auktionshaus und der Nutzer einander nicht. Daher kann kaum die Rede von einer Überschreitung des erlaubten Risikos sein.

Dieses Ergebnis kann auch aus der Existenz des § 10 TMG geschlossen werden. Da diese Vorschrift die Kenntnis voraussetzt, müssen erst recht sowohl die vorgelagerte Schaffung und Inbetriebnahme einer Infrastruktur als auch die aus diesem Dienst resultierende „Betriebsgefahr“ jedenfalls im Bereich des erlaubten Risikos liegen.

2. Unterlassungsstrafbarkeit im Fall der Nicht-Löschung des bereits identifizierten Inhalts

Das Auktionshaus erfährt von einer irreführenden Angabe in der Regel erst nach der vollautomatisiert erfolgenden Einstellung des Auktionsgegenstandes. Nach § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG wird der Host-Provider auch nach der Kenntnisnahme privilegiert, wenn er unverzüglich tätig geworden ist, um die rechtswidrigen Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren. Kommt das Auktionshaus dieser Pflicht, die sich auf die Löschung oder Sperrung von *bereits identifizierten* strafbaren Inhalten, von denen das Auktionshaus Kenntnis hat, beschränkt, nicht nach, könnte es sich strafbar machen. Anknüpfungspunkt ist in diesem Fall das Unterlassen.

zung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, S. 123. Da dieser Punkt an den hier zu untersuchenden Provider-Fällen keinen Unterschied macht, kann er offen gelassen werden.

Dies setzt eine Erfolgsabwendungspflicht des Auktionshauses voraus. Eine solche besteht dann, wenn es eine Garantenstellung innehat. Die Frage der Bestimmung der Garantenstellung ist allerdings äußerst schwierig. Teilweise wird primär auf die Genese der Garantenstellung rekurriert: Nach der sog. Rechtspflichtenlehre ist zwischen verschiedenen Entstehungsgründen zu unterscheiden. Eine Garantenstellung kann sich danach aus Gesetz, aus Vertrag, aus Ingerenz oder aus einer engen Lebensbeziehung ergeben.¹³⁷¹

Die sog. Funktionslehre stellt dagegen auf die Funktion des Garanten ab, also darauf, ob es sich um einen Beschützer- oder Überwachergaranten handelt. Während bei ersteren die Garantenpflicht darin besteht, das Rechtsgut gegen Gefahren aus allen Richtungen zu schützen, ist der Garant bei letzteren verpflichtet, grundsätzlich alle Rechtsgüter gegenüber denjenigen Gefahrenwirkungen zu schützen, die von einer bestimmten, von ihm zu verantwortenden Gefahrenquelle ausgehen.¹³⁷²

Da die von beiden Ansichten vertretenen Quellen von Garantenpflichten sich nicht gegenseitig ausschließen, kann die Frage, welchem Ansatz zu folgen ist, letztlich dahingestellt bleiben. Da eine Garatenstellung aus enger Lebensgemeinschaft im Bereich der Massenkommunikation offensichtlich nicht einschlägig ist, sowie dem Auktionshaus keine Amts- oder Organstellung zukommt, konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf eine Garantenstellung aus Gesetz, aus Vertrag, aus Ingerenz und aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle.

a) Garantenstellung des Auktionshauses

aa) Garantenpflichten aus Gesetz

Eine gesetzliche Grundlage für das Bestehen einer Garantenstellung von Host-Providern könnte sich aus dem § 10 TMG ergeben, nach dessen Wortlaut Diensteanbieter unter bestimmten Voraussetzungen für fremde Informationen verantwortlich sind. Aufgrund des Wortlauts von § 10 TMG ist dies jedoch zu verneinen. Denn die Formulierung des § 10 TMG, dass Diensteanbieter „nicht verantwortlich sind, sofern (...)“, macht deutlich, dass die Bestimmungen des § 10 TMG nur eine haftungseinschränkende und keine haftungsbegründende Funktion haben.¹³⁷³

¹³⁷¹ Vgl. statt vieler nur BGHSt 30, 391 (394) – *Garantenstellung des Wohnungsinhabers II*.

¹³⁷² Vgl. statt vieler nur *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rdn. 9 ff.

¹³⁷³ BT-Drucks. 14/6098, S. 23; *Altenhain*, in: MüKo-StGB, Vor §§ 7 ff. TMG Rdn. 4; *Sieber*, in: Hören/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 19.1 (2011) Rdn. 32 ff.; *Spindler*, in: Spindler/Schmitz/Geis, Vor § 8 TDG Rdn. 26; **a.A.** (zu § 5 Abs. 2 TDG a.F.) *Gounalakis*, NJW 1997, 2993 (2995).

bb) Garantenpflichten aus Vertrag

Die Garantenstellung von Auktionshäusern könnte sich aus der (ggf. konkludenten) tatsächlichen Übernahme ergeben, insbesondere aus den zwischen den Auktionshäusern und ihren Kunden bestehenden vertraglichen Beziehungen. Zu beachten ist jedoch, dass die Garantenstellung nicht schon durch Abschluss eines Vertrages über den Schutz des Rechtsgutes begründet wird, auf dessen zivilrechtliche Wirksamkeit es ohnehin nicht ankommt. Die Garantenstellung wird in der Regel erst dadurch begründet, dass der Täter tatsächlich in seine Schutzfunktion eintritt und dadurch für den Gefährdeten eine Vertrauenslage schafft. Der Inhalt des von den Parteien geschlossenen Vertrages ist daher bedeutsam für die Reichweite der übernommenen Pflicht.¹³⁷⁴

Ausgehend von diesen Anforderungen lehnen die wenigen Literaturstimmen, die sich mit der Frage beschäftigt haben, ob die Garantenstellung des *herkömmlichen* Host-Providers durch den Vertrag angenommen werden kann, die Erfolgsabwendungspflicht zu Recht ab.¹³⁷⁵ Denn die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den herkömmlichen Host-Providern und ihren Nutzern sehen in der Regel lediglich vor, dass sich der Provider gegenüber dem Nutzer zur Bereitstellung von Speicherkapazität und sonstiger elektronischer Infrastruktur verpflichtet. Von einem Versprechen des Host-Providers, dass er den Nutzer vor Gefahren bewahren möchte, kann nicht ausgegangen werden. Der Host-Provider organisiert „das Internet“ nicht, sondern erbringt lediglich rein technische Dienstleistungen.

Die Situation ist bei Online-Auktionen aber anders. Im Gegensatz zu den zwischen den herkömmlichen Host-Providern und ihren Kunden bestehenden vertraglichen Beziehungen, verpflichten die zwischen dem Auktionshaus und den Nutzern bestehenden vertraglichen Vereinbarungen den Plattformbetreiber neben der Bereitstellung der technischen Infrastruktur zu weiteren zu erbringende Leistungen. Kernelement praktisch jeder Form elektronischen Handels sind die Bereitstellung der technischen Infrastruktur sowie Dienste wie Suchfunktionen, Registrierung der Angebote und die Verwaltung etwaiger Gebote. Schließlich sind weitere Leistungen, wie Marktüberwachung, Bewertungssysteme oder andere bei der Vertragsdurchführung zwischen dem Anbieter und dem Bieter nützliche

¹³⁷⁴ Vgl. statt vieler *Lackner/Kühl*, StGB, § 13 Rdn. 9; *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rdn. 28.

¹³⁷⁵ *Barton*, Multimedia-Strafrecht, Rdn. 261, bezüglich des Schutzes der Persönlichkeitsrechte von Nutzern; *Sieber*, JZ 1996, 494 (500 Fn. 89); *Sieber*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 19.1 (2011) Rdn. 31 (Fn. 1), bezüglich der Frage der Herleitung einer Garantenpflicht der Provider zum Schutz jugendlicher Nutzer vor jugendgefährdenden Inhalten.

Dienste, zu erwähnen. Insgesamt können die Leistungen des Plattformbetreibers als Organisationspflichten zusammengefasst werden.¹³⁷⁶

Zu den Organisationspflichten gehört unzweifelhaft auch die Löschung von irreführenden Angaben nach Kenntnisnahme. Nahezu sämtliche Auktionshäuser weisen in ihren AGB sogar ausdrücklich darauf hin. Nach § 4 eBay-AGB gilt es als ausreichend, wenn *konkrete* Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Mitglied gesetzliche Vorschriften verletzt, um die Angebote zu löschen. Derartige Sperrklauseln erwecken bei jedem Teilnehmer das Vertrauen darauf, dass das Auktionshaus – deutlich erkennbar – die Pflicht übernommen hat, seine Nutzer vor Gefahren zu schützen. Jeder Teilnehmer, der an einer Online-Auktion teilnimmt, darf sich daher sicher fühlen, dass die Server des Auktionshauses von irreführenden Angaben befreit sind. Auch die Tatsache, dass ein Durchschnittsnutzer wissen sollte, dass das Auktionshaus nicht jedes Angebot kontrollieren und daher ein „sauberer“ Server niemals zu 100 % möglich sein kann, spielt hier keine Rolle. Denn die Pflicht zur Verhängung von Sperren kommt lediglich dann in Betracht, wenn das Auktionshaus von irreführenden Angaben Kenntnis hat.

cc) Garantenpflichten aus Ingerenz

Zu prüfen ist ferner, ob eine Garantenstellung des Auktionshauses aus dem allgemein anerkannten¹³⁷⁷ Ingerenzgedanken, wonach jede Person, die durch ihr Vorverhalten die nahe Gefahr eines Schadenseintritts für Rechtsgüter Dritter geschaffen hat, zur Abwendung des drohenden Erfolges sowie zur Ergreifung entsprechender Rettungsmaßnahmen verpflichtet ist,¹³⁷⁸ hergeleitet werden kann.

Auf den ersten Blick ist dies zu bejahen, wenn man der sog. Verursachungstheorie folgt, wonach für eine Garantenstellung aus Ingerenz jegliches Vorverhalten genügt, auch dann, wenn das Vorverhalten als pflichtgemäß oder gerechtfertigt zu qualifizieren ist.¹³⁷⁹ Diese Annahme ist jedoch nicht ganz richtig. Denn auch nach dieser Theorie bedeutet das Abrü-

¹³⁷⁶ Vgl. Huppertz, in: Bräutigam/Leupold, Online-Handel, B IV. Rdn. 28 ff.; Spindler, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 5 Rdn. 12; Wiebe, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 4 Rdn. 7. Im Rahmen des Benutzungsverhältnisses ist daher zum Tätigwerden lediglich das Auktionshaus verpflichtet, hierzu ausführlich Spindler, in: Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, Kap. 5 Rdn. 23 ff.

¹³⁷⁷ Anders aber Roxin, ZStW 83 (1971), 369 (403); wiederum anders aber inzwischen Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rdn. 150; Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 393 ff., 404 ff., der in den einschlägigen Fällen ein Begehungsdelikt annehmen möchte; Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 313 ff.; Schünemann, GA 1974, 231 (233 ff.); anders nun Schünemann, in: FG-50 Jahre BGH, Band IV, 621 (637).

¹³⁷⁸ Vgl. Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rdn. 32.

¹³⁷⁹ Freund, in: MüKo-StGB, § 13 Rdn. 121 ff.; Freund, Strafrecht AT, § 6 Rdn. 72; Gössel, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT 2, § 46 Rdn. 98 ff.; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 294 ff.; Lackner/Kühl, StGB, § 13 Rdn. 13; Otto, Strafrecht AT § 9 Rdn. 81; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 209 ff., 271 ff.; siehe auch Weigend, in: LK, § 13 Rdn. 44.

cken von einem zwingenden Pflichtwidrigkeitserfordernis bei der Ingerenzverantwortlichkeit nicht, dass jede kausale Herbeiführung einer Gefahranlage sonderverantwortlichkeitsbegründend wirkt. Es muss vielmehr auf ein im Vergleich zu alltäglichen Handlungen „gesteigert riskantes Vorverhalten“ abgestellt werden.¹³⁸⁰ Ein solch gesteigert riskantes Vorverhalten liegt etwa beim Inverkehrbringen eines Produkts mit Schädigungspotential vor;¹³⁸¹ ob auch schon die Zurverfügungstellung eines Marktplatzes unter diese Kategorie fällt, erscheint hingegen zweifelhaft.¹³⁸² Die Zurverfügungstellung eines Marktplatzes erscheint zwar grundsätzlich geeignet, eine drohende Rechtsgutverletzung begründen zu können. Die Handlungen des Auktionshauses sind allerdings als innerhalb der Grenze des sozial Üblichen und von der Allgemeinheit Gebilligten anzusehen,¹³⁸³ was zur Folge hat, dass mangels eines Sonderrisikos ein tatbestandsmäßiges Vorverhalten nicht bejaht werden kann.

Da eine Garantenstellung aus Ingerenz schon nach der Verursachungstheorie nicht begründet werden kann, liegt es auf der Hand, dass eine Erfolgsabwendungspflicht des Auktionshauses auch nach der Pflichtwidrigkeitstheorie nicht möglich ist, wonach die durch das Vorverhalten geschaffene Gefahr pflichtwidrig sein muss.¹³⁸⁴ Da die Bereitstellung des Onlinemarktplatzes als sozialadäquat einzustufen ist, scheidet die Garantenstellung aus Ingerenz von vornherein aus.

Unabhängig von der Frage, ob das Vorverhalten pflichtwidrig sein soll, entfällt die Garantenstellung aus Ingerenz aus einem weiteren Grund: Das Vorverhalten muss die adäquate Gefahr eines tatbestandsmäßigen Erfolges verursachen, die in dem vorangegangenen Tun bereits objektiv angelegt ist. Nach den Anhängern beider Theorien entsteht daher keine Rechtspflicht aus einem vorausgegangenen Tun, wenn jemand nur mittelbar zu einer Gefahr beiträgt, die ein anderer verantwortlich Handelnder unmittelbar herbeiführt. So ist z.B. der Verleiher eines gefährlichen Werkzeugs nach der heute unbestrittenen Meinung nicht Garant für die damit begangene Tötungshandlung eines Dritten.¹³⁸⁵ Die Garantenstellung des Auktionshauses aus Ingerenz ist daher schon von Anfang an in der Regel zu

¹³⁸⁰ Freund, in: MüKo-StGB, § 13 Rdn. 141; Freund, Strafrecht AT, § 6 Rdn. 69, 73.

¹³⁸¹ Freund, in: MüKo-StGB, § 13 Rdn. 123 ff.; Freund, Strafrecht AT, § 6 Rdn. 71.

¹³⁸² Vgl. Otto, Strafrecht AT, § 9 Rdn. 81: „Sozialadäquate Verhaltensweisen (...) sind (...) als vorangegangenes, garantenpflichtbegründendes Tun ungeeignet.“

¹³⁸³ Siehe Gliederungspunkt Teil 3 C II 1.

¹³⁸⁴ BGHSt 3, 203 (204 f.) – *Pflicht zum Handeln aufgrund vorausgegangenen Tuns*; BGHSt 25, 218 (220 ff.) – *Keine Garantenstellung eines verkehrsgerechten Kraftfahrers gegenüber dem Unfallopfer*; BGHSt 34, 82 (84) – *Garantenstellung des Unfallbeteiligten Kraftfahrers*; BGHSt 37, 106 (115 f.) – *Lederspray-Fall*; Fischer, StGB, § 13 Rdn. 52; Heinrich, Strafrecht AT, Rdn. 954; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 59 IV 4 a, S. 625; Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 13 Rdn. 23; Merz, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 13 StGB Rdn. 26; Rudolphi/Stein, in: SK-StGB, § 13 Rdn. 38; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rdn. 35; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rdn. 725.

¹³⁸⁵ Vgl. hierzu einerseits Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rdn. 39 und andererseits Freund, in: MüKo-StGB, § 13 Rdn. 142; Freund, Strafrecht AT, § 6 Rdn. 73.

verneinen, weil die strafrechtlich relevanten irreführenden Angaben nicht durch Bereitstellung des Marktplatzes, sondern erst durch die nachfolgenden Handlungen der Nutzer verbreitet werden.¹³⁸⁶

dd) Garantenpflichten aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle

Weiterhin ist die Frage zu untersuchen, ob dem Auktionshaus eine Garantenstellung durch Herrschaft über eine Gefahrenquelle obliegt. Diese Garantenstellung basiert auf dem einfachen Grundgedanken, dass sich die Umgebung des Garanten darauf verlassen können muss, dass derjenige, der die Verfügungsgewalt oder Kontrolle über einen räumlich abgegrenzten Bereich ausübt, aus dem auf andere in gefährlicher Weise eingewirkt werden kann, die Gefahren beherrscht, die sich durch Zustände oder Geschehnisse in diesem Bereich ergeben können.¹³⁸⁷ Dieser Ausgangspunkt ist allgemein anerkannt und damit unproblematisch. Auch an der Bedeutung dieses Gedankens im Rahmen von strafbaren irreführenden Angaben bei Online-Auktionen soll kein Zweifel bestehen. Das Auktionshaus hat seine Plattform so auszurichten, dass die Angebote seinen Nutzern keine Gefahren für Individualrechtsgüter oder für die Rechtsgüter der Allgemeinheit schaffen.

Problematisch ist dagegen die Reichweite der Garantenstellung, insbesondere das Verhältnis zu Ingerenzhaftung. Es liegt auf der Hand, dass die Haftung des Inhabers der Sachherrschaft nicht weiter reichen sollte als diejenige des Ingerenten. Denn wer durch pflichtwidriges Vorverhalten neue Gefahren schafft, ist mit größerer Dringlichkeit zu deren Kontrolle aufgerufen als derjenige, der nur allgemein für eine Sache oder eine Anlage zuständig ist, aus der sich die Gefahren entwickeln können.¹³⁸⁸ Aus diesem Grund sollte die Garantenstellung des Auktionshauses schon von Anfang an angesichts der Eigenverantwortlichkeit der Anbieter wie bei Ingerenzhaftung verneint werden.

Die Garantenstellung aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle soll jedoch nicht so eng verstanden werden. Die Garantenstellung durch Vertrag zeigt, dass es nicht immer auf ein rechtswidriges Vorverhalten zur Begründung einer Garantenstellung ankommt. Dies muss auch für die Garantenstellung aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle gelten. Auch die Rechtsprechung bestätigt diese Überlegung. Zu den Personen, die eine Garantenstellung aufgrund ihrer Herrschaftsgewalt innehaben können, zählen die Besitzer oder Halter von Kraftfahrzeugen, die Betreiber von Anlagen, die Halter von Tieren, aber auch die Betreiber von Sportplätzen, Kinderspielplätzen, Baustellen oder Kopiergeräten.¹³⁸⁹ Diese Bei-

¹³⁸⁶ Vgl. Sieber, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 19.1 (2011) Rdn. 38.

¹³⁸⁷ Vgl. BGHSt 53, 38 (Rdn. 16) – *Verkehrssicherungspflichten bei Abbrucharbeiten*; Otto, Strafrecht AT, § 9 Rdn. 85; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rdn. 43; Weigend, in: LK, § 13 Rdn. 48.

¹³⁸⁸ Zutreffend Weigend, in: LK, § 13 Rdn. 49.

¹³⁸⁹ Nachweise bei Wohlers/Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rdn. 48.

spiele zeigen, dass – im Gegensatz zur Ingerenzhaftung – für eine Garantenstellung aufgrund Beherrschung einer Gefahrquelle ausreichend ist, wenn von den beispielhaft beschriebenen Gegenständen eine abstrakte Gefährdung ausgeht. Eine adäquate Gefahr im Sinne der Ingerenzhaftung ist nicht vorausgesetzt. Daher sind die Ausnahmen von dem Ausschluss der Garantenstellung aufgrund der Eigenverantwortlichkeit Dritter in speziellen Fallgestaltungen anerkannt, in denen das rechtsgutsgefährdende Verhalten einer dritten Person dem Verantwortungsbereich des Unterlassenden zuzurechnen ist. Dementsprechend treffen den Wohnungsinhaber unter dem Gesichtspunkt „Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle“ unter bestimmten Umständen Garantenpflichten zur Verhinderung der Straftatbegehung durch eigenverantwortliche Dritte in der eigenen Wohnung.¹³⁹⁰

Da der Aspekt der Eigenverantwortlichkeit die Garantenstellung aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle nicht auszuschließen vermag, sollte die Erfolgsabwendungspflicht des Auktionshauses ohne weiteres zu bejahen sein. Denn als Gefahrenquelle kommen hier die vom Marktplatzbetreiber betriebenen Server in Betracht, auf denen das strafrechtlich relevante Material abgelegt ist. Über diesen Speicherplatz übt das Auktionshaus auch die tatsächliche Herrschaft aus. Die auf den eigenen Servern abgespeicherten Daten kann es jederzeit löschen und damit die Abrufbarkeit des konkreten Inhalts ein für allemal beseitigen.

Fraglich ist aber, ob die reine Herrschaft für die Garantenpflicht als ausreichend angesehen werden kann. Die Antwort sollte negativ ausfallen, da ansonsten kein Unterschied zu der bei jedem Unterlassungsdelikt zu prüfenden Voraussetzung der Möglichkeit des Unterlassenden zur Erfolgsverhinderung bestehen würde. Deshalb werden in Rechtsprechung und Literatur über das Kriterium der Herrschaft über eine Gefahrenquelle hinaus weitere Anforderungen für nötig gehalten, um zu der Begründung einer Garantenstellung zu gelangen. Die notwendigen weiteren Voraussetzungen sind jedoch unklar:

Eine Ansicht hebt darauf ab, ob die Gefahrenquelle einen rechtlich geschützten Gefahrenbereich darstellt, in dem staatliche Kontrollen nur besonders schwer möglich sind.¹³⁹¹ Dies passt zwar zur Begründung bzw. zur Beschränkung der Garantenstellung des Wohnungsinhabers (Art. 13 GG) sehr gut. Sie ist aber auf Online-Auktionen nicht übertragbar. Denn die praktischen Möglichkeiten des Staates zur Kontrolle von Online-Auktionen sind zwar sehr begrenzt. Die geringen Kontrollmöglichkeiten beruhen aber nicht auf einer besonderen Rechtsstellung von Auktionshäusern. Sie resultieren aus der Unüberblickbarkeit der großen gespeicherten Datenmengen. Dieses faktische Kontrolldefizit kann nicht mit

¹³⁹⁰ Vgl. BGHSt 30, 391 (396) – *Garantenstellung des Wohnungsinhabers II*; siehe auch Gliederungspunkt Teil 3 B II 2 d).

¹³⁹¹ Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, 29. Abschn. Rdn. 31.

dem Kontrolldefizit in einem rechtlich geschützten Herrschaftsbereich gleichgestellt werden.

Andere fordern neben der tatsächlichen Herrschaft über eine Gefahrenquelle eine gesteigerte, spezifische Gefährlichkeit, durch die die Tatbestandsverwirklichung erleichtert oder zumindest gefördert werden muss. Erforderlich ist daher stets eine gesteigerte Gefährlichkeit für potentiell betroffene Rechtsgüter, die gerade aus der konkreten Beschaffenheit der Gefahrenquelle resultiert. So treffen etwa den Wohnungsinhaber nach dem BGH nur dann Garantenpflichten zur Verhinderung von Straftaten Dritter in der eigenen Wohnung, „wenn die Wohnung wegen ihrer besonderen Beschaffenheit oder Lage eine Gefahrenquelle darstellt, die er so zu sichern und zu überwachen hat, dass sie nicht zum leichten Mittel für eine Ausführung von Straftaten gemacht werden kann. Hierfür ist erforderlich, dass die Wohnung, über ihre Eigenschaft als Wohnung hinaus, eine besondere Gefahrenquelle darstellt.“¹³⁹²

Angesichts dieses Kriteriums sollte die Garantenstellung des Auktionshauses verneint werden, weil das Betreiben eines Onlinemarktplatzes keine spezifische Gefahrenquelle darstellt in dem Sinne, wie es der BGH verlangt hat. Fraglich ist indes, ob die Ausführungen des BGH auf die hier behandelten Sachverhalte übertragbar sind. Der Hintergrund der BGH-Rechtsprechung liefert die Antwort: Die ältere Rechtsprechung ging bei der Annahme einer Garantenpflicht zum Schutz vor Straftaten durch Dritte wegen einer verantwortlichen Stellung in bestimmten Räumlichkeiten sehr weit. Sie ließ zumindest bei drohenden schweren Straftaten praktisch die bloße „Aufnahme“ in den Schutzbereich der Wohnung genügen. So hat etwa die Rechtsprechung der Inhaberin einer Gaststätte eine „Rechtspflicht“ auferlegt, in den Räumen, über die sie Verfügungsgewalt hat, für Ordnung zu sorgen, insbesondere ihre Gäste vor Ausschreitungen anderer Gäste zu schützen.¹³⁹³ Diese Rechtspflicht wurde dann auf den „Wohnungsinhaber“ übertragen.¹³⁹⁴ In der Literatur wurde diese Auffassung als „zu weit“ betrachtet und eine Einschränkung der Überwachungsgarantenpflichten des Wohnungsinhabers gefordert.¹³⁹⁵ Das Kriterium der gesteigerten Gefährlichkeit erfüllt also diese Anforderung von Seiten der Literatur. Gegen eine Übertragung des Kriteriums der Gefahrsteigerung auf Online-Auktionen spricht auch das Haftungssystem des TMG. Die Löschpflicht beschränkt sich auf die Löschung oder Sperrung von *bereits identifizierten* strafbaren Inhalten, von denen das Auktionshaus Kenntnis hat. Wenn dies der Fall, hat das Auktionshaus davon auszugehen, dass seine

¹³⁹² BGHSt 30, 391 (396) – *Garantenstellung des Wohnungsinhabers II*.

¹³⁹³ BGH NJW 1966, 1763 (1763) – *Garantenstellung einer Gastwirtschaft*.

¹³⁹⁴ BGHSt 27, 10 (12 f.) – *Garantenstellung des Wohnungsinhabers I*.

¹³⁹⁵ Vgl. *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 361.

Plattform nicht nur der Ort ist, an dem sich möglicherweise Straftaten abspielen können, sondern dieser für den konkreten Tatablauf eine Rolle spielt.

Schließlich wird über das Merkmal der Sachherrschaft hinausgehend das Vertrauenselement als einschränkendes Kriterium gefordert. Nach dieser Auffassung ist eine Garantenstellung aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle nur dann anzunehmen, wenn sich in der Allgemeinheit ein Vertrauen dahingehend herausgebildet hat, dass der Eintritt einer Rechtsgutsverletzung durch den Unterlassenden verhindert wird.¹³⁹⁶

Zu fragen ist also immer, mit welchem Gefahrenabwehrverhalten des Unterlassenden die Rechtsgemeinschaft in einer konkreten Situation rechnen kann. Zwar spielt hier auch die faktische Erwartungshaltung eine Rolle. Ausschlaggebend ist aber die Gesamtrechtsordnung, also normative Gesichtspunkte.¹³⁹⁷ Aus diesem Grund ist die zuvor gewonnene Erkenntnis, dass dem Auktionshaus eine Garantenstellung aus Vertrag deshalb obliegt, weil aufgrund der Bestimmungen in den AGB des Auktionshauses bei jedem Teilnehmer ein derartiges Vertrauen erweckt wird, dass der Betreiber des Onlinemarktplatzes im Fall einer positiven Kenntnis von strafbaren Inhalten zumutbare Anstrengungen zu deren Löschung unternehmen wird, auch auf die hier in Rede stehende Garantenstellung übertragbar. Selbst wenn man diese Übertragung wegen den unterschiedlichen Schutzzwecken zwischen der Beschützer- und der Überwachungsgarantenstellung ablehnt oder die Übertragung gar nicht möglich ist, weil etwa eine Sperrklausel in den AGB fehlt, ändert sich an dem Ergebnis nichts. Denn die Rechtspflicht ergibt sich auch aus der Rechtsordnung, und zwar selbst dann, wenn die Garantenstellung aus Gesetz abgelehnt wird. Das ist so, weil die Begründung eines Vertrauenselements über einen normativen Ansatz erfolgt. Demzufolge wird sich das Vertrauenselement nicht aus den Einzelregelungen, sondern – sehr viel großzügiger als bei der Begründung von Garantenpflichten aus Gesetz – auch aus der Gesamtrechtsordnung ergeben.¹³⁹⁸ Dies bedeutet, dass bei der Untersuchung, inwieweit das Auktionshaus eine Garantenstellung trifft, das Wertungsmodell nicht gänzlich außer Acht gelassen werden kann, das der Vorschrift des § 10 TMG zugrunde liegt. Die Formulierung des § 10 TMG, die dem Auktionshaus in bestimmten Konstellationen

¹³⁹⁶ Über das Vertrauenselement siehe etwa BGHSt 27, 10 (13) – *Garantenstellung des Wohnungsinhabers I*; BGHSt 37, 106 (116) – *Lederspray-Fall*; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 59 IV 4 b, S. 627; Lackner/Kühl, StGB, § 13 Rdn. 15; Otto, Strafrecht AT, § 9 Rdn. 89; Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 344 f., 350 ff.

¹³⁹⁷ Wie hier Sieber, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 19.1 (2011) Rdn. 48; a.A. Otto/Brammsen, Jura 1985, 530 (536), wonach nur diejenigen Verhaltenserwartungen geschützt werden sollen, deren Nichterfüllung in der Rechtsgemeinschaft als sozialschädlich angesehen wird, siehe auch Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 352 f.: „Wenn man aber schon eine objektiv begründete Erwartung ausreichen lässt, so wird der Vertrauensbegriff vollständig normativiert und letztlich zu einer anderen Umschreibung für die Rechtspflicht, die ja die objektiv begründete Erwartung par excellence ist.“

¹³⁹⁸ Sieber, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 19.1 (2011) Rdn. 48.

bei einer entsprechenden positiven Kenntnis der Inhalte die Löschung der Daten auferlegt, muss bei der Anwendung der allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze über die Entstehung der Garantenstellung aufgrund der Sachherrschaft über eine Gefahrenquelle mittelbar herangezogen werden, vor allem im Hinblick auf die Forderung nach einer normativen Verankerung der Garantenpflicht und für die Bestimmung einer normativen Vertrauenserwartung der Allgemeinheit.¹³⁹⁹ Daher ist die Garantenstellung von Auktionshäusern als Host-Provider¹⁴⁰⁰ zu bejahen.¹⁴⁰¹

b) Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme durch Unterlassen

Offen bleibt aber die Frage, ob das Auktionshaus als Unterlassungstäter einer strafbaren Werbung (insoweit als Mittäter) oder als Teilnehmer durch Unterlassen (insoweit als Gehilfe) in Betracht zu ziehen ist. Wie zu erwarten ist das Spektrum der diesbezüglich vertretenen Auffassungen breit. Das Meinungsspektrum reicht von der Auffassung „nur Beihilfe“ über Anwendung der herkömmlichen oder von an die Besonderheiten des Unterlassens angepassten Regeln der Täterschaft/Teilnahme bis hin zu der Auffassung von einer ausnahmslosen Täterschaft.¹⁴⁰²

Vor allem ist festzustellen, dass es nicht gerechtfertigt ist, dem Täter in allen Fällen eine Strafmilderung zu entziehen oder sie ihm in jedem Fall zu gewähren. Darüber hinaus ist die Abgrenzung zwischen den Garantenstellungen nicht immer einfach durchführbar. Es

¹³⁹⁹ Zutreffend *Barton*, Multimedia-Strafrecht, Rdn. 267; *Sieber*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 19.1 (2011) Rdn. 49.

¹⁴⁰⁰ Vgl. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rdn. 85; *Gercke*, in: AnwaltK-StGB, § 13 Rdn. 12; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184 Rdn. 51; *Jäger/Conradi*, CR 1996, 236 (238 f.); *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, S. 507; *Kudlich*, JA 2002, 798 (801); *Park*, GA 2001, 23 (33); *Pelz*, wistra 1999, 53 (56); *Sieber*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 19.1 (2011) Rdn. 60; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rdn. 723; *a.A. Conradi/Schlömer*, NStZ 1996, 472 (473); *Derksen*, NJW 1997, 1878 (1883 f.); *Heghmanns*, JA 2001, 71 (75); *Sieber*, JZ 1996, 494 (502).

¹⁴⁰¹ Da die weiteren Voraussetzungen einer Unterlassungsverantwortung des Auktionshauses zweifellos erfüllt sind, genügt es auf Folgendes hinzuweisen: Voraussetzung für eine Unterlassungsstrafbarkeit des Auktionshauses ist zunächst, dass die von der Rechtsordnung eingeforderte Handlung für den Garanten einerseits physisch-real möglich sowie andererseits zumutbar sein muss. Technisch besteht für das Auktionshaus unproblematisch die Möglichkeit, irreführende Angebote zu entfernen oder zu sperren, und dies ist ihm auch zumutbar. Des Weiteren ist für eine Strafbarkeit wegen Unterlassens erforderlich, dass das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands in seiner Qualität derjenigen eines positiven Tuns entspricht. Diese Voraussetzung stellt hier kein Problem dar. Denn es macht keinen Unterschied, ob die in Betracht kommenden Rechtsgutsverletzungen durch ein aktives Tun oder aber durch die Nichtlöschung der irreführenden Angaben ermöglicht werden. Hinzutreten muss ferner nach den Grundsätzen der allgemeinen Unterlassungsdogmatik die Kausalität. Nach der „conditio-sine-qua-non-Formel“ ist erforderlich, dass die Sperrung oder Löschung der strafbaren Werbung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Erfolg verhindert hätte. Diese sog. „Quasikausalität“ ist hier deshalb unproblematisch, weil die Sperrung oder Löschung das Abrufen der irreführenden Angaben ein für allemal beseitigen könnten, und damit wäre der Zugang zu der strafbaren Werbung für Dritte überhaupt nicht mehr möglich gewesen. Dass die strafbaren Angaben auch auf anderen Servern der Onlinemarktplätze gespeichert werden können, über die das betroffene Auktionshaus keine Verfügungsgewalt besitzt, kann bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden, da es sich insofern um eine strafrechtlich irrelevante hypothetischer Ersatzursache handelt, vgl. *Lackner/Kühl*, StGB, Vor § 13 Rdn. 12.

¹⁴⁰² Vgl. den Überblick bei *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB Vor §§ 25 ff. Rdn. 90 ff.

gibt innerhalb der verschiedenen Garantenstellungen keine unterschiedlichen Wertigkeiten der Erfolgsabwendungspflichten. Daher ist auf die Kriterien der Tatherrschaftslehre zurückzugreifen. Zu fragen ist immer, ob der Garant selbst die Macht hat, den Erfolg abzuwenden. Wenn dies der Fall ist, ist er Täter. Kann er den Erfolg selbst nicht verhindern, sondern lediglich erschweren, ist er Gehilfe.¹⁴⁰³

Technisch besteht für das Auktionshaus ganz unproblematisch die Möglichkeit, irreführende Angebote zu entfernen oder zu sperren. Da das Auktionshaus die Tatbegehung durch sein Eingreifen hätte verhindern können, ist von einer Mittäterschaft auszugehen und das Auktionshaus als Unterlassungstäter einer strafbaren Werbung in Betracht zu ziehen.

Die Tatsache, dass der Täter nach § 16 Abs. 1 UWG nur derjenige sein kann, der in der Absicht handelt, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen und von einer solchen Absicht des Auktionshauses in der Regel kaum die Rede sein kann, ändert nichts. Zwar kann, sofern es sich um ein Delikt handelt, das dem Unterlassenden eine Absicht oder Täterqualität abfordert, nach allgemeinen Grundsätzen nur eine Teilnahme vorliegen.¹⁴⁰⁴ Wie allerdings oben bereits herausgefunden, sollte das Merkmal „Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen“ ersatzlos gestrichen werden.¹⁴⁰⁵

Für die Annahme einer Mittäterschaft spricht ferner die in der Betrugsdogmatik allgemein anerkannte Möglichkeit, dass für eine Bereicherungsabsicht auch eine fremdnützige Absicht genügt.¹⁴⁰⁶ Dies ist auch auf § 16 Abs. 1 UWG als ein Delikt im Vorfeld des Betruges zu übertragen, weil eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG auch im Fall der Förderung des Absatzes eines *fremden* Unternehmens, d.h. des Absatzes des geschäftlichen Anbieters, durch Dritte, d.h. durch das Auktionshaus, vorliegt. Um das Auktionshaus als Mittäter in Betracht zu ziehen, braucht man daher nicht auf das Kriterium eines eigenen Interesses an der Tat abzustellen.¹⁴⁰⁷ Wenn die Rechtsprechung daran festhält, dass ein den Tatentschluss eines Mittäters nur bestärkendes, rein unterstützendes Handeln,¹⁴⁰⁸ oder ein vorbereitender Beitrag Mittäterschaft begründen kann,¹⁴⁰⁹ kann man davon ausgehen, dass die Mitwirkung des Auktionshauses am Kerngeschehen die von der Rechtsprechung als ausreichend angesehenen Anforderungen erfüllt.

¹⁴⁰³ Joecks, in: MüKo-StGB, § 25 Rdn. 270; Waßmer, in: AnwaltK-StGB, Vor § 25 Rdn. 25.

¹⁴⁰⁴ Vgl. statt vieler Waßmer, in: AnwaltK-StGB, Vor § 25 Rdn. 23.

¹⁴⁰⁵ Siehe Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 c) bb) und Teil 2 C IV.

¹⁴⁰⁶ Gaede, in: AnwaltK-StGB, § 263 Rdn. 172; Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn. 833; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 283.

¹⁴⁰⁷ Vgl. BGHSt 40, 299 (300 f.) – Münzhändler-Fall.

¹⁴⁰⁸ BGHSt 24, 286 (289) – Fortgesetzter Betrug mehrerer Familienmitglieder gegenüber Kaufhaus.

¹⁴⁰⁹ BGHSt 40, 299 (301) – Münzhändler-Fall; BGHSt 54, 69 (Rdn. 174) – Lebensversicherungsbetrug.

3. Unterlassungsstrafbarkeit im Fall der Nicht-Verhinderung weiterer, im Kern vergleichbarer Rechtsverletzungen

a) Problemendarstellung

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, dass sich die Garantenstellung im Fall der Nicht-Löschung eines Inhalts, der dem Auktionshaus bekannt ist, in erster Linie aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle ohne weiteres begründen lässt. Die Unterlassungsstrafbarkeit des Auktionshauses ist in diesem Fall eine Konsequenz der Verletzung der spezifischen Überwachungspflicht, die in § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG vorgesehen ist. Wie oben herausgefunden, ergibt sich aus dem Telos des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG weiterhin die Schlussfolgerung, dass ein Auktionshaus verpflichtet ist, Sorge zu tragen, dass es nicht erneut zu gleichartigen Rechtsverletzungen kommt.¹⁴¹⁰ Es stellt sich deshalb die Frage, ob auch die Fälle, in denen das Auktionshaus nicht genügend Vorsorgemaßnahmen trifft, um weitere gleichartige Rechtsverletzungen seiner Nutzer zu verhindern, strafrechtlich relevant sein können.

Soweit ersichtlich, wurde diese Frage weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur besprochen. Der Grund dafür ist, dass die Verletzung derartig spezifischer Überwachungspflichten in der Rechtsprechung bisher ausschließlich im Rahmen der Störerhaftung diskutiert wurde. Gerade aber im Wettbewerbsrecht ist diese Rechtsprechung mit der Entscheidung „*Jugendgefährdende Medien bei eBay*“ überholt.¹⁴¹¹ In dieser Entscheidung liest man die Entwicklung in der wettbewerbszivilrechtlichen Rechtsprechung folgendermaßen: „Weg von einer verschuldensunabhängigen Störerhaftung des Auktionshauses, hin zu einer verschuldensabhängigen Haftung des Auktionshauses als Täter aufgrund der Verletzung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrssicherungspflichten.“

Nach dieser Entscheidung gibt es genügend Raum für die Frage, ob eine begrenzte Pflicht zur Kenntnisverschaffung im Hinblick auf weitere, im Kern vergleichbare Rechtsverletzungen auch im Strafrecht als zulässige spezifische Überwachungspflicht qualifiziert werden kann, obwohl § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG die Kenntnis von einem bestimmten Inhalt voraussetzt. Um dies zu konkretisieren, sind zunächst kurz das zivilrechtliche Haftungssystem und die Gründe der Rechtsprechung für die Rechtsfortbildung der Störerhaftung zu skizzieren, da man ohne diese erste Orientierung nicht verstehen kann, welche Änderungen die Entscheidung „*Jugendgefährdende Medien bei eBay*“ im Wettbewerbsrecht mit sich gebracht hat.

¹⁴¹⁰ Siehe Gliederungspunkt Teil 3 A VI.

¹⁴¹¹ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 22 ff.) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

b) Das zivilrechtliche Haftungssystem – Die Gründe der Rechtsprechung für die Rechtsfortbildung der Störerhaftung des Auktionshauses im Fall der Rechtsverletzung Dritter

Im Zivilrecht unterscheidet man zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Rechtsverletzung. Wo genau die Grenze zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Rechtsverletzung liegt und wer als unmittelbarer Verletzer oder als mittelbarer Verletzer zu bezeichnen ist, wird allerdings kontrovers diskutiert und ist problematisch. Trotz der divergierenden Abgrenzungskriterien besteht Einigkeit darüber, dass jedenfalls derjenige, der die letzte, direkt zum Verletzungserfolg führende Handlung eigenverantwortlich und selbstständig vorgenommen hat, als unmittelbarer Verletzer bezeichnet werden muss. Derjenige dagegen, dessen Verhalten für die Rechtsverletzung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten (mit-)ursächlich geworden ist, wird als mittelbarer Verletzer bezeichnet.¹⁴¹²

Die Frage, wer bei Online-Auktionen als unmittelbarer Verletzer oder als mittelbarer Verletzer zu bezeichnen ist, ist entsprechend der obigen Differenzierung relativ leicht zu beantworten. Der Content-Provider, also der Anbieter, ist im zivilrechtlichen Haftungssystem als unmittelbarer Verletzer, der Host-Provider, also das Auktionshaus, dagegen als mittelbarer Verletzer zu bezeichnen.

Ob der mittelbare Verletzer als Täter, Teilnehmer i.S.d. § 830 BGB oder als Störer haftet, ist eine andere Frage. Die Entscheidung hängt davon ab, ob er *mit* oder *ohne* eigenes Verschulden handelt.

Verletzt der mittelbare Verletzer fremde Schutzrechte vorsätzlich oder fahrlässig, haftet er gemäß § 830 BGB, der an die im StGB geregelten Kategorien der Täterschaft und Teilnahme anknüpft. Es ist deshalb anerkannt, dass auch im Zivilrecht die strafrechtlichen Grundsätze zur Täterschaft und Teilnahme anzuwenden sind.¹⁴¹³ Der mittelbare Verletzer ist danach Täter, wenn er die Rechtsverletzung selbst oder durch einen anderen begeht. Verursachen mehrere gemeinschaftlich die Rechtsverletzung, haften sie gemäß § 830 Abs. 1 BGB als Mittäter. Teilnehmer, also Anstifter und Gehilfen, haften nach § 830 Abs. 2 BGB wie Mittäter.

Verletzt der mittelbare Verletzer fremde Schutzrechte dagegen *ohne* eigenes Verschulden, spricht man von einer Störerhaftung. Bei der Störerhaftung handelt es sich um eine spezielle Haftung Dritter für mittelbare Rechtsverletzungen außerhalb der Kategorien von Tä-

¹⁴¹² v. Bar, Verkehrspflichten, S. 156 f.; Hager, in: Staudinger, BGB, § 823 (2009) Rdn. H 16.

¹⁴¹³ Ständige Rechtsprechung: BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 30) – *Kinderhochstühle im Internet I*; BGH GRUR 2011, 1018 (Rdn. 17) – *Automobil-Onlinebörse*; BGH GRUR 2012, 304 (Rdn. 44) – *Basler Haar-Kosmetik*; BGH GRUR 2014, 883 (Rdn. 13) – *Geschäftsführerhaftung*.

terschaft und Teilnahme. Die Annahme einer Störerhaftung setzt deshalb voraus, dass Täterschaft und Teilnahme zuvor positiv ausgeschlossen wurden. Aus diesem Grund haftet nach ständiger Rechtsprechung des BGH derjenige, der – ohne Täter und Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zu der Rechtsverletzung eines Dritten beiträgt, als Störer.¹⁴¹⁴ Weil aber die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, nimmt man eine Einschränkung vor, um eine uferlose Ausdehnung der Störerhaftung zu vermeiden. Die Haftung des Störers setzt die Verletzung von Prüfpflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.¹⁴¹⁵

Bei der zivilrechtlichen Haftung des Auktionshauses dreht sich also alles um die Frage, ob das Auktionshaus als mittelbarer Verletzer, als Täter oder als Teilnehmer für die Rechtsverletzung Dritter in Anspruch genommen werden kann. Die Antwort ist offensichtlich: Bei Zugrundelegung der im Strafrecht entwickelten Voraussetzungen für Täterschaft und Teilnahme können diese als nicht erfüllt angesehen werden.

Das Auktionshaus ist kein Täter, weil es die rechtverletzende Ware nicht selbst anbietet. Ebenso scheidet eine Mittäterschaft bei einem automatisierten Verfahren aus, da es an der für die Annahme einer Mittäterschaft erforderlichen gemeinschaftlichen Begehung, also einem bewussten und gewollten Zusammenwirken zwischen dem Auktionshaus und dem Anbieter rechtsverletzender Inhalte fehlt. Mittelbare Täterschaft scheidet ebenfalls aus, weil der unternehmerische Anbieter in der Regel irrtumsfrei und vollschuldfähig handelt. Der Ausnahmefall der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft kann hier nicht übertragen werden. Für eine Anstiftung liegen ebenso keine Anhaltspunkte vor. Auch die Beihilfe kann nicht angenommen werden, nur weil das Auktionshaus die Plattform zur Verfügung stellt.

Übrig bleibt also die Konstellation einer Täterschaft/Teilnahme durch Unterlassen, weil das Auktionshaus die in seiner Datenbank vorliegenden gleichartigen rechtverletzenden

¹⁴¹⁴ Ständige Rechtsprechung: BGH GRUR 2002, 618 (619) – *Meißner Dekor*; BGH GRUR 2010, 633 (Rdn. 19) – *Sommer unseres Lebens*; BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 45) – *Kinderhochstühle im Internet I*; BGH GRUR 2011, 1018 (Rdn. 25) – *Automobil-Onlinebörse*; BGH GRUR 2012, 311 (Rdn. 21) – *Blog-Eintrag*; BGH GRUR 2014, 657 (Rdn. 22) – *BearShare*; BGH GRUR 2014, 883 (Rdn. 11) – *Geschäftsführerhaftung*.

¹⁴¹⁵ Ständige Rechtsprechung: BGH GRUR 2004, 860 (864) – *Internet-Versteigerung I*; BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 40) – *Internet-Versteigerung II*; BGH GRUR 2010, 633 (Rdn. 19) – *Sommer unseres Lebens*; BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 45) – *Kinderhochstühle im Internet I*; BGH GRUR 2011, 321 (Rdn. 15) – *Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal*; BGH GRUR 2011, 1018 (Rdn. 25) – *Automobil-Onlinebörse*; BGH GRUR 2011, 1038 (Rdn. 20) – *Stiftparfüm*; BGH GRUR 2012, 311 (Rdn. 22) – *Blog-Eintrag*; BGH GRUR 2013, 370 (Rdn. 19) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 751 (Rdn. 29) – *„Autocomplete“-Funktion*; BGH GRUR 2013, 1030 (Rdn. 30) – *File-Hosting-Dienst*; BGH GRUR 2013, 1229 (Rdn. 34) – *Kinderhochstühle im Internet II*; BGH GRUR 2014, 657 (Rdn. 22) – *BearShare*.

Inhalte nicht identifiziert und beseitigt bzw. die Inhalte, die im Kern vergleichbar, aber zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung noch nicht auf dem Speicher abgelegt sind, nicht verhindert. Eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen ist nicht möglich. Für eine Anstiftung durch Unterlassen liegt kein Anhaltspunkt vor. Gegen die Annahme einer (Mit-)Täterschaft durch Unterlassen spricht der Umstand, dass Maßnahmen, die zu einer vollständigen Verhinderung aller möglichen Rechtsverletzungen führen, praktisch kaum vorstellbar sind. In einem automatisierten Verfahren können ohne vorherige Kenntnisnahme Rechtsverletzungen also lediglich erschwert werden. In Übereinstimmung mit der Tatherrschaftslehre kann gegen das Auktionshaus also nur der Vorwurf der Beihilfe durch Unterlassen ins Feld geführt werden.¹⁴¹⁶ Auch dies scheidet aber letztendlich aus.¹⁴¹⁷ Zwar reicht für den Beihilfevorsatz grundsätzlich aus, dass der Gehilfe die wesentlichen Merkmale der Haupttat erkennt; von deren Einzelheiten aber braucht er keine bestimmte Vorstellung zu haben. Solche Einzelheiten der Tat (wann, wo, wem gegenüber und unter welchen Umständen) muss der Gehilfe ebenso wenig kennen wie die Person des Haupttäters.¹⁴¹⁸ Für einen bedingten Vorsatz reicht zudem ein sog. „sachgedankliches Mitbewusstsein“. ¹⁴¹⁹ Allerdings werden die Anforderungen an den Gehilfenvorsatz von § 10 TMG verschärft und mindestens – anders als bei den normalen Regeln der Beihilfe¹⁴²⁰ – *dolus directus* 2. Grades verlangt.¹⁴²¹ Da die rechtsverletzenden Angebote im Rahmen eines Registrierungsverfahrens automatisch ins Internet gestellt werden, kann das Auktionshaus keine menschliche Kenntnis von der Haupttat im diesem Sinne haben. Darüber hinaus muss der Gehilfenvorsatz auch die Vollendung der Haupttat umfassen,¹⁴²² was auch sehr schwer nachzuweisen ist.

In einem Zeitraum, in dem die der eigentlichen Löschpflicht (§ 10 Satz 1 Nr. 2 TMG) vorgelagerte Überwachungspflicht diskutiert wird, kann also von einer Täter- bzw. Teilnehmerhaftung des Auktionshauses keine Rede sein. Bei Zugrundelegung der im Strafrecht entwickelten Voraussetzungen für Täterschaft und Teilnahme kann eine Haftung des Auktionshauses deshalb nur dann in Betracht kommen, wenn es den Inhalt, nachdem es davon Kenntnis hat, nicht entfernt.¹⁴²³

¹⁴¹⁶ Das ergibt sich aus der Tatherrschaftslehre, siehe Gliederungspunkt Teil 3 C II 2 b).

¹⁴¹⁷ A.A. Löffler, in: FS-Bornkamm, S. 37 (45 f.).

¹⁴¹⁸ Siehe nur Lackner/Kühl, StGB, § 27 Rdn. 7; Waßmer, in: AnwaltK-StGB, § 27 Rdn. 32.

¹⁴¹⁹ Vgl. Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rdn. 51.

¹⁴²⁰ Siehe nur Lackner/Kühl, StGB, § 27 Rdn. 7; Waßmer, in: AnwaltK-StGB, § 27 Rdn. 31.

¹⁴²¹ KG GRUR 2015, 101 (Rdn. 16) – *Haftungsprivileg des Diensteanbieters auch im Strafrecht*; siehe Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 a).

¹⁴²² Siehe nur Lackner/Kühl, StGB, § 27 Rdn. 7; Waßmer, in: AnwaltK-StGB, § 27 Rdn. 31.

¹⁴²³ Siehe Gliederungspunkt Teil 3 C II 2 a).

c) Entwicklung der Rechtsprechung zu zivilrechtlicher Haftung von Auktionshäusern im Wettbewerbsrecht

aa) Kritik an Störerhaftung

Dieses Ergebnis, dass das Auktionshaus weder Täter/Teilnehmer eines Begehungsdelikts noch Täter/Teilnehmer eines Unterlassungsdelikts ist, erklärt von selbst, warum die zivilrechtliche Lehre die Störerhaftung anwendet, wenn es um die Haftung des Auktionshauses im Fall der Nicht-Verhinderung weiterer, im Kern vergleichbarer Rechtsverletzungen geht. Die Täter- und Teilnehmerhaftung in Bezug auf den mittelbaren Verletzer kann nicht begründet werden. Für die Rechtsprechung bleibt die Störerhaftung deshalb als einziger „Ausweg“, um Rechtsverstöße in allen Stadien ihrer Verwirklichung bekämpfen zu können. Genau aus diesem Grund erfolgte die wettbewerbsrechtliche Einordnung der mittelbaren Verursachung von Rechtsverletzungen jahrzehntelang im Rahmen der sog. Störerhaftung.¹⁴²⁴

Das wurde allerdings in der Literatur scharf kritisiert, weil die Anerkennung der Störerhaftung die besonderen Anforderungen an die Täterqualifikation im Wettbewerbsrecht unterlaufe, indem auch solche Personen haftbar gemacht werden, die den Wettbewerbsverstoß gar nicht selber begehen können. Das Wettbewerbsrecht als Sonderdeliktsrecht zeichne sich aber gerade dadurch aus, dass nicht jedermann Normadressat ist, sondern nur derjenige, der eine geschäftliche Handlung vornimmt und etwaige sonstige Anforderungen an die Person des Handelnden erfüllt.¹⁴²⁵

Von dieser Kritik zunehmend beeindruckt, hat der BGH seine Rechtsprechung selbst in Frage gestellt.¹⁴²⁶ Den endgültigen Wendepunkt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung markiert dann allerdings erst die Entscheidung „*Jugendgefährdende Medien bei eBay*“ aus dem Jahr 2007.¹⁴²⁷ In der Entscheidung hat der BGH zwar an der im Rahmen der Störerhaftung entwickelten Rechtsfigur der zumutbaren Prüfungspflichten festgehalten, ihre Grundlage aber in dem allgemeinen Rechtsinstitut der deliktischen Verkehrspflichten gesehen. Der BGH stützt sich damit auf eine *neue* dogmatische Grundlage, die wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten, und gelangt zu einer wettbewerbsrechtlichen Täterhaftung von eBay aufgrund der Verletzung *seiner* wettbewerbsrechtlichen Verkehrssicherungspflichten. Von der Störerhaftung im Wettbewerbsrecht hat sich der BGH damit

¹⁴²⁴ Seit BGH GRUR 1955, 97 (99 f.) – *Constanze II*.

¹⁴²⁵ Vgl. statt vieler Köhler, WRP 1997, 897 (898); Schünemann, WRP 1998, 120 (121 ff.), siehe auch Leistner/Stang, WRP 2008, 533 (537 ff.).

¹⁴²⁶ BGH GRUR 2003, 807 (808) – *Buchpreisbindung*; BGH GRUR 2003, 969 (970) – *Ausschreibungen von Vermessungsleistungen*; BGH GRUR 2004, 693 (695) – *Schöner Wetten*; BGH GRUR 2005, 171 (172) – *Ausschreibung von Ingenieurdienstleistungen*; BGH GRUR 2006, 875 (Rdn. 32) – *Rechtsanwalts-Ranglisten*.

¹⁴²⁷ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 22 ff.) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

verabschiedet. In den weiteren Entscheidungen hat der BGH seinen Standpunkt bestätigt.¹⁴²⁸ Der BGH wendet die Störerhaftung lediglich bei der Verletzung absoluter Rechte, insbesondere des Rechts des geistigen Eigentums an.¹⁴²⁹

bb) Die Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt klagte ein Interessenverband des Videofachhandels gegen das Onlineauktionshaus eBay, weil auf der Auktionsplattform über einen längeren Zeitraum hinweg jugendgefährdende Medien und Schriften volksverhetzenden Inhalts (130 Abs. 2 StGB) sowie gewaltverherrlichenden Inhalt (§ 131 StGB) zum Verkauf angeboten wurden. Der BGH hatte zu entscheiden, ob und inwieweit den Plattformbetreiber eBay eine Verantwortlichkeit an den genannten Rechtsverstößen trifft.

Das Gericht lehnte eine Haftung von eBay als Täter eines Wettbewerbsverstoßes gemäß § 4 Nr. 11 UWG aufgrund der Verletzung von Vorschriften des Jugendschutzgesetzes ab, da dieser die jugendgefährdenden Medien nicht selbst angeboten habe. Auch eine Haftung als Gehilfe wurde mangels Vorsatzes in Bezug auf die eingestellten rechtswidrigen Angebote verneint. Da eBay die Angebote vor Veröffentlichung auf der Auktionsplattform aber nicht zur Kenntnis nehme, sondern diese im Rahmen des Registrierungsverfahrens automatisch ins Internet gestellt werden, fehle es insofern am erforderlichen Gehilfenvorsatz. Ausreichend sei insoweit auch nicht ein generelles Bewusstsein, dass Rechtsverletzungen stattfinden, vielmehr müsse sich der Gehilfenvorsatz auf die konkrete Tat beziehen.¹⁴³⁰ Der BGH hat also entsprechend der obigen Ausführungen zunächst Täterschaft und Teilnahme positiv ausgeschlossen.

Anstatt nunmehr auf die Störerhaftung zur Begründung der Verantwortlichkeit abzustellen, fuhr der BGH mit der Überlegung fort: „In Betracht kommt aber ein täterschaftlicher Verstoß der Beklagten gegen die Generalklausel des § 3 UWG. Derjenige, der durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr in einer ihm zurechenbaren Weise die Gefahr eröffnet, dass Dritte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, die durch das Wettbewerbsrecht geschützt sind, kann eine unlautere Wettbewerbshandlung begehen, wenn er diese Gefahr nicht im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren begrenzt.“¹⁴³¹ Dies ergebe sich nach Ansicht des Gerichts unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer wettbewerbs-

¹⁴²⁸ BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 48) – *Kinderhochstühle im Internet I*; BGH GRUR 2013, 301 (Rdn. 49) – *Solarinitiative*; BGH GRUR 2014, 883 (Rdn. 11) – *Geschäftsführerhaftung*.

¹⁴²⁹ Z.B. BGH GRUR 2010, 633 (Rdn. 19) – *Sommer unseres Lebens*; BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 45) – *Kinderhochstühle im Internet I*; BGH GRUR 2011, 1038 (Rdn. 20) – *Stiftparfüm*; BGH GRUR 2013, 370 (Rdn. 19) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 (Rdn. 30) – *File-Hosting-Dienst*; BGH GRUR 2013, 1229 (Rdn. 34) – *Kinderhochstühle im Internet II*; BGH GRUR 2014, 657 (Rdn. 22) – *BearShare*.

¹⁴³⁰ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 21) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴³¹ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 22) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

rechtlichen Verkehrspflicht. Diese drücke einen allgemeinen Rechtsgrundsatz aus, dass jeder, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, die ihm zumutbaren Maßnahmen und Vorkehrungen treffen muss, die zur Abwendung der daraus Dritten drohenden Gefahren notwendig sind,¹⁴³² und sei im Wettbewerbsrecht ebenso anwendbar, auch wenn es sich im Wettbewerbsrecht um Handlungsunrecht handele.¹⁴³³

Nach dieser Feststellung hat sich das Gericht ferner bemüht, den Inhalt und Umfang dieser Verkehrspflicht zu konkretisieren. Ob und inwieweit dem in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten sei, bestimme sich des Weiteren nach den zur Störerhaftung entwickelten Grundsätzen. Es komme daher entscheidend darauf an, ob und inwieweit dem in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten sei.¹⁴³⁴ Aus diesem Grund dürfen eBay keine Anforderungen auferlegt werden, die das Auktionshaus als von der Rechtsordnung gebilligtes Geschäftsmodell gefährden oder seine Tätigkeit unverhältnismäßig erschweren.¹⁴³⁵ Andererseits, würde eine Haftung von eBay für die Angebote jugendgefährdender Schriften auf seiner Plattform grundsätzlich ausgeschlossen, ergäben sich folglich empfindliche Lücken im Rechtsschutz.¹⁴³⁶ Bei der gebotenen Abwägung dieser Gesichtspunkte könne die Bereitstellung der Auktionsplattform für sich allein noch keine entsprechenden Prüfungspflichten auslösen. eBay sei es als Betreiber einer Plattform für Internetauktionen nicht zuzumuten, jedes Angebot vor Veröffentlichung auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen (§ 7 Abs. 2 Satz 1 TMG), weil die Angebote im Rahmen des Registrierungsverfahrens automatisch durch den Anbieter ins Internet gestellt werden.¹⁴³⁷ In dem Moment aber, in dem eBay selbst oder über Dritte Kenntnis von konkreten Angeboten habe, sei eBay nach Auffassung des BGH verpflichtet, Rechtsverletzungen zu verhindern, weil eBay sich ab Kenntniserlangung nicht mehr auf seine medienrechtliche Freistellung von einer Inhaltskontrolle der auf seinen Speichern eingestellten Angebote berufen könne. Denn es sei mit der Lauterkeit des Wettbewerbs nicht vereinbar, wenn der Beklagte bewusst in Kauf nimmt, seine Umsätze mit Provisionen für Auktionsgeschäfte zu erzielen, die aufgrund von Angeboten abgeschlossen worden sind, die gegen die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften verstoßen.¹⁴³⁸

¹⁴³² BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 36) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴³³ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 37) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴³⁴ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 38) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴³⁵ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 39) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴³⁶ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 40) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴³⁷ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 41) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴³⁸ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 42) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

Um die Frage zu beantworten, welche Prüfungs- und Überwachungspflichten mit § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG in Einklang stehen, also welche Prüfungs- und Überwachungspflichten als „spezifisch“ qualifiziert werden können, stellte der BGH auf die sog. „Kerntheorie“ ab. Danach ist eine Gefahrabwendungspflicht nicht auf die konkrete Verletzungshandlung beschränkt, sondern erfasst auch solche abgewandelten Verletzungsformen, in denen das „Charakteristische“, der „Kern“ der titulierten Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt.¹⁴³⁹ Nach Auffassung des BGH sei eBay daher nicht nur verpflichtet, das konkrete Angebot unverzüglich zu sperren, sondern müsse auch zumutbare Vorsorgemaßnahmen ergreifen, dass es möglichst nicht zu weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen kommt. Solche gleichartigen Rechtsverletzungen seien nicht nur die Angebote, die mit den bekannt gewordenen Fällen identisch sind, betreffen also nicht nur das Angebot des gleichen Artikels durch denselben Versteigerer. Vielmehr hat eBay auch zu verhindern, dass der gleiche Artikel durch andere Anbieter angeboten werde.¹⁴⁴⁰ Danach liegt laut BGH ein Verstoß gegen die Verkehrspflicht auch vor, sofern nach Löschung des jeweiligen rechtsverletzenden Inhalts erneut ein entsprechender Inhalt auf der Plattform auftaucht, unabhängig davon, durch welchen Nutzer und in welcher Rubrik er eingestellt wird. Als gleichartige Rechtsverletzungen kommen nach dem BGH ferner auch solche Angebote in Betracht, bei denen derselbe Anbieter auf demselben Trägermedium Inhalte derselben Kategorie anbietet, weil von diesem weitere Rechtsverletzungen zu befürchten seien.¹⁴⁴¹ In diesem Zusammenhang hat der BGH ferner darauf hingewiesen, dass eine Beschränkung auf einen einzelnen Nutzernamen wegen der Umgehungsmöglichkeiten nicht als ausreichend angesehen werden kann. Auch die Identitätsfeststellung müsse der Gegenstand der spezifischen Überwachungspflicht sein.¹⁴⁴²

Als Mittel zur Umsetzung dieser Prüfungs- und Überwachungspflichten sind nach Ansicht des BGH sowohl der Einsatz von Filtersoftware, mit deren Hilfe eBay seine Server nach gleichartigen rechtsverletzenden Angeboten absuchen müsse,¹⁴⁴³ als auch neben einer zuverlässigen Altersverifikation vor dem Versand z.B. die Sicherung der Versendung in einer Weise, dass die Ware nur dem volljährigen Kunden persönlich ausgehändigt wird, zumutbar.¹⁴⁴⁴ Andernfalls hafte eBay nicht als Störer, sondern als Täter einer unlau-

¹⁴³⁹ Vgl. nur BGH GRUR 2008, 530 (Rdn. 23) – *Nachlass bei der Selbstbeteiligung*; BGH GRUR 2010, 253 (Rdn. 30) – *Fischdosendeckel*; BGH GRUR 2010, 855 (Rdn. 17) – *Folienrolles*; BGH GRUR 2014, 706 (Rdn. 11 f.) – *Rezeptsammlung*.

¹⁴⁴⁰ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 43) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴⁴¹ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 44) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴⁴² BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 43) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴⁴³ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 43) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴⁴⁴ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 48) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

teren Wettbewerbshandlung gemäß § 3 UWG wegen Verletzung seiner eigenen wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten.¹⁴⁴⁵

cc) Konsequenzen der Aufgabe der Störerhaftung im Wettbewerbszivilrecht

Mit der Entscheidung „*Jugendgefährdende Medien bei eBay*“ hat der BGH erstmals klargestellt, dass die Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrssicherungspflicht durch einen Host-Provider dessen verschuldensabhängige Haftung begründen kann.

Hierin liegt der erste entscheidende Unterschied zur bisherigen Störerhaftung im Wettbewerbsrecht. Zwar unterscheiden sich die Verkehrssicherungspflichten in den Haftungs Voraussetzungen von der Störerhaftung nicht, weil die Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen ist. In der Rechtsfolge begründet aber der Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Verkehrspflichten auch Schadensersatz- und Gewinnabführungsansprüche, welche im Rahmen der Störerhaftung nicht möglich sind, weil sie ihre dogmatische Grundlage nicht im Deliktsrecht, sondern in den Regelungen über Besitz- und Eigentumsstörung der §§ 1004, 862 BGB findet. Sie ist deshalb verschuldensunabhängig und nur auf Unterlassungsansprüche gerichtet. Schadensersatzansprüche gegen Störer bestehen mangels gesetzlicher Rechtslage nicht.¹⁴⁴⁶

Eine weitere und noch wichtigere Konsequenz der Rechtsprechung ist es, dass wettbewerbsrechtliche Verkehrssicherungspflichten nur den treffen können, der in seiner Person die Voraussetzungen einer Zuwiderhandlung i.S.d. § 3 UWG erfüllen kann, nämlich eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vornimmt. Da dies bei Auktionshäusern immer der Fall ist, hat die Verwendung des Begriffs „Täter“ im Wettbewerbsrecht ferner zur Folge, dass der Täter eines Wettbewerbsverstoßes nicht nur der unternehmerische Anbieter, der der unmittelbare Verletzer ist, sondern darüber hinaus auch das Auktionshaus sein kann, das der mittelbare Verletzer ist. Während die Störerhaftung streng akzessorisch ist,¹⁴⁴⁷ mit der Folge, dass sie etwa auch dann ausscheidet, wenn das Verhalten des Dritten von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt ist, unabhängig davon, ob sich der als Störer in Anspruch Genommene ebenso auf den Rechtfertigungsgrund berufen kann, hängt die unter § 3 UWG begründete Haftung wegen einer Verkehrspflichtverletzung nicht vom Wettbewerbsverstoß eines unmittelbar handelnden Dritten ab. Es ist vielmehr ausreichend, dass der Dritte einen Rechtsverstoß begeht, ohne selbst dafür wett-

¹⁴⁴⁵ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 36) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*. Ein Teil der Literatur nimmt sogar einen täterschaftlichen Verstoß in Bezug auf § 4 Nr. 11 UWG an, Döring, WRP 2007, 1131 (1136).

¹⁴⁴⁶ Unbestritten siehe nur BGH GRUR 2002, 618 (619) – *Meißner Dekor*; abweichend nur *Ensthaler/Heinemann*, GRUR 2012, 433 (439 f.).

¹⁴⁴⁷ Zur Akzessorietät der Störerhaftung siehe BGH GRUR 1990, 373 (374) – *Schönheits-Chirurgie*; BGH GRUR 1997, 313 (315) – *Architektenwettbewerb*; BGH GRUR 2000, 613 (615 f.) – *Klinik-Sansscouci*; BGH GRUR 2002, 902 (904) – *Vanity-Nummer*; BGH GRUR 2003, 969 (970) – *Ausschreibung von Vermessungsleistungen*.

bewerbsrechtlich verantwortlich zu sein. Das spielt zwar im Rahmen der §§ 5, 16 Abs. 1 UWG keine große Rolle, weil strafbare irreführende Werbung sowieso ein „Jedermannsdelikt“¹⁴⁴⁸ ist. Zu denken ist aber an die Verletzung einer Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG, die sich nur an einen bestimmten Personenkreis (z.B. Ärzte, Architekten) richtet. Nach dem bis zur „*Jugendgefährdende Medien bei eBay*“-Entscheidung geltenden Recht war der Täter dieses Wettbewerbsverstößes nur derjenige, der zu diesem Personenkreis gehört. Nun kann der Täter auch ein Dritter sein, der einen eigenständigen Wettbewerbsverstoß begeht.¹⁴⁴⁹ Nach der Aufgabe der Unterscheidung zwischen dem Erfolgs- und dem Handlungsunrecht im Wettbewerbsrecht besteht daher kein Grund daran zu zweifeln, dass der mittelbare Verletzer auch derjenige sein kann, der durch sein Handeln (durch Eröffnung einer Gefahrquelle) die Gefahr eines rechtswidrigen Handelns eines Dritters begründet, aber dennoch nichts unternimmt, um diese Gefahr zu verhindern. Denn das Handlungsunrecht eines Dritten (also des Anbieters) realisiert sich letztendlich in einem Erfolgsunrecht des Auktionshauses aufgrund der Verletzung seiner Verkehrssicherungspflichten. Das Auktionshaus hat deshalb eine Erfolgsabwendungspflicht,¹⁴⁵⁰ wenn auf Seiten des wettbewerbswidrig handelnden Anbieters eine geschäftliche Handlung zu verzeichnen ist.¹⁴⁵¹

¹⁴⁴⁸ Statt vieler Rengier, in: Fezer-UWG, § 16 Rdn. 110.

¹⁴⁴⁹ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 8 Rdn. 2.5; vgl. auch BGH GRUR 2009, 597 (Rdn. 20, 22) – *Halzband*.

¹⁴⁵⁰ Vgl. BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 37) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴⁵¹ Das OLG Hamburg vertritt dagegen die Auffassung, eBay hafte abhängig davon, ob die Anbieter beanstandeter Verkaufsangebote im geschäftlichen Verkehr handeln oder nicht. Entscheidend sei, ob die Anbieter der rechtsverletzenden Kaufangebote im geschäftlichen Verkehr handeln und sonst alle Voraussetzungen einer täterschaftlich begangenen Rechtsverletzung erfüllen. Sei dies der Fall, hafte auch eBay ohne weiteres. Handele der Anbieter dagegen im privaten Verkehr, also weise allein eBay das qualifizierende Merkmal des „Handels im geschäftlichen Verkehr“ auf, so hafte nur eBay. Das gelte sowohl für das Wettbewerbsrecht als auch für das Markenrecht, WRP 2008, 1569 (1581, 1587 f., 1593) – *Haftung des Betreibers einer Internetplattform*. Diese Betrachtung berücksichtigt aber nicht hinreichend, dass ein Privathandeln nicht geeignet ist, einen Verstoß gegen das Wettbewerbs- und das Markenrecht zu begründen. Wird für ein rechtlich unbedenkliches Privathandeln eine Unterstützungsleistung im gewerblichen Umfang etwa in Form einer Handelsplattform erbracht, so erfolgt dadurch lediglich eine Unterstützung jeweils nicht tatbestandsmäßigen Handelns einer Vielzahl von Privatverkäufer, ohne dass sich dieses durch die Bündelung in Form der geschäftlichen Unterhaltung einer Handelsplattform in eine Rechtsverletzung verwandeln würde. Hierdurch entstehen auch keine Schutzlücken, weil in diesem Fall keine wettbewerbsrechtlichen Interessen durch den Anbieter verletzt sind, ebenso BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 46) – *Kinderhochstühle im Internet I*; Krekel, WRP 2009, 1029 (1037); Rössel, GRUR-RR 2008, 419 (420); a.A. (tendenziell) Sesing, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, S. 318 f.

d) Die Bedeutung der Aufgabe der Störerhaftung im Wettbewerbszivilrecht für die strafrechtliche Verantwortung von Auktionshäusern

aa) Verkehrssicherungspflicht als gemeinsames Institut von Zivil- und Strafrecht

Die vom BGH getroffene Feststellung, dass zwischen der Kontrolle von Gefahrenquellen im Hinblick auf Wettbewerbsverstöße Dritter und der Kontrolle von Gefahren hinsichtlich Verletzungen der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften durch Dritte kein struktureller Unterschied besteht, steht nicht im Widerspruch zum Strafrecht. Der Umstand, dass die unmittelbare Rechtsverletzung von einem selbstständig handelnden Dritten vorgenommen wird, lässt auch im Strafrecht den Ursachenzusammenhang nicht entfallen, wenn die Garantenstellung aus Herrschaft der Gefahrenquelle hergeleitet wird.¹⁴⁵² Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass sich die Auswirkungen der Entscheidung „*Jugendgefährdende Medien bei eBay*“ nicht nur auf das Wettbewerbszivilrecht beschränken. Denn das Institut der Verkehrssicherungspflichten wurde von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Verletzung von durch § 823 BGB geschützten Rechtsgütern und Rechten entwickelt.¹⁴⁵³ Es dient dazu, einerseits im Falle des Unterlassens eine Pflicht zum Handeln zu begründen und andererseits bei mittelbaren Rechtsgutsverletzungen die Haftung als Pflichtenumschreibung des Tatbestandes zu beschränken.¹⁴⁵⁴ Die Funktion der Verkehrssicherungspflichten ist es mithin, den konkreten mittelbaren Verletzungserfolg einer bestimmten Person als dem Verletzer haftungsrechtlich zuzuordnen.¹⁴⁵⁵ Da aber die Rechtsordnung eine allgemeine Rechtspflicht, andere vor Schäden zu bewahren, nicht kennt, setzt die Haftung für eine nur mittelbar verursachte Rechtsverletzung vor allem die Schaffung einer Gefahrenquelle als Zurechnungsgrund voraus.¹⁴⁵⁶ Den Verkehrssicherungspflichten liegt somit der Gedanke zugrunde, dass jeder, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, verpflichtet ist, alle ihm zumutbaren und erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um eine Schädigung Dritter möglichst zu verhindern.¹⁴⁵⁷

Genau dieselben Überlegungen bringt die Garantenstellung aus Herrschaft der Gefahrenquelle im Strafrecht zum Ausdruck.¹⁴⁵⁸ Auch hier geht es um die Frage, ob und inwieweit ein Garant für die Rechtsverletzung eines Dritten verantwortlich ist bzw. welche Anstrengungen zur Gefahrvermeidung bzw. Gefahrabwendung dem Garant im Einzelfall konkret

¹⁴⁵² Siehe Gliederungspunkte Teil 3 C II 2 a) dd) und Teil 3 B II 2 d).

¹⁴⁵³ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rdn. 641.

¹⁴⁵⁴ *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rdn. 45.

¹⁴⁵⁵ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rdn. 647.

¹⁴⁵⁶ *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rdn. 46.

¹⁴⁵⁷ BGH NJW 2007, 1683 (Rdn. 14 f.) – *Grenzen der Verkehrssicherungspflicht*; BGH NJW 2014, 2104 (Rdn. 8 f.) – *Verkehrssicherungspflicht bei eingeschränkter Gehwegnutzung wegen Baustelle*.

¹⁴⁵⁸ Siehe nur *Otto*, in: FS-Schroeder, S. 339 (340 f.).

als zumutbar erscheinen. Es ist deshalb nicht überraschend, dass schon 1917 v. *Alberti* die Verkehrssicherungspflicht als „gemeinsames Institut“ von Zivil- und Strafrecht genannt hat¹⁴⁵⁹ und die Literatur ihm in dieser Ansicht der Sache nach gefolgt ist¹⁴⁶⁰ oder der BGH darauf hinweist, dass die in der zivilrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den Verkehrssicherungspflichten auch für die Bestimmung der strafrechtlichen Anforderungen an die Begründung einer Garantenpflicht maßgebend sind¹⁴⁶¹ oder die Literatur die Eröffnung einer Gefahrenquelle ausdrücklich aus den zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten herleitet.¹⁴⁶²

Alles spricht also dafür, dass die Ausgangsfrage, ob die der eigentlichen Löschpflicht vorgelagerten spezifischen Überwachungspflichten eine Strafbarkeit auslösen können, nach der Entscheidung „*Jugendgefährdende Medien bei eBay*“ anders als in der bisherigen Praxis¹⁴⁶³ nunmehr positiv beantwortet werden kann, weil die Garantenstellung aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle im Strafrecht sowie die wettbewerbsrechtlichen Verkehrssicherungspflichten denselben Ausgangspunkt haben.¹⁴⁶⁴

Auch die Tatsache, dass es bei der Entscheidung um Medien geht, deren Verkauf als Rechtsbruch zu qualifizieren ist, ändert daran nichts. Denn die Problematik, die der Entscheidung zugrunde lag, ist dem Sachverhalt der strafbaren irreführenden Werbung über eine Plattform der Sache nach vergleichbar. Dies ergibt sich aus der Formulierung des BGH, wer durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die Gefahr schafft, dass Dritte die durch das Wettbewerbsrecht geschützten Interessen von Marktteilnehmern verletzen, dazu verpflichtet ist, diese Gefahr zu begrenzen. Geschützt werden also entsprechend der Schutzzweckbestimmungen in § 1 Satz 1 UWG sowohl der Mitbewerber als auch der Verbraucher und dessen Interessen. Die unterschiedliche Behandlung der §§ 4 Nr. 11, 5 UWG im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG¹⁴⁶⁵ spielt also bei der *Begründung* einer Erfolgs-

¹⁴⁵⁹ v. *Alberti*, Verbotsverletzende Unterlassungen, S. 9 f.

¹⁴⁶⁰ Nachweise bei *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 245 Fn. 315.

¹⁴⁶¹ BGHSt 53, 38 (Rdn. 16) – *Verkehrssicherungspflichten bei Abbrucharbeiten*.

¹⁴⁶² Z.B. *Haas*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 13 Rdn. 58; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 59 IV 4 b, S. 626; *Krey/Esser*, Strafrecht AT, Rdn. 1169; *Kühl*, Strafrecht AT, § 18 Rdn. 106; *Merz*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 13 StGB Rdn. 35; *Stree/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 13 Rdn. 43; *Vogel*, in: *LK*, § 15 Rdn. 299; *Weigend*, in: *LK*, § 13 Rdn. 51; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rdn. 723; *Wohlers/Gaede*, in: *NK-StGB*, § 13 Rdn. 46; vgl. auch *Jakobs*, Strafrecht AT, 29. Abschn. Rdn. 29.

¹⁴⁶³ Es liegt auf der Hand, dass die Ausgangsfrage zu verneinen ist, solange man zur Begründung der Haftung des Auktionshauses auf die Grundsätze der Störerhaftung rekurriert, die verschuldensunabhängig ist und eine spezielle Form der Haftung Dritter außerhalb der Kategorien von Täterschaft und Teilnahme darstellt.

¹⁴⁶⁴ Nicht zu vergessen ist ferner, dass § 16 Abs. 1 UWG ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 BGB ist, BGHSt 52, 227 (Rdn. 87) – *Strafbare Werbung im Versandhandel*; *Brammsen*, in: *MüKo-UWG*, § 16 Rdn. 45; *Rengier*, in: *Fezer-UWG*, § 16 Rdn. 77.

¹⁴⁶⁵ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) bb).

abwendungspflicht des Auktionshauses eine untergeordnete Rolle, solange die Angabe des Anbieters irreführend ist.

Des Weiteren ist eine Kollision mit der UGP-Richtlinie, die für den Verbraucherschützenden Bereich abschließende Vorgaben vorsieht, nicht zu befürchten. Denn die unzureichende Kontrolle von Gefahren hinsichtlich von Wettbewerbsrechtsverstößen Dritter stellt einen Verstoß gegen die „berufliche Sorgfaltspflicht“ (Art. 2 lit. h UGP-Richtlinie) dar.¹⁴⁶⁶ Man kann sogar die Auffassung vertreten, dass das Modell des BGH von der UGP-Richtlinie schon deshalb nicht erfasst anzusehen ist, da sich der Anwendungsbereich der Richtlinie gemäß Art. 3 Abs. 1 nur auf die Regelung von Geschäftspraktiken im B2C-Bereich im Zusammenhang mit einem auf ein Produkt bezogenes Handelsgeschäft beziehe.¹⁴⁶⁷

Diese Überlegungen dürfen aber nicht so weit gehen, dass jede Verletzung einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrssicherungspflicht zu einer strafrechtlichen Verantwortung führt. Die Entscheidung des OLG Frankfurt passt hierzu. Das Gericht hat die Rechtsprechung des BGH zu den wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten aufgegriffen¹⁴⁶⁸ und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass der Betreiber eines Portals für anonyme Kleinanzeigen Vorkehrungen treffen muss, dass gewerbliche Anbieter ihren Impressumspflichten aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG nachkommen.¹⁴⁶⁹ Diese schon in der zivilrechtlichen Literatur¹⁴⁷⁰ abgelehnte Entscheidung ist selbstverständlich auch aus strafrechtlicher Sicht zu bemängeln. Zwar ist es für den Verbraucher im Fall von Störungen bei der Vertragsabwicklung von erheblicher Bedeutung, zu wissen, wer sein Vertragspartner ist. Das Gericht übersieht allerdings die Tatsache, dass die Verkehrspflichten im allgemeinen Deliktsrecht schon dadurch begrenzt sind, dass der Verkehrssicherungspflichtige nur im Falle der Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB genannten oder vergleichbaren Rechtsgüter haftet. Demzufolge setzen die wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten dann ein, wenn die zu schützenden wettbewerbsrechtlichen Interessen ein gewisses Gewicht haben. Es besteht also ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem der Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ zugrunde liegenden Sachverhalt, sowie gegenüber irreführender Angaben, die eine Strafbarkeit gemäß § 16 Abs. 1 UWG begründen können.¹⁴⁷¹

¹⁴⁶⁶ Köhler, GRUR 2008, 1 (3).

¹⁴⁶⁷ So etwa Leistner, GRUR-Beilage 1/2010, 1 (3 Fn. 30).

¹⁴⁶⁸ OLG Frankfurt a.M. MMR 2009, 194 (194) – *Internetportal für kostenlose anonyme Kleinanzeigen*.

¹⁴⁶⁹ OLG Frankfurt a.M. MMR 2009, 194 (195) – *Internetportal für kostenlose anonyme Kleinanzeigen*.

¹⁴⁷⁰ Seichter, jurisPR-WettbR 4/2009 Anm. 4.

¹⁴⁷¹ Aus strafrechtlicher Sicht soll das Gesagte auch für den Vorschlag gelten, wonach die Störerhaftung vollständig, also auch im Bereich der gewerblichen Schutzrechte aufgegeben werden soll, z.B. Gräbig, MMR 2011, 504 (508); Köhler, GRUR 2008, 1 (6 f.); Lehment, WRP 2012, 149 (156); Nordemann, GRUR 2011, 977 (979); Spindler, GRUR 2011, 101 (103); Volkmann, CR 2008, 232 (232 Fn. 2); Ahrens, WRP

bb) Vereinbarkeit der Unterlassungsstrafbarkeit von Auktionshäusern mit dem TMG und der ECRL

Problematisch ist allerdings das Vorliegen eines besonderen Vertrauens. Anders als im Zivilrecht, wo die Verkehrseröffnung als der eigentliche Grund der Abwendungsverpflichtung hervortritt und daher die hieraus folgende Verkehrssicherungspflicht quasi mit der „Eröffnung der Gefahrenquelle“ gleichgestellt wird, stehen im Strafrecht der Gedanke des Herrschaftsbereichs und das Erfordernis des Vertrauenselements als Grundlage einer Abwendungsverpflichtung im Vordergrund.¹⁴⁷² Genau an dieser Stelle beginnt das Problem, weil der Wortlaut des § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG dem Auktionshaus aufgrund des engen Kenntniserfordernisses keinerlei Prüfpflichten in Bezug auf weitere Inhalte vorauslegt. Die Antwort auf die Frage, ob das Auktionshaus ab dem Zeitpunkt, zu dem es von einem rechtsverletzenden Inhalt Kenntnis erlangt, weitere, im Kern gleichartige Inhalte zur Kenntnis nehmen muss,¹⁴⁷³ hängt daher davon ab, ob man einen normativen Anhaltspunkt finden kann, der es ermöglicht, den engen Wortlaut des § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG anders auszulegen.¹⁴⁷⁴

Man wird im TMG nicht fündig. Die ECRL – insbesondere die Entstehungsgeschichte des Art. 15 – liefert diese Anhaltspunkte.

Art. 15 Abs. 1 ECRL schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 keine allgemeine Verpflichtung auferlegen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Erwägungsgrund 47 der ECRL bestätigt in seinem ersten Satz das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht: „Die Mitgliedstaaten sind nur dann gehindert, den Diensteanbietern Überwachungspflich-

2007, 1281 (1286 f.): „These 9“. Diesem Vorschlag ist zwar dahingehend zuzustimmen, warum die im Deliktsrecht entwickelte Dogmatik nicht einheitlich für das Immaterialgüterrecht gelten soll. Wesentliche Unterschiede zwischen beiden Bereichen sind angesichts der gemeinsamen Wurzeln kaum ersichtlich. Wie aber der BGH zu Recht klargestellt hat, sind die für den Fall eines Wettbewerbsverstößes entwickelten Verkehrssicherungspflichten nicht verallgemeinerungsfähig und nicht auf die Verletzung „absolut“ geschützter Rechte übertragbar, vgl. BGH GRUR 2011, 152 (Rdn. 36) – *Kinderhochstühle im Internet I*. Denn der Unterschied zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Marken- bzw. Urheberrecht ist offensichtlich. Bei der Aufdeckung von Markenverletzungen – insoweit grundsätzlich anders als bei UWG-Verstößen – geht es nicht um die Interessen der Allgemeinheit bzw. wenigstens aller Marktteilnehmer (§ 1 UWG), sondern ausschließlich um individuelle Interessen des Rechteinhabers. Es ist somit primär dessen Sache, Verletzungen nachzugehen. Aus diesem Grund ist das geschützte Rechtsgut des § 143 MarkenG das Ausschließlichkeitsrecht des Inhabers der Marke. Die Annahme eines weiteren, überindividuellen Rechtsguts, etwa des Verbraucherschutzes, ist mit der Disponibilität durch den Rechteinhaber nicht zu vereinbaren, *Kaiser*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, MarkenG (2013), § 143 Rdn. 2.

¹⁴⁷² Vgl. Gliederungspunkt Teil 3 C II 2 a) dd).

¹⁴⁷³ An dieser Stelle sei noch einmal darauf hinzuweisen, dass eine Überprüfung im Hinblick auf eine Rechtswidrigkeit nicht vorausgesetzt wird, siehe Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 b).

¹⁴⁷⁴ Im Fall der nachträglichen positiven Kenntnis von bereits identifizierten strafbaren Inhalten wurde oben deshalb ohne weiteres von einem besonderen Vertrauen ausgegangen, da die Löschung und Sperrung solcher Inhalte in § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG vorgesehen wird.

ten aufzuerlegen, wenn diese allgemeiner Art sind.“ Auch wenn er dem Rechtsanwender keinerlei Auskunft darüber gibt, wo genau die Grenze zwischen einer allgemeinen und einer spezifischen Überwachungspflicht verläuft, bestätigt er in seinem zweiten Satz, dass spezifische Überwachungspflichten nicht ausgeschlossen sind. Erwägungsgrund 47 Satz 2 der ECRL besagt, das Verbot allgemeiner Überwachungspflicht betrifft nicht Überwachungspflichten in spezifischen Fällen und berührt insbesondere nicht die Anordnungen, die von einzelstaatlichen Behörden nach innerstaatlichem Recht getroffen werden.

Erwägungsgrund 47 Satz 2 der ECRL bezieht sich auf Art. 15 Abs. 2 ECRL.¹⁴⁷⁵ Vorgängervorschrift des Art. 15 Abs. 2 ECRL lautete im ersten Kommissionsvorschlag: „Absatz 1 lässt zielgerichtete, zeitweilige Überwachungsmaßnahmen unberührt, die durch die nationalen Justizbehörden in Übereinstimmung mit dem nationalen Recht angeordnet werden, um die nationale Sicherheit, Verteidigung oder öffentliche Sicherheit zu schützen oder um *Straftaten* zu verhindern, aufzuklären und zu verfolgen.“¹⁴⁷⁶ Um Straftaten zu verhindern, erlaubt Erwägungsgrund 26 der ECRL dementsprechend die Möglichkeit, dass „die Mitgliedstaaten in Einklang mit den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen ihre nationalen strafrechtlichen Vorschriften und Strafprozessvorschriften anwenden können, um Ermittlungs- und andere Maßnahmen zu ergreifen, die zur Aufklärung und Verfolgung von Straftaten erforderlich sind, ohne diese Maßnahmen der Kommission mitteilen zu müssen.“

Art. 15 Abs. 2 ECRL-E wurde allerdings – *insbesondere* – mit der Begründung kritisiert, dass spezifische Überwachungspflichten *nicht nur* im Strafrecht, sondern auch im Zivilrecht möglich bleiben sollen.¹⁴⁷⁷ Endgültige Fassung des Art. 15 Abs. 2 ECRL lautet vor diesem Hintergrund: „Die Mitgliedstaaten können Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu verpflichten, die zuständigen Behörden unverzüglich über mutmaßliche rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen der Nutzer ihres Dienstes zu unterrichten, oder dazu verpflichten, den zuständigen Behörden auf Verlangen Informationen zu übermitteln, anhand deren die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung geschlossen haben, ermittelt werden können.“

Die Richtlinienmaterialien zeigen also, dass die ECRL auf keinen Fall einen unterschiedlichen Umfang von spezifischen Überwachungspflichten im Zivilrecht einerseits und im Strafrecht andererseits bezweckte. Die ECRL differenziert an keiner Stelle explizit zwischen Straf- und Zivilrecht und schließt auch keinesfalls spezifische Überwachungspflich-

¹⁴⁷⁵ Vgl. KG MMR 2014, 46 (49) – *Umfang der Prüfpflicht bei Hotel-Bewertungsportal*; Freytag, CR 2000, 600 (605); Tettenborn/Bender/Lübbers/Karenfort, K&R 2001, Beilage 1 zu Heft 12, 1 (34); Volkmann, CR 2003, 440 (443).

¹⁴⁷⁶ KOM (1998), 586 endg., ABl. Nr. 30 vom 5.2.1999, 4 (12).

¹⁴⁷⁷ Vgl. nur Ratsdok-Nr. 12471 vom 4.11.1999, S. 23 und dort Fn. 68.

ten für das Strafrecht aus. Ganz im Gegenteil zeigt die Entstehungsgeschichte des Art. 15 Abs. 2 ECRL sehr deutlich, dass erst nach den Änderungen von einem Gleichlauf zwischen Zivilrecht und Strafrecht ausgegangen werden konnte.

Dieser kurze Überblick über die Entstehungsgeschichte des Art. 15 Abs. 2 ECRL bringt folgende Ergebnisse: Das Löschen und Sperren eines *bereits* identifizierten Inhalts ist eine spezielle zulässige Überwachungspflicht. Kommt das Auktionshaus dieser Pflicht nicht nach, ist es Unterlassungstäter. Will man Art. 15 Abs. 2 ECRL ausschließlich auf Löschung und Sperrung eines bekannten strafbaren Inhalts beziehen und keine andere spezielle Überwachungspflicht im Strafrecht als zulässig ansehen, würde Art. 14 Abs. 1 lit. b ECRL (§ 10 Satz 1 Nr. 2 TMG) überflüssig bleiben, in dem die Pflicht der Entfernung und Sperrung geregelt ist. Art. 15 Abs. 2 ECRL ist deshalb so auszulegen, dass der europäische Gesetzgeber ein unter aufdrängenden Umständen anlassbezogenes Einschreiten des Host-Providers bezweckt hat. Dies gilt sowohl für das Strafrecht als auch für das Strafprozessrecht. Zwar legt der Wortlaut der Art. 15 Abs. 2 ECRL und Art. 15 Abs. 2 ECRL-E nahe, dass spezifische Überwachungspflichten allein zum Zwecke der Strafermittlung bestehen. Es ist aber nicht außer Acht zu lassen, dass die praktischen Möglichkeiten des Staates zur Kontrolle von Online-Auktionen aufgrund der unüberschaubaren und sich schnell ändernden Inhalte sehr begrenzt sind und die Strafermittlung im Nachhinein fast bedeutungslos ist. In diesem Zusammenhang kann eine spezielle Überwachungspflicht, die es erforderlich macht, bei entsprechenden Anhaltspunkten die zuständigen Strafverfolgungsorgane in Kenntnis zu setzen, nur dann Sinn haben, wenn dem Auktionshaus über die Löschpflicht hinaus auch die Pflicht auferlegt wird, dass es bei Vorliegen eindeutiger Anhaltspunkte, die auf strafbare Inhalte hinweisen, schon vor der Kenntnis bezüglich eines bestimmten Inhalts im Sinne des Art. 14 Abs. 1 lit. a ECRL (§ 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG) Vorsorgemaßnahmen treffen soll, die Rechtsverletzung seiner Nutzer zu verhindern. Da die ECRL für den Bereich der Provider-Haftung eine Vollharmonisierung erreicht,¹⁴⁷⁸ rechtfertigen diese Überlegungen eine begrenzte Pflicht zur Kenntnisverschaffung auch im System des § 10 TMG. Erwartet man von einem Host-Provider im Falle der positiven Kenntnis von strafbaren Inhalten die Löschung dieser Inhalte, wäre es widersprüchlich, denselben Provider trotz vorliegender ernstzunehmender Anhaltspunkte von jeder Verantwortung freizustellen. Rechnet der Host-Provider ernsthaft mit der Möglichkeit, dass auf den eigenen Rechnern strafbare Inhalte abgelegt sind, muss man davon ausgehen, dass derartige konkrete Anhaltspunkte ausreichend dafür sind, die der eigentlichen Löschpflicht vorgelagerten Verkehrssicherungspflichten auszulösen.

¹⁴⁷⁸ Siehe nur BGH GRUR 2014, 181 (Rdn. 19) – *Terminhinweis mit Kartenausschnitt*.

Nur eine derartige Auslegung trägt dem Grundgedanken des Art. 15 Abs. 2 ECRL Rechnung und verhindert ein Leerlauf der Norm.

cc) Grenze zwischen den spezifischen und den allgemeinen Überwachungspflichten im Strafrecht

Nach diesen Überlegungen ist nun die Frage zu untersuchen, welche Überwachungspflichten im Strafrecht und welche im Zivilrecht Gewicht haben sollen. Die Antwort liefern wiederum die Richtlinienmaterialien. Um die Reichweite des Art. 15 Abs. 2 ECRL-E, wo ausschließlich von spezifischen Überwachungspflichten im Strafrecht ausgegangen wurde, zu bestimmen, hat die Kommission ausgeführt, dass eine spezifische Überwachungspflicht vorliegt, wenn „ein Gericht oder eine andere mit der Rechtsdurchsetzung befaste Stelle einen Diensteanbieter beauftragt, beispielsweise eine gewisse Zeitlang bestimmte Netzseiten zu überwachen, um eine bestimmte unerlaubte Tätigkeit zu verhüten oder zu bekämpfen“.¹⁴⁷⁹

Der Formulierung der Kommission ist zu entnehmen, dass eine strafrechtliche spezifische Überwachungspflicht in dreifacher Hinsicht begrenzt sein muss: Erstens ist sie zeitlich begrenzt, zweitens ist sie auf eine bestimmte Rechtsverletzung beschränkt, drittens bezieht sie sich auf bestimmte Informationen eines bestimmten Nutzers. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus der Formulierung „bestimmten Netzseiten“. Die Formulierung „bestimmte Netzseiten“ zeigt aber, dass die Kommission bei der Wahl der Begrifflichkeit eher den klassischen Host-Provider vor Augen hatte, welcher Speicherplatz an Kunden vermietet, um ihre Webseiten zu präsentieren. Da es sich bei den Webseiten auf Auktionsplattformen nicht um besagte „bestimmte Seiten“ handelt, ist die Begründung so zu lesen, als sei die Überwachung eines bestimmten Benutzerkontos, das mehrere einzelne Informationen des Nutzers umfasst, als zulässige spezifische Überwachungspflicht zu behandeln.¹⁴⁸⁰ In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass eine Beschränkung auf einen einzelnen Nutzernamen wegen der Umgehungsmöglichkeiten nicht als ausreichend angesehen werden kann. Auch die Identitätsfeststellung muss der Gegenstand der spezifischen Überwachungspflicht sein.¹⁴⁸¹

Vor dem Hintergrund dieser dreifachen Begrenzung sind die Aussagen des BGH in der „*Jugendgefährdende Medien bei eBay*“-Entscheidung, wo es um die Täterhaftung des Auktionshauses geht, unbedenklich, nämlich dass eine Verkehrssicherungspflichtverletzung vorliegt, wenn derselbe Versteigerer den gleichen Artikel nochmal anbiete (1) oder

¹⁴⁷⁹ Begr. KOM (1998) 586 endg., S. 33.

¹⁴⁸⁰ Vgl. v. Samson-Himmelstjerna, Haftung von Internetauktionshäusern, Rdn. 357; Schapiro, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen, S. 451 f.

¹⁴⁸¹ BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 43) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

der gleiche Artikel durch einen anderen Versteigerer zum Kauf angeboten werde (2). Ebenso unbedenklich sind die Aussagen des BGH, dass ferner die Verhinderung weiterer gleichartiger Verletzungen, die unter demselben Benutzerkonto erfolgen, als zulässige spezifische Überwachungspflicht anzunehmen sei (3).¹⁴⁸²

Insbesondere dürfte der dritte Aspekt in der Praxis Bedeutung haben. Denn die Verpflichtung zur Verhinderung von vergleichbaren Rechtsverletzungen unter demselben Benutzerkonto bedeutet, dass das Auktionshaus verpflichtet ist, etwa im Kern vergleichbare weitere Widerrufsbelehrungen des Anbieters, die ebenfalls zur Erregung von Fehlvorstellungen geeignet sind, unter die Lupe zu nehmen. Unter dem dritten Aspekt ist das Auktionshaus ferner verpflichtet, auch die weiteren Angebote des Anbieters in derselben Angebotskategorie zu kontrollieren, bei denen beispielsweise die Formulierungen „ähnlich“ oder „wie“ (eine bestimmte Marke) verwendet wird. Denn es ist zu befürchten, dass mit derartigen Formulierungen der Kontoinhaber eine Nachahmung oder Imitation versteigert, die nach den §§ 6 Abs. 2 Nr. 6, 5 Abs. 3 UWG ebenfalls irreführend und nach § 16 Abs. 1 UWG strafbar ist.¹⁴⁸³

Aus strafrechtlicher Sicht kann dagegen selbstverständlich die vom BGH etwa im Fall der Markenrechtsverletzungen, wo es um die Störerhaftung geht, auferlegte und inzwischen auch vom EuGH – auch wenn indirekt – als zulässig erklärte¹⁴⁸⁴ Verpflichtung, *sämtliche* gleichartige Rechtsverletzungen auf der gesamten Plattform zu verhindern, die durch andere Nutzer begangen werden, nicht als spezifische Überwachungspflicht eingestuft werden. Ein gutes Beispiel hierfür ist die „*Internetversteigerung II*“-Entscheidung. In dieser Entscheidung hat der BGH ausgeführt, dass eBay dafür Vorsorge treffen muss, dass es bei den Angeboten von Rolex-Uhren nicht zu weiteren klaren Rechtsverletzungen komme.¹⁴⁸⁵ Dabei könne eBay sich einer Filtersoftware bedienen.¹⁴⁸⁶ Mangels weiterer Einschränkungen ließ sich diese Formulierung nur dahingehend verstehen, dass sich die Prüfpflicht keineswegs darauf beschränkt, zu verhindern, dass etwa derselbe Anbieter erneut gefälschte Rolex-Uhren zum Kauf anbietet oder dass nur diejenigen Angebote von Rolex-Plagiaten verhindert werden sollen, die in derselben Angebotskategorie verkauft werden. eBay trifft vielmehr die Pflicht, sämtliche markenrechtsverletzenden Angebote von Rolex-Uhren auf der gesamten Plattform zu beseitigen bzw. in Zukunft zu verhin-

¹⁴⁸² BGH GRUR 2007, 890 (Rdn. 43 f.) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

¹⁴⁸³ Eine dazu notwendige Erweiterung des Kontrollpersonals ist dabei nicht zwingend unzumutbar. Diese Verpflichtung gefährdet auch das gesamte Geschäftsmodell des Auktionshauses nicht. Auktionshäuser sind in der Regel wirtschaftlich äußerst erfolgreiche Unternehmen, die sich zusätzliches Kontrollpersonal grundsätzlich leisten können.

¹⁴⁸⁴ Für die Einzelheiten siehe *Rössel*, CR 2011, 589 (595 f.).

¹⁴⁸⁵ BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 47) – *Internet-Versteigerung II*.

¹⁴⁸⁶ BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 47) – *Internet-Versteigerung II*.

dern. Die Verletzung derartiger Prüfpflichten kann aber das Auktionshaus keinesfalls zum Unterlassungstäter machen, weil die auferlegte Verpflichtung nicht auf einen Teil der „bestimmten Netzseiten“ beschränkt ist. Sie ist daher – aus strafrechtlicher Sicht – als verbotene Überwachungspflicht zu qualifizieren. Grund dafür ist, dass die von eBay einrichtenden Schlagwortfilter notwendigerweise über alle Inhalte auf der Plattform laufen müssen. Denn um herauszufinden, welche gespeicherten Inhalte die entsprechenden Schlagworte enthalten, muss der Filter zunächst alle Inhalte, d.h. jedes einzelne Angebot, daraufhin überprüfen, um dann diejenigen Inhalte aussondern zu können, die die Schlagworte tatsächlich enthalten. Daran ändert auch die Auffassung des BGH nichts, nach der das Onlineauktionshaus nicht jedes Angebot manuell nachkontrollieren müsse, sondern lediglich das Angebot, das durch die Filtersoftware identifiziert werde.¹⁴⁸⁷ Denn der Einsatz von Filterprogrammen ist nach dem derzeitigen Stand der Technik nur in sehr begrenztem Umfang geeignet, *sämtliche* „gleichartigen“ rechtsverletzenden Inhalte zu ermitteln.¹⁴⁸⁸ Das Versagen der Technik kann aber dem Auktionshaus im Strafrecht – und damit anders als im Zivilrecht¹⁴⁸⁹ – nicht zugerechnet werden. Zu begrüßen sind in diesem Zusammenhang auf jeden Fall die abweichenden Ausführungen des BGH in der „Jugendgefährdende Medien bei eBay“-Entscheidung zur „Gleichartigkeit“ der Rechtsverletzungen im Wettbewerbsrecht. Das Gericht forderte keine Verhinderung von sämtlichen jugendgefährdenden Medien, wenn es um die Täterhaftung des Auktionshauses geht.

Die hier vertretene Auffassung widerspricht im Übrigen – zumindest nach der „L'Oréal/eBay“-Entscheidung des EuGH – nicht dem System des § 10 TMG:

§ 10 TMG in Satz 1 Nr. 1 TMG unterscheidet zwischen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit (1. Alt.) und der zivilrechtlichen Schadenersatzhaftung (2. Alt.). Während nach der 1. Alt. das Auktionshaus seiner Haftungsprivilegierung solange nicht verlustig geht, bis – wenn man sich streng am Wortlaut orientiert – es positive Kenntnis von einer konkreten Information oder Handlung erlangt, reicht nach der 2. Alt. für eine Haftung des Auktionshauses schon die Kenntnis von Tatsachen oder Umständen aus, aus denen die rechtsverletzende Handlung oder Information offensichtlich wird. Anders als bei § 10

¹⁴⁸⁷ BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 47) – *Internet-Versteigerung II*.

¹⁴⁸⁸ Dies kann exemplarisch anhand der in den Rolex-Verfahren vorgetragenen Beispielen für die Umschreibung des Verkaufs eines Plagiats belegt werden: statt „Fälschung“ wurden Begriffe verwendet wie „keine billige Chinaware“, „perfekt geklont“, „perfekt gearbeitet“, „Blender“, „vom Laien nicht vom Original zu unterscheiden“, „ohne Echtheitszertifikat“, „wie Original“, vgl. BGH GRUR 2004, 860 (861) – *Internet-Versteigerung I*.

¹⁴⁸⁹ Laut BGH befreit der Umstand, dass durch eine schlagwortgestützte Filtersoftware nicht sämtliche Verdachtsfälle aufgefunden werden können, nicht von der Verpflichtung zu ihrem Einsatz, soweit es sich um eine zivilrechtliche Haftung geht. Der BGH will dieses Problem lediglich in das Vollstreckungsverfahren verschieben, BGH GRUR 2004, 860 (864) – *Internet-Versteigerung I*; BGH GRUR 2007, 708 (Rdn. 47) – *Internet-Versteigerung II*; BGH GRUR 2008, 702 (Rdn. 53) – *Internet-Versteigerung III*. Der Umfang der Haftung als Störer bleibt deshalb unberührt.

Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG ist der Bezugspunkt der Kenntnis im Rahmen des § 10 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. TMG nicht die rechtswidrige Handlung oder Information selbst, sondern es sind die Tatsachen oder Umstände, die diese offensichtlich machen. Das Auktionshaus haftet also auch dann, wenn es positive Kenntnis der Tatsachen/Umstände hat, aus denen die Offensichtlichkeit geschlossen wird. Positive Kenntnis der Inhalte ist nicht erforderlich. Positive Kenntnis von Tatsachen/Umständen, die auf die Existenz einer Information hinweisen, reicht deshalb zur Begründung einer Haftung des Auktionshauses aus.

Mit der Regelung des § 10 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. TMG findet also – im Hinblick auf die Annahme einer Kenntnis von der Handlung oder Information – eine „Vorverlagerung“ der Providerverantwortlichkeit statt. Daraus zieht die Literatur die Schlussfolgerung, dass der in § 10 Satz 1 Nr. 1 2. Alt. TMG für Schadensersatzansprüche festgelegte Sorgfaltsmaßstab hinsichtlich der Verhinderung gleichartiger Rechtsverletzungen gleichzeitig die Grenze zulässiger Überwachungspflichten, die der eigentlichen Löschpflicht vorgelagerte Verkehrssicherungspflichten auslösen, bildet.¹⁴⁹⁰ Eine strafrechtliche Verantwortung des Auktionshauses sei damit in dieser Phase ausgeschlossen¹⁴⁹¹.

Die Literatur streitet lediglich darüber, worauf sich der Bezugspunkt der Offensichtlichkeit beziehen muss. Entsprechend des ablehnungswürdigen Standpunkts der herrschenden Meinung zur „Kenntnis“ im Rahmen des § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG¹⁴⁹² werden in der Literatur zwei Ansichten vertreten. Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass sich die Offensichtlichkeit allein auf die Rechtswidrigkeit des Inhalts bezieht.¹⁴⁹³ Andere gehen davon aus, dass sich die Offensichtlichkeit sowohl auf den Inhalt als auch auf die Rechtswidrigkeit bezieht.¹⁴⁹⁴ Unabhängig davon, welcher Auffassung man folgt, besteht in der Literatur darüber Einigkeit, dass eine Haftung für Schadenersatz nur bei *klaren Evidenzfällen* greift. Diese ergebe sich aus dem Wortlaut, nach dem eine Schadenersatzhaftung nur dann in Betracht kommt, wenn „Tatsachen oder Umstände bekannt sind“. Bekannt seien solche Tatsachen erst, wenn der Host-Provider aufgrund des konkreten, bereits identifizierten Inhalts ohne weitere Nachforschung Kenntnis von weiteren Rechts-

¹⁴⁹⁰ Siehe nur *Rücker*, CR 2005, 347 (352). Dagegen spricht aber gerade die Entstehungsgeschichte des Art. 15 ECRL. Übrigens ist die Entwicklung des Art. 15 ECRL zu begrüßen. Denn es ist systematisch nicht möglich, das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten im Zivilrecht so auszulegen, dass jede Form der Kenntnisverschaffung verboten ist, d.h. spezifische erlaubte Überwachungspflichten nur die Prüfung konkret bekannter Inhalte erlauben, allerdings im Strafrecht erst dann eine allgemeine Überwachungspflicht anzunehmen, wenn diese nicht in der von der Kommission dargestellten Weise begrenzt ist. Umgekehrt bedeutet diese Aussage aber, dass die bis heute nur im Zivilrecht diskutierte Möglichkeit einer Haftung aufgrund der Verletzung einer spezifischen Überwachungspflicht eigentlich in erster Linie im Rahmen der Unterlassungsstrafbarkeit hätte diskutiert werden sollen.

¹⁴⁹¹ So ausdrücklich *Schmitz/Dierking*, CR 2005, 420 (426).

¹⁴⁹² Siehe Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 b).

¹⁴⁹³ Z.B. *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443 (447).

¹⁴⁹⁴ Z.B. *Rücker*, CR 2005, 347 (352).

verletzungen habe. Eine Haftung im Fall der fahrlässigen Unkenntnis sei daher ausgeschlossen.¹⁴⁹⁵

Genau an dieser Stelle ist der EuGH in der „*L'Oréal/eBay*“-Entscheidung einer anderen Auffassung gefolgt. Der EuGH hat Art. 14 ECRL wesentlich weiter ausgelegt als bisher angenommen wurde. Eine *positive* Kenntnis im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a der ECRL hat der EuGH bereits dann angenommen, wenn sich der betreffende Anbieter in der einen oder anderen Weise solcher Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die in Rede stehende Rechtswidrigkeit hätte feststellen und nach Art. 14 Abs. 1 lit. b der ECRL dagegen hätte vorgehen müssen.¹⁴⁹⁶ Der EuGH begründet dies mit der praktischen Wirksamkeit der Regelung.¹⁴⁹⁷ Der EuGH hat also nicht nur den schmalen Bereich der Schadensersatzansprüche vergrößert, sondern der Literaturmeinung eine klare Absage erteilt. Nach Auffassung des EuGH führt bereits schon die *einfache* fahrlässige Unkenntnis zum Verlust der Haftungsprivilegierung.¹⁴⁹⁸ Aus deutscher Sicht bedeutet dies, dass zumindest nach der „*L'Oréal/eBay*“-Entscheidung die Anforderungen für einen Schadensersatzanspruch und für die Störerhaftung an denselben Maßstäben zu messen sind. Denn der Maßstab eines „sorgfältigen Wirtschaftsteilnehmers“ erinnert an den Maßstab der Prüfpflichtverletzung aus der Störerhaftung. Dies hat zur Konsequenz, dass bei Greifen der Störerhaftung gleichzeitig auch die Privilegierung des Auktionshauses für die Schadensersatzhaftung entfällt.¹⁴⁹⁹

Da sich der EuGH ausschließlich mit „Kenntnis“ und nicht mit dem für Schadensersatzansprüche maßgeblichen Bewusstsein offensichtlicher Rechtsverletzung beschäftigte, darf auch die Regelung des § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG von den Aussagen des EuGH nicht unberührt bleiben:

Will man aufgrund der Ausführungen des Gerichts die unstrittige Aussage, dass *dolus eventualis* nicht ausreichend ist,¹⁵⁰⁰ nicht in Frage stellen,¹⁵⁰¹ kann man die Formulierung des Gerichts nur dahin gehend interpretieren, dass *dolos* herbeigeführte Unkenntnis der

¹⁴⁹⁵ Unbestritten, exemplarisch siehe nur *Eck/Ruess*, MMR 2003, 363 (365); *Freytag*, CR 2000, 600 (608); *Härting*, CR 2001, 271 (276); *Hoffmann*, MMR 2002, 284 (288); *Holznagel/Kussel*, MMR 2001, 347 (349); *Klatt*, ZUM 2009, 265 (270 f.); *Lehment*, WRP 2003, 1058 (1064); *Rücker*, CR 2005, 347 (352); *Sobola/Kohl*, CR 2005, 443 (447); *Spindler*, NJW 2002, 921 (924), *Tettenborn/Bender/Lübben/Karenfort*, K&R 2001, Beilage 1 zu Heft 12, 1 (32).

¹⁴⁹⁶ EuGH GRUR 2011, 1025 (Rdn. 120) – *L'Oréal/eBay*.

¹⁴⁹⁷ EuGH GRUR 2011, 1025 (Rdn. 121) – *L'Oréal/eBay*.

¹⁴⁹⁸ Zutreffend *Rössel*, CR 2011, 589 (592); *Hoeren/Neubauer*, WRP 2012, 508 (511): „deutliche Verschärfung der Internethaftung.“

¹⁴⁹⁹ Vgl. *Lehment*, WRP 2012, 149 (156); *Nordemann*, GRUR 2011, 977 (978); *Rössel*, CR 2011, 589 (592 f.).

¹⁵⁰⁰ Siehe Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 a).

¹⁵⁰¹ Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rdn. 85; *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, § 4 Rdn. 17 (Fn. 71).

positiven Kenntnis gleichzusetzen ist, wenn das Auktionshaus etwa trotz konkreter Anhaltspunkte bewusst die Augen vor den Rechtsverletzungen verschließt. Da ein konkreter Hinweis, der das Auktionshaus hinsichtlich eines bestimmten Inhalts in Kenntnis setzt, gleichzeitig einen konkreten Anhaltspunkt für weitere Rechtsverletzungen i.S.d. zu Art. 15 ECRL Gesagten darstellt, bestätigt der EuGH stillschweigend die hier vertretene Auffassung: Ein konkreter Hinweis auf bestimmte Information begründet zwar die Kenntnis von *sämtlichen* rechtsverletzenden Inhalten nicht. Er begründet aber Kenntnis von inhaltlich *identischen* bzw. *im Kern gleichartigen weiteren* Inhalten, weil das Auktionshaus positive Kenntnis davon hat, wonach es suchen muss.¹⁵⁰²

Für die hier vertretene Auffassung bedeutet dies, dass dem Host-Provider eine der eigentlichen Löschpflicht vorgelagerte spezifische Überwachungspflicht im strafrechtlichen Bereich nicht nur aus der Entstehungsgeschichte des Art. 15 ECRL auferlegt werden kann, sondern auch aus der Rechtsprechung des EuGH, wenn sie in dreifacher Hinsicht begrenzt ist. Denn die Pflicht zur Verschaffung der tatsächlichen Kenntnis von vergleichbaren weiteren Inhalten ist in diesem Fall als zulässige Überwachungspflicht zu qualifizieren.

Es besteht daher kein Grund, an dem Ergebnis zu zweifeln und die Prüfpflichtverletzungen, die bisher im deutschen Recht die Störerhaftung begründen, auch nach der Entscheidung des EuGH lediglich im Bereich der zivilrechtlichen Haftung zu berücksichtigen. Die Prüfpflichtverletzungen dagegen, die im deutschen Recht eine Täterhaftung begründen – wie es im Wettbewerbsrecht der Fall ist – lösen aber neben den Schadensersatzansprüchen auch die Unterlassungsstrafbarkeit des Auktionshauses aus.

e) Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme durch Unterlassen

Schließlich stellt sich die Frage, ob das Auktionshaus als Unterlassungstäter einer strafbaren Werbung (insoweit als Mittäter) oder als Teilnehmer durch Unterlassen (insoweit als Gehilfe) in Betracht zu ziehen ist. Es ist sachgerecht, es – wie im Falle der Nicht-Löschung eines bekannten Inhalts – als Mittäter in Betracht zu ziehen. Schließlich verletzt das Auktionshaus seine Verkehrssicherungspflichten, mit deren Hilfe es die Tatbegehung „hätte verhindern können“. Der Umstand, dass Maßnahmen, die zu einer vollständigen Verhinderung aller möglichen Rechtsverletzungen führen, praktisch kaum vorstellbar sind, soll hier keine Rolle spielen, weil die verletzten Verkehrssicherungspflichten im Vergleich zu einer Störerhaftung begründenden Prüfpflichten ganz konkret und zumutbar sind, ebenso wie der Umstand, dass das Auktionshaus keine Absicht hat, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.

¹⁵⁰² Siehe Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 c) aa).

TEIL 4:

ANWENDBARKEIT DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS

Die bisherige Untersuchung beschränkte sich auf die Fälle, in denen ein Anbieter, der sich in Deutschland befindet, beispielsweise bei „eBay.de“ mit täuschenden Angaben i.S.d. § 263 StGB bzw. irreführenden Angaben i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG wirbt und damit unlautere geschäftliche Handlungen vornimmt. Für solche Fälle steht die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts außer Zweifel.

Was wäre aber, wenn ein inländischer Anbieter bei „eBay.fr“ oder ein ausländischer Anbieter bei „eBay.de“ oder „eBay.fr“ mit täuschenden Angaben i.S.d. § 263 StGB bzw. irreführenden Angaben i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG wirbt und damit unlautere geschäftliche Handlungen vornimmt? In diesen Fällen kann die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Regelungen für die an Online-Auktionen beteiligten Personen nur dann weiter untersucht werden, wenn ein Anknüpfungspunkt zum deutschen Recht besteht.

Ein solcher Anknüpfungspunkt lässt sich bei *Erfolgsdelikten*, etwa § 263 StGB, unproblematisch finden. Nimmt der Täter im Inland die Täuschungshandlung vor, so liegt unzweifelhaft ein Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 1. Alt. StGB vor. Dass der Erfolgsort im Ausland liegt, ändert an der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nichts. Da § 263 StGB ein kupiertes Erfolgsdelikt ist,¹⁵⁰³ kann ferner jeder Erfolg der einzelnen Tatbestandsmerkmale selbständig einen Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB begründen. Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden können also unabhängig voneinander einen Erfolgsort begründen, auch wenn die Handlung im Ausland vorgenommen wird.¹⁵⁰⁴

¹⁵⁰³ Hefendehl, in: MüKo-StGB, § 263 Rdn 11; Kindhäuser, in: NK-StGB, § 263 Rdn. 54; Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rdn. 2; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdn. 5; Tiedemann, in: LK, § 263 Rdn. 3.

¹⁵⁰⁴ Vgl. Graf, in: Heermann/Ohly, Verantwortlichkeit im Netz, S. 85 (95).

Probleme werfen allerdings die Gefährdungsdelikte auf. Nur wenn sie als Erfolgsdelikte i.S.d. § 9 StGB zu qualifizieren sind, kann die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts bejaht werden. Das ist nach der herrschenden Ansicht nur dann unproblematisch, wenn es sich um ein *konkretes* Gefährungsdelikt handelt.¹⁵⁰⁵ Soweit es aber um ein *abstrakt-konkretes* bzw. ein *abstraktes* Gefährungsdelikt geht, wird nahezu jedes mögliche Ergebnis vertreten.

Im Folgenden werden zunächst die Grundzüge des deutschen Strafrechts im Fall einer Auslandsberührung besprochen, ohne dabei auf Einzelheiten einzugehen (A). Dann wird die Frage untersucht, ob bei abstrakten Gefährungsdelikten im Internet von einem Erfolgsort i.S.d. § 9 StGB gesprochen werden kann und wenn ja, welche Anknüpfungspunkte für eine Einschränkung des Geltungsbereichs des deutschen Strafrechts zu berücksichtigen sind. Dabei werden neben den in der kernstrafrechtlichen Literatur besprochenen Vorschlägen auch die sog. Marktort- und Herkunftslandprinzipien aus dem internationalen Wettbewerbszivilrecht als Hilfsmittel präsentiert, um eine konturlose Auslegung der §§ 3 ff. StGB zu vermeiden. Die Untersuchung beschränkt sich zunächst auf den Anbieter, also auf den Content-Provider (B). Daran anschließend wird auf die Frage eingegangen, ob und inwieweit ein nach strafanwendungsrechtlichen Regeln begründeter inländischer Tatort eines Täters (eines Anbieters) einem anderen Mittäter (dem Auktionshaus) zugerechnet werden kann (C).

¹⁵⁰⁵ Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 19; Böse, in: NK-StGB, § 9 Rdn. 10; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 9 Rdn. 6a; Fischer, StGB, § 9 Rdn. 4d; Hoyer, in: SK-StGB, § 9 Rdn. 7; Lackner/Kühl, StGB, § 9 Rdn. 2; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 9 Rdn. 6; Werle/Jeffberger, in: LK, § 9 Rdn. 27; a.A. Velten, in: FS-Rudolphi, S. 329 (339, 346).

A. EINLEITENDE BEMERKUNG ZUR REICHWEITE DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS

I. Dogmatische Einordnung der §§ 3 ff. StGB

Die Geltungsvoraussetzungen für das materielle Strafrecht sind in den §§ 3 ff. StGB enthalten, die typischerweise als sog. „Internationales Strafrecht“ bezeichnet werden, zu dem aber auch das Völkerstrafrecht, das Europäische Strafrecht und das Rechtshilferecht gehören sollen.¹⁵⁰⁶ Diese Begrifflichkeit ist daher ein wenig irreführend, als es sich nicht um internationales Recht handelt, sondern darin vielmehr Taten erfasst werden sollen, die einen internationalen Einschlag aufweisen. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen die Tatbegehung im Ausland erfolgt, der Täter keine deutsche Staatsbürgerschaft besitzt oder der im Ausland Verletzte ein deutscher Staatsangehöriger ist. Die Parallele in der Begrifflichkeit zum sog. Internationalen Privatrecht sollte also nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die §§ 3 ff. StGB nicht damit befassen, die Konflikte zwischen zwei oder mehreren potentiell anwendbaren nationalen Strafrechtsordnungen zu lösen. Vielmehr haben sie zum Gegenstand, den persönlichen und räumlichen Bereich festzulegen, in dem das deutsche Strafrecht materielle Geltung beanspruchen kann. Es handelt sich bei diesen Normen um rein innerstaatliches Recht. Dementsprechend ergibt sich aus den §§ 3 ff. StGB lediglich, ob deutsches Recht anzuwenden ist oder nicht. Die Funktion dieser Normen besteht folglich in der *einseitigen* Festlegung des Anwendungsbereichs des deutschen *materiellen* Strafrechts (Entweder-oder-Lösung).¹⁵⁰⁷

Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts kennzeichnet aber nicht nur den Bereich der Strafbarkeit des Täters an sich, sondern entscheidet auch über die Frage der Strafverfolgungsvoraussetzungen. Kann das materielle Strafrecht mangels Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 3 ff. StGB keine Geltung beanspruchen, so unterliegt die weitere Verfolgung der Tat einem Prozesshindernis, das zur Einstellung des Verfahrens führen

¹⁵⁰⁶ Vgl. nur Safferling, Internationales Strafrecht, § 2 Rdn. 1 ff.; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 2 Rdn. 1 ff.

¹⁵⁰⁷ Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 1; Fischer, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 1; Lackner/Kühl, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 1.

muss,¹⁵⁰⁸ weil die in §§ 3 ff. StGB enthaltenen Regelungen eine objektive Bedingung der Strafbarkeit darstellen.¹⁵⁰⁹ Aus diesem Grund können die betreffenden Normen auch als Strafanwendungsrecht bezeichnet werden, da sie dem deutschen Strafrecht überhaupt erst Geltung und Anwendbarkeit verschaffen.

II. Strafanwendungsprinzipien

Auf die Frage, woran für die Geltung des deutschen Strafrechts angeknüpft werden kann bzw. soll, lassen sich verschiedene Prinzipien finden. Der legitime Anknüpfungspunkt kann sich aus dem Tatort (Territorialitätsprinzip), dem Opfer (Staatsschutzprinzip und passives Personalitätsprinzip), dem Täter (aktives Personalitätsprinzip) sowie aus der Natur der Tat selbst (Weltrechtsprinzip) ableiten. Diese Prinzipien werden durch den Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege und das Kompetenzverteilungsprinzip ergänzt.¹⁵¹⁰

Ausgangspunkt für die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ist die Regelung des § 3 StGB, das sog. Territorialitätsprinzip. Nach dieser Regelung findet das deutsche Strafrecht Anwendung, wenn die Tat im Inland begangen wurde. Jedoch ist § 3 StGB nicht abschließend. Er wird durch das in § 4 StGB geregelte Flaggenprinzip ergänzt. Diese beiden Prinzipien regeln, wann es sich um eine sog. Inlandstat handelt. Sie werden durch weitere Prinzipien ergänzt. Diese anderen Prinzipien regeln, wann deutsches Strafrecht ausnahmsweise auch auf im Ausland begangene Taten Anwendung findet.

Über § 5 StGB relativiert sich zunächst die durch das Territorialitätsprinzip vorgenommene Selbstbeschränkung des deutschen Strafrechts auf Inlandstaten, indem die deutsche Strafgewalt auf Auslandstaten ohne territorialen Bezug zum Inland oder Berücksichtigung der Strafbarkeit am Tatort ausgedehnt wird.¹⁵¹¹

Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts wird durch das in § 6 StGB geregelte Weltrechtsprinzip noch einmal ausgedehnt. Sofern sich eine Tat gegen international anerkannte Werte richtet, an deren Schutz ein Interesse der gesamten Staatengemeinschaft besteht,

¹⁵⁰⁸ BGHSt 34, 1 (3) – *Erwerb von Betäubungsmitteln im Ausland*; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 3-9 Rdn. 7; Fischer, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 1; Lackner/Kühl, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 10; Safferling, Internationales Strafrecht, § 3 Rdn. 5; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 2; Werle/Jeßberger, in: LK, Vor §§ 3 ff. Rdn. 10.

¹⁵⁰⁹ Ambos, Internationales Strafrecht, § 1 Rdn. 9; Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 3; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 3-9 Rdn. 79; Fischer, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 30; Hecker, Europäisches Strafrecht, § 2 Rdn. 3; Lackner/Kühl, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 10; Miller/Rackow, ZStW 117 (2005), 379 (414); Safferling, Internationales Strafrecht, § 3 Rdn. 5; Satzger, Jura 2010, 108 (111); Werle/Jeßberger, in: LK, Vor §§ 3 ff. Rdn. 452; a.A. Böse, in: NK-StGB, Vor § 3 Rdn. 51; Pawlik, ZIS 2006, 274 (283): „Tatbestandsmerkmal“.

¹⁵¹⁰ Für die Einzelheiten siehe nur Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 3-9 Rdn. 12 ff.

¹⁵¹¹ Satzger, Jura 2010, 190 (190).

stellt der Täter selbst durch die Angriffsrichtung eine hinreichend enge Beziehung zu den Rechtsordnungen aller Staaten der Welt her.¹⁵¹²

Kann deutsches Strafrecht nicht bereits auf der Grundlage der §§ 5, 6 StGB herangezogen werden, so eröffnet § 7 StGB¹⁵¹³ dessen Anwendungsbereich unter der Voraussetzung, dass einerseits die Tat am Tatort strafbar ist¹⁵¹⁴ und andererseits ein personaler Anknüpfungspunkt i.S.d. Staatsangehörigenverhältnisses zum Opfer (Abs. 1) bzw. Täter (Abs. 2 Nr. 1) besteht. Die Regelung des § 7 Abs. 1 StGB besagt, dass deutsches Strafrecht auch in den Fällen Anwendung findet, in denen ein Deutscher im Ausland Opfer einer Straftat wurde, gleichgültig, welche Nationalität der Täter hat. Die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB besagt, dass im Ausland begangene Taten nach deutschem Strafrecht beurteilt werden, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat Deutscher war oder später die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten hat, gleichgültig, welche Nationalität das Opfer hat. Schließlich können Auslandstaten von Ausländern gegen Ausländer, die nicht unter §§ 5, 6 StGB fallen, von der Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfasst werden.

¹⁵¹² Satzger, Jura 2010, 190 (190).

¹⁵¹³ Zum Ergänzungsverhältnis des § 7 StGB gegenüber der §§ 5, 6 StGB siehe nur Eser, in: Schönlke/Schröder, StGB, § 7 Rdn. 2 f.; Werle/Jeßberger, in: LK, Vor § 3, Rdn. 263.

¹⁵¹⁴ Die Strafdrohung am Tatort (das Erfordernis der „identischen Norm“) setzt voraus, dass für die konkrete Tat im Sinne des § 264 StPO unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt kriminelle Strafe oder eine gleichwertige Sanktion angedroht ist; bloß ordnungsrechtliche Maßnahmen, die den Rechtsfolgen einer Ordnungswidrigkeit vergleichbar sind, genügen nicht, Lackner/Kühl, StGB, § 7 Rdn. 2, siehe auch Werle/Jeßberger, JuS 2001, 141 (143).

B. DAS UBIQUITÄTSPRINZIP IM INTERNET

I. Die Konstruktion des § 9 StGB

Strafbare Werbung, § 16 Abs. 1 UWG, ist in den Katalogen der §§ 5, 6 StGB nicht aufgeführt. Eine Anwendung des deutschen Strafrechts könnte nach § 7 StGB in Betracht kommen, wenn die Tat im Ausland begangen wurde, das ausländische Recht irreführende Werbung bestraft, Täter oder Opfer zur Tatzeit Deutsche sind bzw. der Täter Ausländer ist und im Inland angetroffen wird und keine Auslieferung erfolgt.

Abgesehen von diesem Ausnahmefall richtet sich die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts im Fall einer irreführenden Werbung also lediglich nach dem Territorialitätsprinzip, § 3 StGB.

Das Territorialitätsprinzip wird durch § 9 StGB ergänzt. § 9 Abs. 1 StGB unterscheidet vier verschiedene Möglichkeiten der Tatortbegründung. Gemäß § 9 Abs. 1 StGB ist eine Tat an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat (Alt. 1), an dem er im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen (Alt. 2), an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist (Alt. 3) oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte (Alt. 4).

Die Konstruktion des § 9 StGB hat ihren Grund in der Anerkennung der sog. *Ubiquitätstheorie* (Einheitstheorie). Sie verbindet zwei in der Rechtsprechung entwickelten Theorien (Tätigkeits- und Erfolgstheorie), die jeweils für sich keine befriedigenden Ergebnisse lieferten,¹⁵¹⁵ und ermöglicht die Begründung eines Tatortes über den Ort der Handlungsvornahme wie auch eine solche über den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges.¹⁵¹⁶ Der praktische Hintergrund dieser Kombination liegt auf der Hand: Je größer die Zahl der Möglichkeiten, einen inländischen Tatort zu begründen, desto weiter lässt sich auch der Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts ausdehnen.¹⁵¹⁷

¹⁵¹⁵ Siehe hierzu sehr ausführlich *Heinrich*, in: FS-Weber, S. 91 (100 ff., insbesondere Fn. 53) mit zahlreichen Beispiele aus der Rechtsprechung des RG.

¹⁵¹⁶ Vgl. nur *Werle/Jeßberger*, in: LK, § 9 Rdn. 3.

¹⁵¹⁷ *Rotsch*, ZIS 2010, 168 (170).

Die völkerrechtlich unbestrittene¹⁵¹⁸ Ubiquitätstheorie hilft jedoch in manchen Fällen nicht weiter: Erstens stößt sie aufgrund der länderübergreifenden Nutzungsmöglichkeiten des Internets an ihre Grenzen. Eine Abgrenzung der Gefahrenabwehr sowie die Strafverfolgung anhand territorialer Grenzen lassen sich im Rahmen der Kommunikation im Internet praktisch nicht umsetzen. Die Informationen, darunter auch irreführende geschäftliche Handlungen, sind problemlos weltweit und damit natürlich auch im Inland abrufbar; in welchem Land der Inhalt in das Internet eingespeist wird, scheint deshalb keine entscheidende Rolle mehr zu spielen.¹⁵¹⁹ Zweitens verlangt die Verwirklichung eines jeden Straftatbestandes zwar immer die Vornahme einer menschlichen Handlung, nicht jedoch wird der Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges vorausgesetzt. Daraus folgt trotz der Zugrundelegung der Ubiquitätstheorie ein Problem bei der Begründung eines inländischen Tatortes, wenn im Ausland gehandelt wurde und der Tatbestand nach seiner Struktur den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges nicht vorausgesetzt.¹⁵²⁰ Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten gerät man daher in größte Schwierigkeiten.

Bei der Frage, ob und inwieweit das deutsche Strafrecht auf die abstrakten Gefährdungsdelikte im Internet anwendbar ist, dreht sich demzufolge alles darum, ob ein Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 1. Alt. StGB durch eine „virtuelle Anwesenheit“ begründet werden kann, und ob diese Delikte einen Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB haben können.

II. Der Ort der Handlung, § 9 Abs. 1 1. Alt. StGB

Nach § 9 Abs. 1 1. Alt. StGB ist der Täter strafbar, wenn er im Inland gehandelt hat. Handlungsort ist jeder Ort, an dem der Täter *körperlich*¹⁵²¹ anwesend ist und eine auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tätigkeit vornimmt oder versucht.¹⁵²²

Ausgehend von dieser Regelung, stellt sich der Fall als unproblematisch und leicht zu lösen dar, wenn die irreführenden Angaben von Deutschland aus in das Internet eingestellt werden, unabhängig davon, ob sich der Server des Auktionshauses im Inland

¹⁵¹⁸ Vgl. nur BGHSt 44, 52 (56) – *Strafvereitelung durch Aufnahme von RAF-Terroristen*; Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 3; Rotsch, ZIS 2010, 168 (171): „Letztlich basiert die Geltung der Ubiquitätstheorie auf der allgemeinen strafrechtstheoretischen Erkenntnis, dass der Unrechtsgehalt einer Straftat sich weder – wie dies früher auf dem Boden des klassischen Verbrechenaufbaus vertreten wurde – im Erfolgsunwert noch – wie dies neuere monistisch-subjektive Ansichten mit durchaus beachtlichen Gründen vertreten – im Handlungsunrecht erschöpft. Diese weitgehende Anerkennung der Ubiquitätstheorie im Strafanwendungsrecht stellt letztlich nichts anderes dar, als das Ergebnis der Übertragung des heute herrschenden Unrechtsverständnisses aus der allgemeinen Strafrechtsdogmatik ins Strafanwendungsrecht.“

¹⁵¹⁹ Vgl. nur Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 75.

¹⁵²⁰ Rotsch, ZIS 2010, 168 (170).

¹⁵²¹ Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 8; Böse, in: NK-StGB, § 9 Rdn. 4; Fischer, StGB, § 9 Rdn. 3; Hecker, Europäisches Strafrecht, § 2 Rdn. 32; Heinrich, in: FS-Weber, S. 91 (108); Klengel/Heckler, CR 2001, 243 (244); Leupold/Bachmann/Pelz, MMR 2000, 648 (652); Satzger, NSTZ 1998, 112 (113); Sieber, NJW 1999, 2065 (2067, 2070).

¹⁵²² Siehe nur BGHSt 34, 101 (106) – *Verstoß gegen Lenk- und Ruhezeiten im Ausland*; Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 10.

(eBay.de) oder im Ausland (eBay.fr) befindet. Denn der Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 1. Alt. StGB liegt eindeutig im Inland, weshalb auch der Tatort hier zu lokalisieren ist; die Anwendbarkeit materiellen deutschen Strafrechts ist somit bereits in der Anwendung des Territorialitätsprinzips nach § 3 StGB gegeben.¹⁵²³

Werden die irreführenden Angaben dagegen vom Ausland aus ins Internet gestellt, so wird ein Handlungsort in Deutschland nicht begründet. Solange man auf den Ort, an dem der Täter *körperlich* anwesend ist, abstellt, macht es keinen Unterschied, ob sich der Server des Auktionshauses im Ausland oder in Deutschland befindet.¹⁵²⁴

Man könnte allerdings daran denken, den Handlungsbegriff an die Besonderheiten des Internets anzupassen, und im Internet von einer „virtuellen Anwesenheit“ sprechen.

Demzufolge ist der Handlungsort nach dem Standort des Servers zu bestimmen, auf dem der Täter seine Inhalte gezielt und kontrolliert speichert. Handlungsort soll demnach nicht nur der Ort der physischen Anwesenheit des Täters, sondern auch der Standort des Servers sein. Dieser Vorschlag,¹⁵²⁵ der in der Literatur weitgehend abgelehnt wird, weil der Täter in der Regel auf den Speichervorgang überhaupt keinen Einfluss habe und damit die Geltung des deutschen Strafrechts von technischen Zufälligkeiten abhängig gemacht werde,¹⁵²⁶ weist im Rahmen von Online-Auktionen in die richtige Richtung, weshalb ihm daher grundsätzlich zuzustimmen ist.¹⁵²⁷ Es sollte an einer Bejahung der Anwendung des deutschen Strafrechts kein Zweifel bestehen, wenn der Täter vom Ausland aus auf „eBay.de“ irreführende Angaben eingestellt hat und damit eindeutig den deutschen Markt ins Visier nimmt. Problematisch an diesem Vorschlag ist allerdings, dass nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich der Handlungsort des Unterlassungstäters zusätzlich auch am Vornahmeort liegen kann.¹⁵²⁸ Der Vorschlag verwischt daher die Trennlinie zwischen Handlung und Erfolg im Sinne des § 9 StGB. Den Speichervorgang als eine von der zuvor ergangenen körperlichen Tätigkeit (Einspeisen bzw. Abschicken der Inhalte) separier-

¹⁵²³ Siehe nur Fischer, StGB, § 9 Rdn. 5b; Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 78.

¹⁵²⁴ Siehe nur Fischer, StGB, § 9 Rdn. 5c; Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 79.

¹⁵²⁵ Basak, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 9 Rdn. 13; Cornils, JZ 1999, 394 (396); Cornils, in: Hohloch, Recht und Internet, S. 71 (79 ff.); Eser, in: FG-50 Jahre BGH, Band IV, S. 3 (24); Eser, in: Schöнке/Schröder, StGB, § 9 Rdn. 4, 7b; siehe auch Kuner, CR 1996, 453 (454).

¹⁵²⁶ Vgl. Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, S. 230 (Fn. 482); Hilgendorf, ZStW 113 (2001), 650 (665 f.); Jeßberger, JR 2001, 432 (433); Kappel, Das Ubiquitätsprinzip im Internet, S. 113; Körber, Rechtsradikale Propaganda im Internet, S. 141 f.; Leupold/Bachmann/Pelz, MMR 2000, 648 (652); Mintas, Glücksspiele im Internet, S. 156 ff.; Poenig, Die strafrechtliche Haftung des Linkanbieters im Ausland nach deutschem Recht, S. 174; Roth, Strafbare Werbung und die Neuen Medien, S. 160 f.; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 9 Rdn. 16; Volk, Glücksspiel im Internet, S. 202 f.; Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 80; Zöller, in: AnwaltK-StGB, § 9 Rdn. 18. Nun lehnt auch der BGH NStZ 2015, 81 (Rdn. 9) – *Öffentliches Verwenden von Kennzeichen durch Upload bei „YouTube“ und „Facebook“* diesen Vorschlag ab.

¹⁵²⁷ Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 29.

¹⁵²⁸ Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 29.

te Handlung zu konstruieren, ist daher dogmatisch wenig haltbar. Gegen die Konstruktion der virtuellen Anwesenheit spricht ferner der Ausgangspunkt des Vorschlags selbst. Denn dieser Vorschlag beruht darauf, dass bei den abstrakten Gefährdungsdelikten zur Frage der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts alleine auf den Handlungsort abgestellt werden müsse, weil es bei diesen Delikten keinen Erfolgsort gebe.¹⁵²⁹ Wie im Folgenden gezeigt wird, ist dies aber nicht der Fall. Allein das Argument, dass abstrakte Gefährdungsdelikte keinen Erfolgsort aufweisen, kann im Umkehrschluss daher nicht als Begründung dafür gereichen, einen weiteren Handlungsort ins Leben zu rufen.

III. Der Ort des zum Tatbestand gehörenden Erfolges, § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB

Begründet man über die Handlung keine Inlandstat, so bleibt nur der Weg über § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB. Es müsste ein zum Tatbestand gehörender Erfolg eingetreten sein. Das Problem liegt allerdings darin, dass es sich bei § 16 Abs. 1 UWG um ein abstraktes Gefährungsdelikt handelt.¹⁵³⁰ Bei diesen Delikten ist die typischerweise gefährliche Handlung unter Strafe gestellt, ohne dass es im konkreten Fall zu einer Gefahr gekommen sein muss. Bei § 16 Abs. 1 UWG reicht es daher, dass Angaben in der vom Tatbestand beschriebenen Weise mit einem bestimmten Inhalt gemacht werden. Ein Erfolg, wie man ihn bei Erfolgsdelikten kennt, wird vom Tatbestand nicht verlangt. Ob § 16 Abs. 1 UWG als ein abstraktes Gefährungsdelikt einen Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB haben kann, wird daher sehr unterschiedlich beantwortet.

1. Auffassungen in der Literatur und der Rechtsprechung

Die in der Anfangszeit der juristischen Auseinandersetzungen mit den rechtlichen Problemen im Internet und aus chronologischer Sicht in der Literatur zuerst vertretene Ansicht war der Auffassung, dass das deutsche Strafrecht ohne weiteres zur Anwendung kommt.¹⁵³¹ Man bezeichnete diese Meinung sogar als die für den Bereich der Kriminalität im Internet herrschende.¹⁵³²

¹⁵²⁹ Vgl. *Basak*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 9 Rdn. 9 f.; *Cornils*, JZ 1999, 394 (395); *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 9 Rdn. 6a.

¹⁵³⁰ Siehe aber *Hernández*, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung, S. 210 ff., 215 f. und *Roth*, Strafbare Werbung und die Neuen Medien, S. 147, die davon ausgehen, dass § 16 Abs. 1 UWG ein abstrakt-konkretes Gefährungsdelikt sei. Hinter dieser Einordnung steht offensichtlich das Verlangen des Eignungselements im System des § 16 Abs. 1 UWG. Dennoch ist § 16 Abs. 1 UWG als ein abstraktes Gefährungsdelikt einzustufen, denn das Eignungselement hat nicht nur eine tatbestandsbeschränkende Wirkung, sondern auch eine tatbestandsausweitende Wirkung, siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (c).

¹⁵³¹ Vgl. *Beisel/Heinrich*, CR 1997, 360 (363); *Collardin*, CR 1995, 618 (620); *Conradi/Schlömer*, NSTZ 1996, 366 (368 f.); *Kuner*, CR 1996, 453 (455 f.); *Löhnig*, JR 1997, 496 (496); *Sieber*, JZ 1996, 429 (430, Fn. 10).

¹⁵³² Vgl. *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte im Internet, S. 117.

Der zunächst vorherrschenden Meinung, sämtliche Delikte, die im Internet begangen werden, könnten der deutschen Strafgewalt unterstellt werden, erteilte allerdings *Hilgendorf* bereits im Jahr 1997 eine Absage. Er lehnte die Anwendung des Ubiquitätsprinzips auf abstrakte Gefährdungsdelikte ab, da sich bei diesem Deliktstypus für die Begründung des Tatortes jedenfalls nicht auf eine Gefahrverursachung abstellen lasse.¹⁵³³ Zur Unterstützung seiner These knüpfte er vor allem an den Wortlaut des § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB an. Da dieser einen „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ erfordere, könnten auch nur diejenigen rein tatsächlich feststellbaren Veränderungen in der Außenwelt für dessen Anwendung maßgeblich sein, die sich unter den Tatbestand einer Strafrechtsnorm subsumieren ließen.¹⁵³⁴ Aus diesem Grund könne ein inländischer Tatort nicht begründet werden, soweit die Handlung ausschließlich im Ausland vollzogen wurde. Die Abrufbarkeit im Inland könne an diesem Ergebnis nichts ändern, da diese lediglich eine Auswirkung der Tat, jedoch gerade nicht den vom Wortlaut des Gesetzes in § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB geforderten, zum Tatbestand gehörenden Erfolg darstelle.¹⁵³⁵ Der Sichtweise *Hilgendorfs* schließen sich zahlreichen Autoren an.¹⁵³⁶ *Satzger* weist außerdem auf §§ 153 ff. StGB hin. Dass abstrakte Gefährdungsdelikte keinen Erfolg i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB haben könnten, ergäbe sich auch aus den Tatbeständen der §§ 153 ff. StGB. Wenn eine solche Tat im Ausland begangen werde und eine uneidliche Aussage, ein Meineid oder eine falsche Versicherung an Eides Statt in einem Verfahren getätigt würden, welches in Deutschland anhängig sei, so gelte gemäß § 5 Nr. 10 StGB das deutsche Strafrecht „unabhängig vom Recht des Tatortes“. Weil die §§ 153 ff. StGB ebenso abstrakte Gefährdungsdelikte sind,¹⁵³⁷ wäre diese Regelung überflüssig, wenn die abstrakten Gefährdungsdelikte einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg hätten, der wiederum tatortbegründend wirken würde.¹⁵³⁸

Die Gegenansicht geht dagegen davon aus, dass auch die abstrakten Gefährdungsdelikte einen Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB haben können. Ein Erfolgsort sei überall dort anzunehmen, wo die abstrakte in eine konkrete Gefahr umschlagen könne, also im

¹⁵³³ *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873 (1875).

¹⁵³⁴ *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873 (1876).

¹⁵³⁵ *Hilgendorf*, NJW 1997, 1873 (1876); *Hilgendorf*, ZStW 113 (2001), 650 (662 f.).

¹⁵³⁶ KG NJW 1999, 3500 (3501 f.) – Zeigen des „Hitlergrußes“ bei Fußballspiel im Ausland; *Amboß/Ruegenberg*, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 31; *Barton/Gercke/Janssen*, wistra 2004, 321 (323); *Basak*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 9 Rdn. 9 f.; *Böse*, in: NK-StGB, § 9 Rdn. 12; *Cornils*, JZ 1999, 394 (395); *Fischer*, StGB, § 9 Rdn. 5c; *Klengel/Heckler*, CR 2001, 243 (248); *Körber*, Rechtsradikale Propaganda im Internet, S. 147; *Lackner/Kühl*, StGB, § 9 Rdn. 2; *Römer*, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte im Internet, S. 126 ff.; *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, § 9 Rdn. 7.

¹⁵³⁷ Statt vieler *Lenckner/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, Vor §§ 153 ff. Rdn. 2a.

¹⁵³⁸ *Satzger*, Jura 2010, 108 (113); *Satzger*, NStZ 1998, 112 (116); *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 5 Rdn. 27.

gesamten Gefahrenkreis um die Gefahrenquelle.¹⁵³⁹ *Martin*, der seine Untersuchung speziell im Hinblick auf Umweltstraftaten führt, fasst diese Ansicht folgendermaßen zusammen: „Die abstrakte Gefahr ist der Erfolg des abstrakten Gefährdungsdelikts.“¹⁵⁴⁰ *Germann* verweist auf Parallelen im Bereich der Produkthaftung, die ebenfalls auf abstrakten Gefährdungstatbeständen beruht. Hier werde für die räumliche Anwendbarkeit regelmäßig auch an den Ort angeknüpft, an dem sich das Produktrisiko verwirkliche.¹⁵⁴¹ *Barton* weist darauf hin, dass Umweltstraftaten physisch nicht erfahrbar und dennoch gesundheitsbedrohend seien, und diese Merkmale sich auch auf die Internetdelinquenz übertragen ließen, da Rechtsmissbräuche im internationalen Datenverkehr nicht weniger gefährlich seien. Die Anonymität, die einfache Handhabung der Datennetze sowie die zum Teil relative geringe Wahrscheinlichkeit, entdeckt zu werden, würden ein hohes Gefährdungspotential für Rechtsgüter schaffen.¹⁵⁴² Er geht also davon aus, dass der Täter einer im Internet begangenen Straftat ebenso wie ein Umweltstraftäter sein Handeln, also die Speicherung strafbarer Inhalte auf ausländischen Servern, gerade deshalb ins Ausland verlagert, um dem Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts zu entgehen.

Nicht nur im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass die abstrakten Gefährdungsdelikte einen Erfolgsort i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB haben können. Auch der BGH bejahte in der „*Auschwitzlüge im Internet*“-Entscheidung die Strafbarkeit wegen Volksverhetzung gemäß § 130 StGB und erklärte, dass abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte ebenso wie abstrakte Gefährdungsdelikte in den Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts fallen, da die abstrakt-konkreten Gefährdungsdelikte eine Untergruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte darstellen,¹⁵⁴³ auch in den Internet-Fällen für eröffnet. Zu diesem Ergebnis gelangt der BGH durch eine Auslegung des Begriffs „zum Tatbestand gehörender Erfolg“, die auf der Ratio des § 9 StGB gründet. Danach müsse das deutsche Strafrecht immer dann Anwendung finden, wenn es im Inland zur Schädigung oder Gefährdung von Rechtsgütern kommt, deren Vermeidung Zweck der betreffenden Strafnorm ist, wobei dies selbst dann gelte, wenn die Tathandlung im Ausland vorgenommen wird. Daraus zieht der BGH den Schluss, dass der Begriff des zum Tatbestand gehörenden Erfolges

¹⁵³⁹ *Hecker*, ZStW 115 (2003), 880 (886 ff.); *Heinrich*, GA 1999, 72 (75 ff.); *Hoyer*, in: SK-StGB, § 9 Rdn. 7; *Jofer*, Strafverfolgung im Internet, S. 104 ff.; *Kindhäuser*, in: Lehr- und Praxiskommentar, § 9 Rdn. 24; *Lehle*, Der Erfolgsbegriff und die deutsche Strafrechtsweständigkeit im Internet, S. 102 ff.; *Lesch*, wistra 2005, 241 (242); *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 152 ff., 155; *Poenig*, Die strafrechtliche Haftung des Linkanbieters im Ausland nach deutschem Recht, S. 176 ff.; *Rath*, JA 2006, 435 (438); *Werle/Jeßberger*, in: LK, § 9 Rdn. 33 f.; *Zöller*, in: AnwaltK-StGB, § 9 Rdn. 22.

¹⁵⁴⁰ *Martin*, ZRP 1992, 19 (20 f.).

¹⁵⁴¹ *Germann*, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, S. 234 (Fn. 496).

¹⁵⁴² *Barton*, Multimedia-Strafrecht, Rdn. 213.

¹⁵⁴³ BGH NJW 1999, 2129 (2129) – *Gefährdungseignetheit einer Handlung im Außenwirtschaftsstrafrecht*; *Heine/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 306 ff. Rdn. 4; *Lackner/Kühl*, StGB, Vor § 13 Rdn. 32; *Roxin*, Strafrecht AT I, § 10 Rdn. 124; § 11 Rdn. 162.

im Rahmen des § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB nicht unter Heranziehung der Begriffsbildung, die der allgemeinen Tatbestandslehre zugrunde liegt, ausgelegt werden kann.¹⁵⁴⁴

2. Stellungnahme

Dem BGH ist zu folgen. Vor allem ist festzustellen, dass es nicht dem rechtspolitischen Willen des Gesetzgebers entsprechen kann, dem Täter die Wahl des anwendbaren Strafrechts zu überlassen, indem bei abstrakten Gefährdungsdelikten ausschließlich auf den Handlungsort abgestellt wird, weil der Täter aus sicherer Entfernung agiert.

Neben dieser rechtspolitischen Sichtweise sprechen weitere Gründe für die Annahme eines Erfolgsortes im Sinne des § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten. Mit den Tatbeständen der abstrakten Gefährdungsdelikte bezweckt der Gesetzgeber, einen umfassenden Strafrechtsschutz von sensiblen Rechtsgütern zu etablieren. Genau aus diesem Grund ist es bei abstrakten Gefährdungsdelikten nicht notwendig, neben der Handlung eine Verletzung eines Rechtsgutes zu verlangen.¹⁵⁴⁵ Folge dieser materiellen Vorverlagerung der Strafbarkeit sollte auch eine räumliche Ausdehnung des Anwendungsbereiches des deutschen Strafrechts sein.¹⁵⁴⁶ Es wäre aber kontraproduktiv, durch die Festlegung auf einen engen Erfolgsbegriff ungewollte Strafbarkeitslücken entstehen zu lassen. Mit einem Rückschluss aus der Betrachtung der konkreten Gefährdungsdelikte kann dieses Ergebnis bestärkt werden. Wie *Heinrich* zutreffend darauf hinweist, verlangen auch konkrete Gefährdungsdelikte keine Außenweltveränderung. Es ist hier lediglich – im Vergleich zu den abstrakten Gefährdungsdelikten – erforderlich, dass sich die Intensität der Gefahr bis zu einem gewissen Grad verdichtet hat, so dass die Möglichkeit eines Verletzungserfolges wesentlich wahrscheinlicher ist. Dennoch wird heute kaum mehr bestritten, dass die konkrete Gefährdung als „zum Tatbestand gehörender Erfolg“ anzusehen ist.¹⁵⁴⁷

Dass es nicht von vornherein ausgeschlossen ist, auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten von einem tatbestandlichen Erfolg zu sprechen, ergibt sich auch aus folgenden Überlegungen:

Der Begriff des „tatbestandsmäßigen Erfolges“ kommt nicht nur in § 9 StGB vor, sondern wird explizit auch in § 13 StGB verwandt. Es entspricht der allgemein akzeptierten Auffassung, dass abstrakte Gefährdungsdelikte auch durch Unterlassen begangen werden

¹⁵⁴⁴ BGHSt 46, 212 (220) – *Auschwitzlüge im Internet*; nicht ganz eindeutig (und daher zu Recht kritisch *Becker*, NSTZ 2015, 83, 83 f.) aber tendenziell ebenso in diese Richtung BGH NSTZ 2015, 81 (Rdn. 8) – *Öffentliches Verwenden von Kennzeichen durch Upload bei „YouTube“ und „Facebook“*.

¹⁵⁴⁵ Vgl. nur *Roxin*, Strafrecht AT I, § 10 Rdn. 124; § 11 Rdn. 153.

¹⁵⁴⁶ Vgl. *Tiedemann/Kindhäuser*, NSTZ 1988, 337 (346).

¹⁵⁴⁷ *Heinrich*, GA 1999, 72 (78); siehe auch Fn. 1505.

können.¹⁵⁴⁸ Der Tatbestand des § 13 StGB setzt jedoch voraus, dass der Täter es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört. Geht man davon aus, dass es einen solchen Erfolg beim abstrakten Gefährdungsdelikt aber gerade nicht gibt, müsste man konsequenterweise die Möglichkeit einer Begehung durch Unterlassen ablehnen, was jedoch überwiegend nicht getan wird. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Begriff des Erfolgsortes in § 9 StGB nicht im Sinne der allgemeinen Tatbestandslehre verstanden wird.¹⁵⁴⁹ Auch die bisherige Rechtsprechung zu § 78a StGB, in der bei abstrakten Gefährdungsdelikten ein „zum Tatbestand gehörender Erfolg“ i.S.d. § 78a Satz 2 StGB durchaus für möglich gehalten wird,¹⁵⁵⁰ bestätigt dies. Denn die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet und nicht nur vollendet ist. Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten kann infolge der Vorverlagerung die Vollendung durch die Erfüllung des Tatbestandes bereits im Vorfeld eintreten. Eine Beendigung der Straftat liegt dagegen erst dann vor, wenn die Verletzung des geschützten Objekts eingetreten ist, bzw. wenn die Gefährdung weggefallen ist. Als Grund für die zeitliche Ausdehnung kann aber lediglich die allein andauernde abstrakte Gefahr herangezogen werden, weil nur diese nach Erfüllung der Tatbestandsmerkmale noch fort dauert.

Nicht durchgreifend ist auch der systematische Einwand, § 5 Nr. 10 StGB sei auf Grundlage der hier vertretenen Ansicht überflüssig. Es ist durchaus möglich, § 5 Nr. 10 StGB als Klarstellung zu begreifen.¹⁵⁵¹ Im Übrigen behält § 5 Nr. 10 StGB auch nach der hier vertretenen Ansicht einen eigenständigen Anwendungsbereich, so auch Straftaten gegen die Rechtspflege erfasst werden, bei denen eine konkrete Gefahr nicht eingetreten ist.¹⁵⁵²

Für die hier vertretene Ansicht spricht ferner die Entstehungsgeschichte des § 9 StGB. Während die bis 1975 geltende Vorschrift des § 3 Abs. 3 StGB a.F.¹⁵⁵³ als Tatort neben dem Ort der Handlung schlicht den Ort des Erfolges nannte, wird nun in § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB auf den „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ abgestellt. Bis zur gesetzlichen Änderung im Jahre 1975 wurde ausnahmslos angenommen, dass bei abstrakten Gefährdungsdelikten der Ort des tatbestandlichen Erfolges auch der Ort sei, an dem aus einer abstrakt gefährlichen Handlung eine konkrete Gefahr entstehe.¹⁵⁵⁴ Der neue Gesetzeswortlaut des

¹⁵⁴⁸ Vgl. zur Unterlassungstäterschaft beim abstrakten Gefährdungsdelikt: BGHSt 38, 325 (331) – *Garantenstellung der Bürgermeister für Abwasserbeseitigung*; Fischer, StGB, § 13 Rdn. 3; Lackner/Kühl, StGB, § 13 Rdn. 6; Stree/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rdn. 3.

¹⁵⁴⁹ Zutreffend Heinrich, GA 1999, 72 (77 f.).

¹⁵⁵⁰ BGHSt 36, 255 (257) – *Abfüllanlage*; zustimmend sogar Lackner/Kühl, StGB, § 78a Rdn. 3 (vgl. Fn. 1536).

¹⁵⁵¹ Rath, JA 2006, 435 (438).

¹⁵⁵² Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 34.

¹⁵⁵³ Geändert durch das 2. StrRG vom 4.7.1969, BGBl. I vom 10.7.1969, S. 717, in Kraft getreten am 1.1.1975 (Gesetz vom 30.7.1973, BGBl. I vom 2.8.1973, S. 909).

¹⁵⁵⁴ Z.B. OLG Köln NJW 1968, 954 (954) – *Unterhalt*; für weitere Nachweise siehe Heinrich, GA 1999, 72 (77).

§ 9 Abs. 1 3. Alt. StGB zwingt aber nicht zu einer anderen Auslegung. Es findet sich kein Beleg für die Annahme, der Gesetzgeber habe mit der Formulierung des „zum Tatbestand gehörenden Erfolges“ bezweckt, die seinerzeit herrschende Auffassung zum Tatort abstrakter Gefährdungsdelikte einzuschränken und den Anwendungsbereich des § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB auf Erfolgsdelikte zu begrenzen.¹⁵⁵⁵ Zweck der Gesetzesänderung war allein die Klarstellung, dass der Eintritt des Erfolges in enger Beziehung zum Straftatbestand zu sehen ist.¹⁵⁵⁶

IV. Zwischenfazit

Es bleibt damit festzuhalten, dass die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts durch das Ubiquitätsprinzip nicht nur in den Fällen, in denen der Täter von Deutschland aus irreführende Angaben in das Internet eingestellt hat, unabhängig davon, ob sich der Server des Auktionshauses im Inland (eBay.de) oder Ausland (eBay.fr) befindet, begründet wird, sondern auch in den Fällen, in denen der Täter vom Ausland aus irreführende Angaben in das Internet eingestellt hat, wiederum unabhängig davon, ob sich der Server des Auktionshauses im Inland (eBay.de) oder Ausland (eBay.fr) befindet. Unerheblich ist ferner, ob der Anbieter seinen eBay-Account auf der Website von eBay.de oder von eBay.fr angemeldet hat.

V. Mögliche Anknüpfungspunkte für die Einschränkung des Ubiquitätsprinzips im Internet

Das obige Ergebnis bringt aber eine höchst unerwünschte Strafverfolgungskompetenz mit sich, da wegen der im Internet quasi unvermeidlichen Abrufbarkeit der Inhalte sonst auch in Deutschland in jedem Fall deutsches Strafrecht Anwendung finden muss. Zwar hat der Ständige Internationale Gerichtshof in der berühmten „Lotus“-Entscheidung¹⁵⁵⁷ die Befugnis eines Staates, seine Regelungsgewalt auf Vorgänge mit Auswirkungen auf das Staatsgebiet zu erstrecken und damit seine Strafgewalt auf einen Ausländer ausüben zu können, anerkannt.¹⁵⁵⁸ Der Ständige Internationale Gerichtshof hat aber auch festgehal-

¹⁵⁵⁵ Vgl. BT-Drucks. 4/650, S. 113: „§ 9 Abs. 1 verdeutlicht das geltende Recht.“

¹⁵⁵⁶ Ebenso Finke, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, S. 49; Heinrich, GA 1999, 72 (77); Sieber, NJW 1999, 2065 (2069); Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 33; Zöller, in: AnwaltK-StGB, § 9 Rdn. 22; a.A. BGH NSTZ 2015, 81 (Rdn. 8) – *Öffentliches Verwenden von Kennzeichen durch Upload bei „YouTube“ und „Facebook“*; Duesberg, JA 2008, 270 (273).

¹⁵⁵⁷ Diese Entscheidung ist bis heute die einzige des Ständigen Internationalen Gerichtshofes zu der Frage des Strafanwendungsrechts, weshalb sie auch heute von großer Bedeutung ist, obwohl sie gemäß Art. 59 IGH-Statut lediglich Wirkung inter partes entfaltet und daher grundsätzlich nur für die Streitparteien bindend ist. In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob die Türkei einen französischen Offizier wegen eines fahrlässig herbeigeführten Zusammenstoßes zwischen dem französischen Dampfer „Lotus“ und dem türkischen Dampfer „Boz-Kourt“ auf hoher See, bei dem acht türkische Seeleute und Passagiere starben, vor den türkischen Gerichten aburteilen dürfe, vgl. StIGHE 5, 71 (80 ff.).

¹⁵⁵⁸ StIGHE 5, 71 (89 ff., insbesondere 90 f., 93, 97, 105) – *Lotus*.

ten, dass für diese Befugnis ein „sinnvoller Anknüpfungspunkt“¹⁵⁵⁹ („genuine link“) zum anknüpfenden Staat bestehen soll.¹⁵⁶⁰ Wenn also ein Staat sein Strafrecht ohne einen solchen sinnvollen Anknüpfungspunkt auf einen Sachverhalt mit Auslandsberührung anwendet, handelt er willkürlich und verstößt gegen das Nichteinmischungsprinzip.¹⁵⁶¹ Um dem Interventionsverbot des Völkerrechts Rechnung zu tragen, werden daher zahlreiche Kriterien vorgeschlagen:

1. Bisherige Einschränkungsvorhaben

Der BGH fragt, ob im konkreten Fall ein „völkerrechtlich legitimierender Anknüpfungspunkt“ gegeben ist. Er führt im Hinblick auf § 130 StGB aus, dass ein völkerrechtlich legitimierender Anknüpfungspunkt im konkreten Fall bestehe. Denn die Tat betreffe ein gewichtiges inländisches Rechtsgut, das zudem objektiv einen besonderen historischen Bezug auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufweise. Dies rechtfertigt der BGH mit Überlegungen zur Herrschaft des Nationalsozialismus und den damit verbundenen Verbrechen an den Juden.¹⁵⁶²

Teilweise wird vorgeschlagen, die weite Auslegung des Erfolgsortes durch eine „subjektive Komponente“ einzuschränken. Die Tat solle nur dann dem deutschen Strafrecht unterfallen, wenn der Täter ein „*finales Tatinteresse*“ an dem Wirkungsort Deutschland hat. Der Täter müsse den Erfolg also gerade in Deutschland herbeiführen wollen. Eine Verfolgung wegen einer Inlandstat sei nur gerechtfertigt, wenn der Täter mit direktem Vorsatz in Deutschland hätte handeln wollen. Dies wird abgeleitet aus dem dem § 9 Abs. 1 StGB zugrundeliegenden gesetzgeberischen Willen, nur finale Eingriffe erfassen zu wollen, die sich in ihrem Wirkungsbereich eingrenzen lassen, wie es bei Pistolenschüssen über die Grenze der Fall sei.¹⁵⁶³

Teilweise wird bei einer weiten Auslegung des Erfolgsortes i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB angenommen, dass es eine „objektive Komponente“ geben müsse, um die deutsche Straf-

¹⁵⁵⁹ Der Ständige Internationale Gerichtshof nahm den Eintritt eines Erfolges (der Tod der türkischen Seeleute) auf dem türkischen Schiff an, das dem Gebiet der Türkei zuzuordnen sei, so dass die Türkei dazu berechtigt sei, die Tat zu verfolgen, vgl. StIGHE 5, 71 (94 f.) – *Lotus*.

¹⁵⁶⁰ Vgl. Rotsch, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Vor §§ 3 ff. StGB Rdn. 12; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 4 Rdn. 2; Werle/Jeffberger, JuS 2001, 35 (36).

¹⁵⁶¹ Die UN haben in ihrem Beschluss „Declaration on Principles of International Law concerning Friendly and Cooperation among States in accordance with the Charter of the UN“ vom 24.10.1970 angenommen, dass jeder Staat die Pflicht habe, sich nicht in die Angelegenheiten einzumischen, die der inneren Jurisdiktion eines anderen Staates unterstehen. Der Grundsatz der souveränen Gleichheit ist gewohnheitsrechtlich und vertragsrechtlich in Art. 2 Nr. 1 UN-Charta niedergelegt. Gemäß Art. 25 GG geht der völkerrechtliche Grundsatz der Nichteinmischung als allgemeine Regel von deutschen Gesetzen im Rang vor, vgl. BGHSt 27, 30 (31 f.) – *Anwendung des Weltrechtsprinzips auf unbefugten Betäubungsmittelvertrieb*; Ambos, Internationales Strafrecht, § 2 Rdn. 5.

¹⁵⁶² BGHSt 46, 212 (224) – *Auschwitzlüge im Internet*.

¹⁵⁶³ Vgl. Collardin, CR 1995, 618 (620); Derksen, NJW 1997, 1878 (1881); Ringel, CR 1997, 302 (302); Stögmüller, K&R 2002, 27 (32).

hoheit einzuschränken. Als mögliches Kriterium wird die Sprache angeführt.¹⁵⁶⁴ Territorial auf Deutschland spezifiziert können Inhalte im Internet etwa dann sein, wenn sie in deutscher Sprache erscheinen, sich speziell auf deutsche Sachverhalte oder Personen beziehen oder wenn aus sonstigen Gründen ein besonderer, für andere Länder nicht vorliegender Anknüpfungspunkt an Deutschland gegeben ist.¹⁵⁶⁵

Andere nehmen die in § 7 StGB aufgeführten Anknüpfungspunkte als Anhaltspunkte für einen Inlandsbezug bei der Bestimmung des Erfolgsortes i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB. Es wird davon ausgegangen, dass neben den Voraussetzungen des § 9 StGB die des § 7 StGB gegeben sein müssen. Demnach läge eine Inlandstat des extritorial handelnden Anbieters nur dann vor, wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg i.S.d. § 9 StGB in Deutschland eingetreten ist, sich die Tat gegen einen Deutschen richtet (arg. e § 7 Abs. 1 StGB), der Täter zur Zeit der Tat Deutscher war bzw. es nach der Tat geworden ist (arg. e § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) oder der Täter zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland angetroffen wird und nicht ausgeliefert wird (arg. e § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB).¹⁵⁶⁶ Es wird auch die Ansicht vertreten, dass eine analoge Anwendung des Prinzips der identischen Norm aus § 7 StGB auf § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB eine adäquate Lösung sei. Dies habe zur Folge, dass am Tatort straffreie Handlungen nicht dem deutschen Strafrecht unterliegen.¹⁵⁶⁷

Teilweise wird eine Lösung über die Anwendung des Verbotsirrtums gesucht. Es wird davon ausgegangen, dass das Gebot einer wie auch immer gearteten teleologischen Reduktion weder erforderlich noch dogmatisch richtig sei. Vielmehr gelte es, auf der Ebene der Schuld zu berücksichtigen, dass der Täter wahrscheinlich von den relevanten Normen des deutschen Strafrechts keine Kenntnis hatte und auch nicht haben konnte. Dementsprechend läge ein Irrtum vor, und § 17 StGB käme zur Anwendung.¹⁵⁶⁸

Einen völlig neuen Weg geht *Sieber*. Nach ihm erfasst der Erfolgsbegriff in § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB auch einen Tathandlungserfolg, d.h. „jede vom Täter verursachte, ihm zurechenbare und im einschlägigen Tatbestand genannte Folge seiner Handlung“. ¹⁵⁶⁹ Maßgeblich muss somit eine Auslegung im Ergebnis am jeweils einschlägigen Tatbestand ausgerichtet sein. Für das von *Sieber* der Untersuchung zugrundegelegte Zugänglichmachen von Schriften ist deshalb der Tatort des Äußerungsdelikts im Internet auch dann in Deutschland gegeben, wenn der Täter seine Daten vom Ausland aus gezielt auf einen sich

¹⁵⁶⁴ Römer, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte im Internet, S. 129 ff.

¹⁵⁶⁵ Hilgendorf, NJW 1997, 1873 (1876 f.); Hilgendorf, ZStW 113 (2001), 650 (670); Kindhäuser, in: Lehr- und Praxiskommentar, § 9 Rdn. 25; Koch, JuS 2002, 123 (127).

¹⁵⁶⁶ Breuer, MMR 1998, 141 (144).

¹⁵⁶⁷ Kienle, Internationales Strafrecht und Straftaten im Internet, S. 173 ff.; Lagodny, JZ 2001, 1198 (1200).

¹⁵⁶⁸ Jofer, Strafverfolgung im Internet, S. 114 ff.

¹⁵⁶⁹ Sieber, NJW 1999, 2065 (2070).

in Deutschland befindlichen Rechner übermittelt.¹⁵⁷⁰ Bei dem Fall, dass die inkriminierte Schrift vom Ersteller jedoch lediglich auf einem Internet-Server im Ausland gespeichert und dann selbständig von einem Nutzer in Deutschland abgerufen werde, könne gerade nicht von einem „Zugänglichmachen“ in Deutschland gesprochen werden. Entscheidend sei damit, wo der Täter die Möglichkeit der Kenntnisnahme eröffne. Dagegen könne dem Ersteller nicht zugerechnet werden, wenn ein Nutzer die im Ausland gespeicherten Daten selbstverantwortlich nach Deutschland transferiere. In technischer Hinsicht sei somit zwischen den sog. Push-Technologien, bei denen vom Ausland aus die Daten aktiv auf in Deutschland befindliche Computersysteme übermittelt werden, und sog. Pull-Technologien, bei denen von Deutschland aus die Daten im Ausland abgeholt werden, zu differenzieren.¹⁵⁷¹

2. Bewertung

Das Telos des § 9 StGB besteht in der Herausarbeitung eines sinnvollen völkerrechtlich legitimierenden Anknüpfungspunktes im Sinne eines besonderen territorialen Bezugs zur Bundesrepublik Deutschland, damit die inländische Strafgewalt eingreifen kann. Wenn also der BGH einen „völkerrechtlich legitimierenden Anknüpfungspunkt“ verlangt, ist dies in der Regel eine nichtssagende und deshalb überflüssige Leerformel, die das juristisch Selbstverständliche besagt.¹⁵⁷² Für die Anwendung des § 16 Abs. 1 UWG auf Auslandstaten bietet der BGH somit wenig Kontur. Übrigens kann der besondere Bezug zur Geschichte Deutschlands als Filter für die Anwendung des deutschen Strafrechts nicht als ausschlaggebendes Argument herangezogen werden.¹⁵⁷³ Es ist nicht erklärbar, warum das deutsche Strafrecht bei Internetstraftaten unter historischem Bezug Anwendung finden soll. Vielmehr soll der Bezug zu gewichtigen Rechtsgütern ausreichend sein, einen sinnvollen Anknüpfungspunkt einer völkerrechtlichen Legitimation anzunehmen. Hält man sich die Schutzzwecktrias des § 16 Abs. 1 UWG vor Augen, also den Schutz der Verbraucher und Mitbewerber und deren berechtigtes Vertrauen in die Lauterkeit der Wirtschaftsordnung, so kann man eine Gleichgewichtigkeit nur mit Mühe absprechen,¹⁵⁷⁴ weil der Verletzung dieser Rechtsgüter durch das UWG gerade vorgebeugt werden soll, und

¹⁵⁷⁰ Im Unterschied zu den Vertretern der „virtuellen Anwesenheit“ verneint *Sieber* den Erfolg i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB bei abstrakten Gefährdungsdelikten nicht, denn er knüpft nicht an den Erfolgsbegriff der Tatbestandslehre an, sondern legt den Begriff des Erfolges weiter aus, so wie dies bei den §§ 13, 78a StGB der Fall ist. Ein Erfolg i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB liege vor, wenn sich die abstrakte Gefahr in Deutschland realisiere, NJW 1999, 2065 (2068 ff.).

¹⁵⁷¹ *Sieber*, NJW 1999, 2065 (2071).

¹⁵⁷² Zutreffend *Morozinis*, GA 2011, 475 (480), siehe auch *Basak*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 9 Rdn. 16.

¹⁵⁷³ So auch *Clauß*, MMR 2001, 232 (233).

¹⁵⁷⁴ *Roth*, Strafbare Werbung und die Neuen Medien, S. 166.

zwar auch in Bezug auf das Machen von irreführenden Angaben vom Ausland aus in Richtung inländischer Teilnehmer an einer Online-Auktion.¹⁵⁷⁵

Gegen eine Einschränkung der deutschen Strafhoeheit mittels der subjektiven Komponente spricht, dass das Strafanwendungsrecht nicht Teil des Tatbestandes ist und infolgedessen auch kein Vorsatz bezüglich des Handelns erforderlich ist.¹⁵⁷⁶ Diese Auffassung birgt des Weiteren ein Problem im Hinblick auf die praktische Handhabung. Die fehlende Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts wirkt sich nicht nur in materieller Hinsicht aus, sondern würde auch ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis darstellen.¹⁵⁷⁷ Ein solches Verfahrenshindernis kann jedoch von vornherein eine Sachprüfung durch das Gericht verhindern, so dass dessen Vorliegen nicht bejaht werden kann, wenn hierfür erst die Beweislage gewürdigt und zu diesem Zweck die Motive des Angeklagten erforscht werden müssten. Gerade eine solche Feststellung wäre jedoch vorab, unter Umständen im Rahmen eines umfangreichen Verfahrens, erforderlich, um sicher davon ausgehen zu können, dass der Täter eben gerade Auswirkungen seiner im Ausland vorgenommenen Handlungen im Inland bezweckt habe.¹⁵⁷⁸

Auch die Anlehnung an die Anknüpfungspunkte des § 7 StGB erscheint wenig befriedigend. Es erscheint wenig begreiflich, nur deutsche Staatsbürger zu schützen oder als Täter zu bestrafen.¹⁵⁷⁹ Ebenfalls ist der Vorschlag, § 7 StGB analog anzuwenden und das Bestehen einer identischen Norm zu verlangen, nicht überzeugend. Denn diese Auffassung könnte dazu führen, dass eine Art Straftattourismus dahingehend geschaffen wird, als dass sich der Täter zu einer strafbefreiten Tatbegehung schlicht in ein Land begeben könnte, in dem die Tat nicht strafbar ist („forum shopping“).¹⁵⁸⁰

Auf den ersten Blick ist die gerechtfertigtste Lösung mittels § 17 StGB, als der im Ausland Handelnde grundsätzlich die globale Wirkung seiner in das Internet eingespeisten Inhalte kennt, sich jedoch nicht zugleich zwingend dessen bewusst sein muss, dass diese

¹⁵⁷⁵ Vgl. Heine, in: Koller/Muralt-Müller, Tagung 2001 für Informatikrecht, S. 87 (109).

¹⁵⁷⁶ Vgl. Ambos, Internationales Strafrecht, § 1 Rdn. 9; Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 3; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 3-9 Rdn. 79; Fischer, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 30; Hecker, Europäisches Strafrecht, § 2 Rdn. 3; Lackner/Kühl, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 10; Miller/Rackow, ZStW 117 (2005), 379 (414); Safferling, Internationales Strafrecht, § 3 Rdn. 5; Satzger, Jura 2010, 108 (111); Werle/Jeffberger, in: LK, Vor §§ 3 ff. Rdn. 452.

¹⁵⁷⁷ Vgl. BGHSt 34, 1 (3) – *Erwerb von Betäubungsmitteln im Ausland*; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 3-9 Rdn. 7; Fischer, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 1; Lackner/Kühl, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 10; Safferling, Internationales Strafrecht, § 3 Rdn. 5; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, Vor §§ 3-7 Rdn. 2; Werle/Jeffberger, in: LK, Vor §§ 3 ff. Rdn. 10.

¹⁵⁷⁸ Zutreffend Volk, Glücksspiel im Internet, S. 223.

¹⁵⁷⁹ Statt vieler Hilgendorf, ZStW 113 (2001), 650 (664); Koch, GA 2002, 703 (711); Mintas, Glücksspiele im Internet, S. 172; Pelz, ZUM 1998, 530 (531); Römer, Verbreitungs- und Äußerungsdelikte im Internet, S. 131.

¹⁵⁸⁰ Hilgendorf, ZStW 113 (2001), 650 (665); Müller, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Hyperlinks nach deutschem und Schweizer Recht, S. 222 f.; Roth, Strafbare Werbung und die Neuen Medien, S. 170; siehe auch Koch, GA 2002, 703 (711 f.).

Inhalte nach einer ausländischen Rechtsnorm strafbar sein können. Richtig ist also bei dieser Lösung, dass grundsätzlich nicht von jedem Internetnutzer verlangt werden kann, vor der Einstellung von Inhalten Informationen über die Rechtsordnungen und Strafvorschriften anderer Staaten einzuholen. Bereits der BGH beschränkte Anfang der 1950er die Forderung des Einsatzes aller Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen zur Vermeidung eines Verbotsirrtums auf die Vorstellungen der jeweiligen Rechtsgemeinschaft, in der sich der Täter bewegt.¹⁵⁸¹

Der Hinweis, dass § 17 StGB bei einer derartigen Auslegung des § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB als Korrektiv dient, passt allerdings lediglich zu jenen Delikten sehr gut, die in jedem Staat durch die Bewertung auf Grundlage der nationalen Strafrechtsordnungen ein völlig anderes rechtliches Gepräge erhalten. Das Modell der Online-Auktionen beruht dagegen auf einem einfachen Prinzip, nämlich dass jeder Teilnehmer ähnliche Vorstellungen davon hat, welche Eigenschaften von Waren oder Dienstleistungen ein Anbieter in seinem Angebot verbindlich zusagt, so dass der Anbieter über Produkteigenschaften keine irreführende Angaben machen darf. Der Grundsatz des deutschen Strafrechts, dass zur Bejahung der Schuld ein sog. bedingtes Unrechtsbewusstsein genügt,¹⁵⁸² sollte sich deshalb in vollem Umfang ohne weiteres durchsetzen. Es reicht daher die Vorstellung des Anbieters aus, die Angaben seien möglicherweise irreführend und damit verboten. Hinzu kommt die Tatsache, dass irreführende Werbung durch Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) vollharmonisiert geregelt ist.¹⁵⁸³ Demzufolge kann man sehr wohl davon ausgehen, dass ein Anbieter, der im Binnenmarkt geschäftliche Handlungen vornimmt, prinzipiell über die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ausreichend informiert ist.

Aufgrund der Besonderheiten von Online-Auktionen soll auch der Vorschlag von *Sieber* zurückgewiesen werden. Zunächst muss man aber einen Punkt klarstellen: Der Vorschlag von *Sieber*, dass eine aktive Übermittlung von irreführenden Angaben aus dem Ausland nach Deutschland im Wege einer Push-Technologie stattgefunden haben muss, um die Irreführung aus dem Ausland nach § 16 Abs. 1 UWG ahnden zu können, berücksichtigt die Besonderheiten des Internets ausreichend¹⁵⁸⁴ und führt daher zum erwünschten sachgerechten Ergebnis, dass der Täter nach dem deutschen Strafrecht immer zu verantworten hat, wenn er auch aus dem Ausland irreführende Angaben auf eBay.de einspeist. Der Vorschlag trägt darüber hinaus auch dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit genügend Rechnung, weil ein Internetnutzer nicht mit einem Schutz durch § 16 Abs. 1 UWG rech-

¹⁵⁸¹ BGHSt 4, 1 (5) – *Verbotsirrtum*.

¹⁵⁸² Siehe nur *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 17 Rdn. 5a.

¹⁵⁸³ Siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (2) (a) (bb).

¹⁵⁸⁴ *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 3 Rdn. 29; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 5 Rdn. 52.

nen darf, wenn er selbstverantwortlich die Werbeangaben, die offensichtlich nicht auf den deutschen Markt ausgerichtet sind, herunterlädt. Der Vorschlag ist deshalb nicht nur im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des „Zugänglichmachens“ von Äußerungs- und Verbreitungsdelikten zu diskutieren und zu akzeptieren.¹⁵⁸⁵ Das Hauptproblem dieses Vorschlags besteht aber darin, dass der Verbraucher immer schutzlos ist, wenn er sich die Informationen aus dem Ausland holt, unabhängig davon, ob die irreführenden Angaben *auch* auf den deutschen Markt ausgerichtet sind (z.B. die irreführenden Angaben auf eBay.at) oder ob der Verbraucher überhaupt Kenntnis davon hat bzw. haben kann, dass er sich die Informationen von einem ausländischen Server herunterlädt. Ein weiteres Problem besteht darin, dass eine trennscharfe Unterscheidung zwischen der Push- und der Pull-Technologie nicht immer möglich ist¹⁵⁸⁶ und die von *Sieber* angesprochene Technik nicht bei allen Diensten im Internet im herkömmlichen Sinne genutzt wird. Genau das ist aber der Fall bei Online-Auktionen. Denn bei Online-Auktionen besteht das Dreiecksverhältnis zwischen Auktionshaus, Anbieter und Bieter nicht nur in vertragsrechtlicher, sondern auch in technischer Hinsicht. Sowohl das Push-Verfahren als auch das Pull-Verfahren laufen lediglich zwischen dem Server des Auktionshauses und dem Computer des Nutzers. Der Täter „puscht“ zwar Informationen nach Deutschland, diese Informationen werden allerdings nicht „geholt“ im herkömmlichen Sinne. Das Pull-Verfahren findet lediglich zwischen dem Server des Auktionshauses und dem Computer des Nutzers statt. Eine aktive Handlung des Nutzers (Anfrage an die Suchmaschine des Auktionshauses) führt zu einer Reaktion. Sodann erfolgt im Wege eines „zweitens“ Push-Verfahrens – dieses Mal zwischen dem Server des Auktionshauses und dem Computer des Nutzers – eine automatische Datenübermittlung an diesen Nutzer (Anzeige der Trefferliste). Der Vorschlag kann daher auf Online-Auktionen nicht übertragen werden.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine Bestrafung in Anwendung des Ubiquitätsprinzips nur dann möglich sein soll, wenn die Straftat einen *objektiven* Bezug zum Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufweist. Entgegen den Autoren, die ebenfalls eine objektivierte Sichtweise bevorzugen, kann allerdings die Sprache nicht als ausschlaggebendes Indiz für eine territoriale Spezifizierung dienen, da die Verbindung zu einem Land nicht nur in der Sprache besteht, auch wenn dies ein wichtiger Anknüpfungspunkt ist. Freilich

¹⁵⁸⁵ Z.B. (zu §§ 284 ff. StGB) *Volk*, Glücksspiel im Internet, S. 207 f.; *a.A. Klam*, Die rechtliche Problematik von Glücksspielen im Internet, S. 63; zurückhaltend *Mintas*, Glücksspiele im Internet, S. 168; (zu § 16 Abs. 1 UWG) vgl. *Roth*, Strafbare Werbung und die Neuen Medien, S. 155; im Ergebnis aber ablehnend *a.a.O.*, S. 160.

¹⁵⁸⁶ Vgl. nur *Cornils*, JZ 1999, 394 (396); *Hilgendorf*, ZStW 113 (2001), 650 (668); *Koch*, GA 2002, 703 (711); *Müller*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Hyperlinks nach deutschem und Schweizer Recht, S. 224; *Poenig*, Die strafrechtliche Haftung des Linkanbieters im Ausland nach deutschem Recht, S. 174 f.

wird nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland Deutsch gesprochen.¹⁵⁸⁷ Eine irreführende Angabe bei „eBay.at“ dürfte kaum lediglich auf Österreich ausgerichtet sein.¹⁵⁸⁸ Hinzu kommt die Tatsache, dass viele Produkte in englischer Sprache (als Muttersprache des Internets: Lingua Franca) angeboten werden mit der Folge, dass viele Durchschnittsbietler in der Lage sind, das Produkt in einer Fremdsprache auszuwählen und den Bestellvorgang in dieser Sprache zu durchlaufen.¹⁵⁸⁹ Auch der Ansatz, dass eine territoriale Spezifizierung anzunehmen sei, wenn ein Anknüpfungspunkt vorliege, der für andere Staaten gerade nicht vorliegt, dürfte mit der Realität von Online-Auktionen kaum in Einklang stehen.

VI. Zwischenfazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass eine ausufernde Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts anhand der objektiven Kriterien zu beschränken ist. Die Sprache ist sicherlich einer der belangreichsten Anknüpfungspunkte. Sie ist aber allein nicht ausschlaggebend. Man muss daher weitere sinnvolle objektive Anknüpfungspunkte finden.

VII. Internationales Wettbewerbsrecht

Ausgehend vom obigen Ergebnis wäre es zweckmäßig, einen Blick auf die Parallelproblematik im Wettbewerbszivilrecht zu werfen. Zwar verdeutlichen die Verweise in den §§ 17 bis 19 UWG auf § 5 Nr. 7 StGB, dass ein Abweichen von den Grundsätzen der §§ 3 ff. StGB im Wege einer wettbewerbskollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung nicht in Betracht kommt.¹⁵⁹⁰ Dies gilt selbstverständlich auch für § 16 Abs. 1 UWG. Allerdings stellt sich auch im internationalen Wettbewerbsrecht die Frage, ob im Ausland begangene Wettbewerbsverstöße überhaupt unter das deutsche UWG fallen. Auch dort beschäftigt man sich also mit der Frage, wie eng die Bezüge ausländischer Werbung zu Deutschland sein müssen, damit das deutsche Recht Geltung beanspruchen kann.¹⁵⁹¹ Daher können auch die Aspekte des internationalen Wettbewerbsrechts einen sinnvollen Anknüpfungspunkt darstellen, um die Norm § 9 StGB begrenzen zu helfen, insbesondere um die objektiven Kriterien bei § 16 Abs. 1 UWG im Falle einer Auslandsberührung zu bestimmen bzw. zu konkretisieren. Denn nach dem im Wettbewerbsrecht geltenden sog. Marktortprinzip ist maßgeblich das Recht des Ortes, auf dessen Markt eingewirkt wird und mit dessen wettbewerbslichen Interessen es zur Kollision kommt.¹⁵⁹² Um den relevanten

¹⁵⁸⁷ Zöller, in: AnwaltK-StGB, § 9 Rdn. 20.

¹⁵⁸⁸ Vgl. Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 179.

¹⁵⁸⁹ Vgl. Föhlisch, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 13.4 (2012) Rdn. 98.

¹⁵⁹⁰ Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 416; Hausmann/Obergfell, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 42; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 49.

¹⁵⁹¹ Vgl. nur Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 3 f.

¹⁵⁹² Siehe nur BGH GRUR 2014, 601 (Rdn. 38) – *englischsprachige Pressemitteilung*.

Marktort zu bestimmen, kommt es letztendlich auf die Bewertung bestimmter objektiver Indizien an.¹⁵⁹³ Bevor aber auf das Marktortprinzip eingegangen wird, soll das sog. Herkunftslandprinzip besprochen werden, weil es je nach Ansicht entweder das Marktortprinzip verdrängt oder aber zu einer Korrektur des nach dem kollisionsrechtlichen Marktortprinzip festgestellten Ergebnisses auf der Ebene des Sachrechts führt. Die zentrale Frage, die in diesem Kontext zu klären ist, lautet mithin: Wirkt das Herkunftslandprinzip bereits auf der Ebene des Kollisionsrechts als maßgebliches Prinzip zur Bestimmung des Wettbewerbsstatus oder erst auf der Ebene des Sachrechts, indem es bei Binnenmarktsachverhalten das eigentlich zur Anwendung berufene nationale deutsche Wettbewerbs-sachrecht begrenzt?

1. Herkunftslandprinzip

a) Allgemeine Anmerkungen zum Herkunftslandprinzip der ECRL

Für Werbung im Internet gilt im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce Richtlinie: ECRL) das sog. Herkunftslandprinzip. Dies schreibt Art. 3 ECRL den Mitgliedstaaten der EU vor. Diese Vorschrift wurde zunächst durch § 4 TDG von 2001 in das deutsche Recht umgesetzt, dieser Paragraf dann 2007 inhaltsgleich durch § 3 TMG abgelöst.

Das Herkunftslandprinzip besagt, dass in den EU-Mitgliedstaaten niedergelassene geschäftliche Diensteanbieter (also die Anbieter bei Online-Auktionen, die Täter i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG sein können) innerhalb des EU-Raums nur die Vorschriften ihres Niederlassungslandes zu beachten haben, Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 ECRL. Diensteanbieter mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat müssen sich folglich nur nach den nationalen Rechtsnormen richten, eventuell bestehende strengere Anforderungen in einem anderen Mitgliedstaat, in welchem ihr Angebot unter Umständen auch abgerufen werden kann, müssen sie hingegen nicht beachten. Erwägungsgrund 22 der ECRL konkretisiert das Herkunftslandprinzip daher folgendermaßen, dass die Aufsicht über die Dienste der Informationsgesellschaft „am Herkunftsort“ des Diensteanbieters zu erfolgen hat. Die Teledienste sind also „an der Quelle“¹⁵⁹⁴ zu beaufsichtigen. Dementsprechend ist nach § 3 Abs. 2 TMG die Rechtsverfolgung außerhalb des Herkunftslandes untersagt.

Art. 3 ECRL bzw. § 3 TMG betrifft allerdings nur den sog. „koordinierten Bereich“, der in Art. 2 lit. h ECRL näher definiert wird. Nach dieser Vorschrift unterfallen alle rechtlichen Anforderungen, die das Rechtssystem der Mitgliedstaaten an Dienste der Informati-

¹⁵⁹³ Einen sehr guten Überblick liefert *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 224; sowie Gliederungspunkt Teil 4 B VII 2 b).

¹⁵⁹⁴ *Glöckner*, WRP 2005, 795 (802); *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 116.

ongesellschaft und deren Anbieter stellt, dem koordinierten Bereich, und zwar unabhängig davon, ob diese Anforderungen speziell an solche Dienste und Anbieter gestellt werden oder nicht. Unter „Diensten der Informationsgesellschaft“ im Sinne der ECRL sind dabei alle in der Regel gegen Entgelt, elektronisch, im Fernabsatz und auf individuellen Abruf erbrachten Dienstleistungen und damit sämtliche wirtschaftlichen Online-Aktivitäten zu verstehen, Art. 2 lit. a ECRL. Erwägungsgrund 18 der ECRL nennt beispielsweise den Online-Verkauf von Waren. Vom Herkunftslandprinzip werden also sämtliche Aktivitäten sowie alle Anforderungen in Bezug auf die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft und damit auch alle anwendbaren Normen des Werbe- und Wettbewerbsrechts erfasst.¹⁵⁹⁵ Nach Art. 2 lit. h ii) ECRL enthält diese Richtlinie allerdings keine Anforderungen an die Ware als solche, die Lieferung von Waren sowie Dienste, die nicht auf elektronischem Wege erbracht werden. Ein Mitgliedstaat kann also beispielsweise gegen die Erfüllung eines täuschungsbedingten, unseriösen Vertrages vorgehen.¹⁵⁹⁶

Die Anwendung des Herkunftslandprinzips ist für viele Regelungsgebiete natürlich nicht unproblematisch. Daher sehen die Richtlinie sowie das TMG eine Reihe von Ausnahmen vor, die sich in drei Gruppen gliedern lassen: (1) Nichtanwendung der Richtlinie in einigen Gebieten; (2) Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip für einzelne Regelungsbereiche; (3) Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip in Einzelfällen.¹⁵⁹⁷ Daher enthalten § 3 Abs. 3 und Abs. 4 TMG Fälle, in denen das Herkunftslandprinzip nicht für Diensteanbieter nach Abs. 1 und Abs. 2 gelten soll. Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG enthalten weitere Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip. Nach diesen Vorschriften kann sich ein Diensteanbieter ausnahmsweise nach deutschem Recht zu verantworten haben. Die Anforderungen der in Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG genannten Ausnahmen vom Beschränkungsverbot des Art. 3 Abs. 2 ECRL bzw. § 3 Abs. 2 TMG dürfen in diesem Fall strenger sein, als sie das Sachrecht des Herkunftslandes des Diensteanbieters vorsieht. Nach Art. 3 Abs. 4 ECRL können die EU-Staaten, die im konkreten Anwendungsfall nicht das Herkunftsland des Diensteanbieters sind, Internetauftritte untersagen, wenn die Voraussetzungen der in dieser Vorschrift genannten „Schutzziele“ erfüllt sind. Als Schutzziele nennen Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG (1) die öffentliche Ordnung, (2) die öffentliche Gesundheit, (3) die öffentliche Sicherheit sowie (4) den Schutz der Verbraucher.

¹⁵⁹⁵ Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 578; Hausmann/Obergfell, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 122; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 126 f.

¹⁵⁹⁶ Dannecker, ZStW 117 (2005), 697 (715).

¹⁵⁹⁷ So fasst Drexler, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 56 zusammen.

§ 3 Abs. 1 TMG regelt die Geltung des Herkunftslandprinzips für in Deutschland niedergelassene Diensteanbieter und § 3 Abs. 2 TMG für im EU-Ausland Niedergelassene. Das hat zur Folge, dass Art. 3 ECRL bzw. § 3 TMG nicht für außerhalb der EU-Mitgliedstaaten niedergelassene Diensteanbieter im EU-Raum gelten. Auf Art. 3 ECRL bzw. § 3 TMG können sich auch nicht in einem EU-Mitgliedstaat niedergelassene Diensteanbieter berufen, wenn es sich um einen Sachverhalt außerhalb des EU-Raums handelt. Nicht von Art. 3 ECRL bzw. § 3 TMG erfasst werden also Teledienste aus Drittstaaten sowie aus EU-Staaten in Drittstaaten.

b) Der Streit um den Charakter des Herkunftslandprinzips

Die Rechtsnatur von Art. 3 ECRL ist streitig. Denn der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 ECRL lässt die Frage offen, welche „innerstaatlichen Vorschriften“ im Herkunftsland des Diensteanbieters anzuwenden sind.

Zunächst ist festzustellen, dass dieser Streit keinesfalls rein akademischer Natur ist. Geht man von einem sachrechtlichen Verständnis des Herkunftslandprinzips des Art. 3 ECRL aus, würde es zu einer Korrektur des nach dem Marktortprinzip festgestellten Ergebnisses auf der Ebene des Sachrechts führen. Bejaht man dagegen ein kollisionsrechtliches Verständnis des in Art. 3 ECRL niedergelegten Herkunftslandprinzips, würde das Marktortprinzip verdrängt.

Ein Teil der Lehre hält diese Vorschrift für *eine* Kollisionsnorm. Nach manchen Vertretern dieser Ansicht ist Art. 3 ECRL eine Kollisionsnorm, die (nur) auf das Sachrecht des Herkunftslandes verweist (Sachnormverweisungstheorie).¹⁵⁹⁸ Diese Autoren weisen auf den Vorteil dieser Einordnung hin, denn dieser Deutung des Herkunftslandprinzips folgend, wäre stets nur eine nationale Rechtsordnung, nämlich die des Herkunftslandes, anwendbar, was ein einheitliches Euro-Marketing erlauben und die Rechtsermittlungskosten senken würde.¹⁵⁹⁹ Nach anderen Autoren ist Art. 3 ECRL eine Kollisionsnorm, die auf das gesamte Recht des Herkunftslandes verweist, d.h. auch auf dessen – vorrangig zu prüfendes – IPR (Gesamtverweisungstheorie).¹⁶⁰⁰ Im Bereich des Wettbewerbsrechts bedeutet diese Auffassung, dass zwar zunächst auf das Recht des Herkunftslandes verwiesen

¹⁵⁹⁸ Exemplarisch: *Hausmann/Obergfell*, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 134 ff.; *Leible/Engel*, EuZW 2004, 7 (17); *Mankowski*, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 48 ff., 92; *Nickels*, CR 2002, 302 (303); *Spindler*, RabelsZ 66 (2002), 633 (644 ff., 654 f., 665); siehe auch *Ohly*, GRUR-Int. 2001, 899 (902): „der kollisionsrechtliche Mindestgehalt“. Zur sog. Hybridkonstruktion zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht, wonach auch das Recht des Empfangsstaates im Wege eines sog. Günstigkeitsvergleichs anwendbar bleiben kann, wenn dieses milder als das Herkunftslandrecht ist, *Fritze/Holzbach*, WRP 2000, 872 (876); *Spindler*, ZHR 165 (2001), 324 (334 ff., 340 f.).

¹⁵⁹⁹ *Mankowski*, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 54.

¹⁶⁰⁰ *Bernreuther*, WRP 2001, 384 (385 f.); *Bernreuther*, WRP 2001, 513 (515); *Hoeren*, MMR 1999, 192 (195).

wird; dieses dann aber wiederum auf das des Markttortes weiterweisen und damit im Ergebnis das Sachrecht des Markttortes uneingeschränkte Anwendung finden kann.

Nach der anderen Meinung ist Art. 3 ECRL *keine* Kollisionsnorm, sondern eine Sachnorm, die den EU-Staaten Beschränkungen von Internetauftritten, die aus anderen EU-Staaten stammen, untersagt, wenn nicht die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. des § 3 Abs. 5 TMG erfüllt sind.¹⁶⁰¹

Die letztgenannte Ansicht verdient Zustimmung. Nimmt man die Zielsetzung der ECRL in den Blick, dem Diensteanbieter die Last zu nehmen, einer Vielzahl von Rechtsordnungen gerecht werden zu müssen,¹⁶⁰² so wird dem Art. 3 ECRL – zumindest dem ersten Anschein nach – am ehesten entsprochen, wenn man Art. 3 ECRL als eine kollisionsrechtliche Regelung begreift, die als Sachverweisung im Gegensatz zu einer Gesamtverweisung ausschließlich das Sachrecht des Herkunftslandes zur Anwendung beruft. Gegen eine solche vermittelte kollisionsrechtliche Deutung des Art. 3 ECRL spricht aber Art. 1 Abs. 4 ECRL i.V.m. Erwägungsgrund 23 der ECRL.¹⁶⁰³ Die sachrechtliche Deutung des Art. 3 ECRL ergibt sich also aus der von Art. 1 Abs. 4 ECRL vorgeschriebenen IPR-Neutralität der ECRL.¹⁶⁰⁴ Das hat auch der EuGH richtig gesehen. Aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des BGH¹⁶⁰⁵ hat der EuGH in seiner grundlegenden Entscheidung „*eDate-Advertising*“ festgestellt, dass bei der Auslegung von Art. 3 ECRL die IPR-Neutralität gemäß Art. 1 Abs. 4 ECRL zu berücksichtigen sei,¹⁶⁰⁶ woraus er folgerte, dass Art. 3 ECRL nicht im Bereich des IPR einzuordnen sei.¹⁶⁰⁷ Daher sei Art. 3 ECRL dahin auszulegen, dass er keine Umsetzung in Form einer speziellen Kollisionsregel verlangt.¹⁶⁰⁸ Die Mitgliedstaaten müssen jedoch vorbehaltlich der bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 ECRL (§ 3 Abs. 5 TMG) gestatteten Ausnahmen im koordinierten Bereich sicherstellen, dass der Anbieter eines Dienstes des elektronischen Geschäftsverkehrs keinen strengeren Anforderungen unterliegt, als es das im Sitzmitgliedstaat dieses Anbieters geltende Sachrecht vorsieht.¹⁶⁰⁹ Damit hat der EuGH auf das sog.

¹⁶⁰¹ Ahrens, CR 2000, 835 (837 f.); Drexler, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 74; Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 587 ff.; Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 32 ff., 47; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 138 ff.; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einführung C, Rdn. 79 f.; Sack, WRP 2008, 845 (855); Sack, WRP 2013, 1407 (Rdn. 27).

¹⁶⁰² Vgl. Erwägungsgrund 22 der ECRL.

¹⁶⁰³ Ebenso Altenhain, in: MüKo-StGB, § 3 TMG Rdn. 15.

¹⁶⁰⁴ Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 42; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 138; Sack, WRP 2013, 1407 (Rdn. 27).

¹⁶⁰⁵ BGH GRUR 2010, 261 – *www.rainbow.at I*.

¹⁶⁰⁶ EuGH GRUR 2012, 300 (Rdn. 60) – *eDate-Advertising*.

¹⁶⁰⁷ EuGH GRUR 2012, 300 (Rdn. 61) – *eDate-Advertising*.

¹⁶⁰⁸ EuGH GRUR 2012, 300 (Rdn. 63) – *eDate-Advertising*. Dementsprechend hat auch der BGH in seiner abschließenden Entscheidung festgestellt, dass § 3 TMG keine Kollisionsnorm, sondern ein sachrechtliches Beschränkungsverbot enthalte, BGH GRUR 2012, 850 (Rdn. 30) – *www.rainbow.at II*.

¹⁶⁰⁹ EuGH GRUR 2012, 300 (Rdn. 62, 66 ff.) – *eDate-Advertising*.

Günstigkeitsprinzip hingewiesen, welches eine Reduktion des Sachrechts des Empfangsstaates auf die Anforderungen des Sachrechts des Herkunftslandes verlangt.¹⁶¹⁰ Demzufolge ist zweistufig vorzugehen: Zunächst ist zu ermitteln, ob das deutsche Wettbewerbsrecht nach dem Marktortprinzip anzuwenden ist. Im zweiten Schritt ist das deutsche Wettbewerbsrecht zu korrigieren, sofern dieses strenger ist als das Recht des Niederlassungsstaates. Denn das sachrechtliche Verständnis des Herkunftslandprinzips besagt, dass die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts nicht zur Folge haben darf, dass die Werbung strenger bewertet wird als nach dem Herkunftslandrecht.¹⁶¹¹

c) Herkunftslandprinzip und seine Anwendung auf das nationale Strafanwendungsrecht

Nun ist zu untersuchen, ob das Herkunftslandprinzip auch auf die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts Einfluss hat.

aa) Ansichten in der Literatur

Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass das Herkunftslandprinzip des Art. 3 ECRL auch das deutsche Strafrecht überlagert. Begründet wird diese Ansicht u.a. damit, dass eine generelle und explizite Bereichsausnahme vom Herkunftslandprinzip, wie etwa für das Urheberrecht in Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Anhang ECRL, für das Strafrecht nicht erfolgt sei.¹⁶¹²

Andere sprechen sich gegen die Anwendung des Herkunftslandprinzips im Strafrecht aus. Begründet wird diese Ansicht damit, dass selbst für den Bereich des internationalen Privatrechts das Herkunftslandprinzip aufgrund von Art. 1 Abs. 4 ECRL i.V.m. Erwägungsgrund 23 der ECRL keine Geltung beanspruchen könne. Für das Strafrecht könne erst recht nichts anderes gelten. Ferner wird darauf hingewiesen, dass eine Geltung des Herkunftslandprinzips für das Strafrecht im Falle der Anwendung des Herkunftslandprinzips immer leer liefе, da Verstöße gegen das deutsche Strafrecht in der Regel einen Ausnahmefall im Sinne des Art. 3 Abs. 4 ECRL (§ 3 Abs. 5 TMG) darstellen, wonach der Empfangsstaat vom Herkunftslandprinzip abweichen darf, wenn es um den *Schutz der öffentlichen Ordnung*, insbesondere die Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze aus Gründen

¹⁶¹⁰ Sack, WRP 2013, 1545 (Rdn. 31).

¹⁶¹¹ Vgl. nur Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 142, 151; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, Einleitung, Rdn. 3.47.

¹⁶¹² Ahrens, CR 2000, 835 (837); Altenhain, in: MüKo-StGB, § 3 TMG Rdn. 5; Altenhain, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, Strafrecht und Kriminalität in Europa, S. 107 (111 ff.); Böse, in: NK-StGB, Vor § 3 Rdn. 39; Böse/Meyer, ZIS 2011, 336 (340); Nickels, CR 2002, 302 (303); Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, § 4 TDG Rdn. 68 ff.; Spindler, MMR-Beilage 7/2000, 4 (8, 19); Spindler, NJW 2002, 921 (926); Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (681 ff.).

der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität, sowie um Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen geht. Darüber hinaus wird auf den Erwägungsgrund 26 der ECRL hingewiesen, wonach die Mitgliedstaaten der EU von einer Mitteilungspflicht bezüglich der vorgenommenen Strafverfolgungsmaßnahmen freigestellt werden. Dies sei als starkes Indiz für die Nicht-Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips auf das Strafrecht zu werten. Diese Ansicht geht ferner davon aus, dass auch der Gesetzgeber deutlich von einer Geltung des Herkunftslandprinzips für das Strafrecht Abstand genommen hat. Denn es heißt in der Begründung zum Gesetzesentwurf des EGG, dass mit der ECRL eine Harmonisierung in den Bereichen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts als solche nicht angestrebt werde (Erwägungsgrund 8 der ECRL).¹⁶¹³ Nach dieser Ansicht spreche gegen die Geltung des Herkunftslandprinzips im Strafrecht ferner die mangelnde Strafrechtskompetenz der EU.¹⁶¹⁴

bb) Stellungnahme

Zunächst ist festzustellen, dass Art. 1 Abs. 4 ECRL i.V.m. Erwägungsgrund 23 der ECRL im Rahmen der hier diskutierten Frage keine Rolle spielen. Denn eine Diskussion wie im Rahmen des Privatrechts, ob nämlich das Herkunftslandprinzip das internationale Privatrecht oder das Sachrecht erfasst, soll für das Strafrecht nicht geführt werden. Hier geht es lediglich darum, ob das anzuwendende nationale Strafrecht aufgrund des Herkunftslandprinzips beschränkt wird (*qualifizierte* Entweder-oder-Lösung)¹⁶¹⁵ oder nicht. Wenn man sich darüber einig wird, sollte kein Zweifel daran bestehen, dass das Herkunftslandprinzip auch im Strafrecht seinen Anwendungsbereich findet:

Versteht man die Regelung des Art. 3 ECRL richtigerweise als sachrechtliches Beschränkungsverbot, bemerkt man sehr schnell, dass Art. 3 ECRL mit den Art. 34 ff., 56 ff. AEUV, die nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁶¹⁶ und der Lehre¹⁶¹⁷ sachrechtlicher

¹⁶¹³ BT-Drucks. 14/6098, S. 17.

¹⁶¹⁴ Ambos, Internationales Strafrecht, § 1 Rdn. 20; Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 26; v. Bubnoff, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, Strafrecht und Kriminalität in Europa, S. 83 (101); Dannecker, ZStW 117 (2005), 697 (715); Detlefsen, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Setzen von Hyperlinks nach deutschem Recht, S. 68; Eisele, ZStW 125 (2013), 1 (31 f.); Heine, in: Koller/Muralt-Müller, Tagung 2001 für Informatikrecht, S. 84 (109 ff.); Kudlich, JA 2002, 798 (799); Kudlich, Jura 2001, 305 (308); Müller, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Hyperlinks nach deutschem und Schweizer Recht, S. 235 ff., 242; Poenig, Die strafrechtliche Haftung des Linkanbieters im Ausland nach deutschem Recht, S. 97 ff., 108; Roth, Strafbare Werbung und die Neuen Medien, S. 184 ff.; Satzger, CR 2001, 109 (117); Satzger, in: Heermann/Ohly, Verantwortlichkeit im Netz, S. 161 (176 ff.); Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 5 Rdn. 53; Zöller, in: AnwaltK-StGB, § 9 Rdn. 16; siehe aber auch Kudlich, HRRS 2004, 278 (280 ff., 284), wo er sich lediglich für eine zurückhaltende Anwendung des Herkunftslandprinzips im Strafrecht ausspricht.

¹⁶¹⁵ Vgl. Gliederungspunkt Teil 4 A I.

¹⁶¹⁶ Vgl. nur EuGH GRUR-Int. 1994, 614 (Rdn. 22 f.) – „*Ideal Standard II*“.

¹⁶¹⁷ Drexler, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 48; Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 425; Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 23, 42; Hausmann/Obergefell, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 54; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn.

Natur sind, vergleichbar ist,¹⁶¹⁸ weil all diese Normen der Gewährleistung eines freien und ungehinderten Verkehrs im Binnenmarkt dienen. Art. 3 ECRL untersagt also wie die Art. 34 ff., 56 ff. AEUV sachrechtliche Beschränkungen des grenzüberschreitenden Waren- bzw. Dienstleistungsverkehrs. Die dem Art. 3 ECRL zugrunde liegende Idee ist daher als eine spezielle Ausprägung der Grundfreiheiten des Primärrechts zu interpretieren¹⁶¹⁹ und soll wie diese im Interesse der Verkehrsfreiheit einen europarechtlichen Anwendungsvorrang bewirken,¹⁶²⁰ weil auch das Herkunftslandprinzip auf dem „Gedanken der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der nationalen Rechtsordnungen und der gegenseitigen Anerkennung“¹⁶²¹ basiert. Das muss Ausgangspunkt jeder weiterer Überlegungen sein:

Mit der ECRL will die EU für den elektronischen Geschäftsverkehr einen „Raum ohne Binnengrenzen verwirklichen“.¹⁶²² Das lässt sich auf zwei Wegen erreichen: durch eine Vollharmonisierung des nationalen Rechts oder durch dessen gegenseitige Anerkennung. Den ersten Weg hat die EU bei der Verantwortlichkeit der Diensteanbieter eingeschlagen und in den Art. 12-15 ECRL (§§ 7-10 TMG) eine einheitliche Regelung getroffen. Dass diese Regelungen für das Strafrecht gelten, wird nirgends ernsthaft bezweifelt.¹⁶²³ Den zweiten Weg hat die EU bei den Anforderungen an die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit des Diensteanbieters beschritten. Die Behauptung, dass die EU das Herkunftslandprinzip durch eine einfache Richtlinie durchgesetzt und damit die Grenze zwischen Harmonisierung und direkter Regelung im Wege der Rechtssetzung unscharf gemacht hat, verdient daher keine Zustimmung, weil es sich hier nicht um die Setzung von Straftatbeständen, sondern um eine Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen zu Gunsten der Teilnehmer am elektronischen Geschäftsverkehr handelt mit der Folge, dass eine Art eines echten Kollisionsfalls vorliegt, der zu einer Neutralisierung der nationalen Strafvorschriften führt.¹⁶²⁴

Auch die anderen Argumente sind nicht überzeugend. Die EU hat mit der ECRL eine Querschnittsregelung geschaffen, die auch das Strafrecht erfasst. Dies gilt auch für das

105 ff., 112; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, Einleitung, Rdn. 5.3; Ohly, GRUR-Int. 2001, 899 (901); Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einführung C, Rdn. 77; Sack, WRP 2013, 1407 (Rdn. 27).

¹⁶¹⁸ Zutreffend Sack, WRP 2013, 1407 (Rdn. 27).

¹⁶¹⁹ Ganz zutreffend Böse/Meyer, ZIS 2011, 336 (340); a.A. Ohly, WRP 2006, 1401 (1402).

¹⁶²⁰ Drexler, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 74; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 141.

¹⁶²¹ Grundlegende Entscheidung: EuGH BeckEuRS 1979, 74722 (Rdn. 14) – *Cassis de Dijon*. Mit dieser Entscheidung führte der EuGH das *Herkunftslandprinzip* ein. Folge dieses Prinzips ist, dass jedes in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnis grundsätzlich auf dem Markt der anderen Mitgliedstaaten zuzulassen ist.

¹⁶²² Erwägungsgrund 3 der ECRL.

¹⁶²³ Siehe nur KG GRUR 2015, 101 (Rdn. 14) – *Haftungsprivileg des Diensteanbieters auch im Strafrecht*.

¹⁶²⁴ Zur sog. echten Kollision: Hecker, Europäisches Strafrecht, § 9 Rdn. 10 ff., 15 ff.; Safferling, Internationales Strafrecht, § 11 Rdn. 22 ff.; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rdn. 80 ff.; siehe auch Ambos, Internationales Strafrecht, § 11 Rdn. 41.

Herkunftslandprinzip. Das zeigen der Wortlaut des Art. 3 ECRL, die Systematik der ECRL und die Erwägungsgründe.

Die Literaturansicht, die behauptet, dass auch der Gesetzgeber deutlich von einer Geltung des Herkunftslandprinzips für das Strafrecht Abstand genommen hat, übersieht, dass der Gesetzgeber in der Begründung nur den Erwägungsgrund 8 der ECRL wiederholt. Erwägungsgrund 8 der ECRL stellt klar, dass es das Ziel der ECRL ist, einen rechtlichen Rahmen für den freien Verkehr von Angeboten in Informationsdiensten innerhalb der EG zu schaffen, „nicht aber, den Bereich des Strafrechts als solchen zu harmonisieren“. Diese Äußerung darf nicht dahingehend überinterpretiert werden, dass das Strafrecht gar nicht betroffen sein soll. Sondern sie ist wörtlich zu nehmen: Das Strafrecht soll lediglich nicht harmonisiert werden. Genau das vermeidet auch das Herkunftslandprinzip.¹⁶²⁵

Die Gegenansicht erfasst auch die Ausnahmeregelung des Art. 3 Abs. 4 ECRL nicht richtig. Nach Art. 3 Abs. 4 lit. a ECRL können Mitgliedstaaten im Einzelfall Durchbrechungen des Herkunftslandprinzips regeln, wenn dies zur Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten erforderlich sowie die Maßnahme verhältnismäßig ist. Würde das Herkunftslandprinzip nicht für das Strafrecht gelten, so wäre diese Regelung überflüssig.¹⁶²⁶ In Art. 3 Abs. 4 lit. b ECRL wird auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass vor Ergreifen einer Maßnahme i.S.v. Art. 3 Abs. 4 lit. a ECRL das Herkunftsland des Diensteanbieters und die Kommission von dieser unterrichtet werden müssen. Würde das Herkunftslandprinzip nicht für das Strafrecht gelten, so wäre auch diese Regelung überflüssig.¹⁶²⁷ Aus diesem Grund soll die Annahme, dass das Herkunftslandprinzip im Strafrecht letztendlich immer bedeutungslos sei, weil stets die Ausnahme von Art. 3 Abs. 4 lit. a ECRL i.V.m. Erwägungsgrund 26 der ECRL greife, zurückgewiesen werden. Denn nach Erwägungsgrund 26 der ECRL werden strafrechtliche Schritte gegen Angebote aus Mitgliedstaaten lediglich vom Konsultationsverfahren freigestellt, nicht aber ihre Zulässigkeit von den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 lit. a ECRL.¹⁶²⁸ Daher muss das konkrete Angebot die öffentliche Ordnung ernsthaft und schwerwiegend gefährden und die Maßnahme muss angemessen sein. Zur Legitimation der Maßnahme genügt es daher nicht, dass das Angebot bei Anwendung des nationalen Rechts strafrechtlich relevant wäre.¹⁶²⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist bei der Berufung auf den Schutz der öffentlichen Ordnung darüber hinaus nachzuweisen, dass eine tatsächliche und hinreichende schwere Gefahr oder eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung vorliegt, die ein

¹⁶²⁵ Altenhain, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, Strafrecht und Kriminalität in Europa, S. 107 (112).

¹⁶²⁶ Altenhain, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, Strafrecht und Kriminalität in Europa, S. 107 (111).

¹⁶²⁷ Altenhain, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, Strafrecht und Kriminalität in Europa, S. 107 (111).

¹⁶²⁸ Altenhain, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, Strafrecht und Kriminalität in Europa, S. 107 (113).

¹⁶²⁹ Altenhain, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, Strafrecht und Kriminalität in Europa, S. 107 (114).

Grundinteresse der Gesellschaft berührt.¹⁶³⁰ Ausgehend davon gehört z.B. der (strafrechtliche) Schutz der Persönlichkeit grundsätzlich nicht zur öffentlichen Ordnung i.S.d. Art. 3 Abs. 4 ECRL.¹⁶³¹ Nur bei Vorliegen besonderer Umstände, insbesondere bei einer Verletzung der Menschenwürde, kann ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung vorliegen.¹⁶³² Das Argument, dass unter öffentliche Sicherheit und Ordnung i.S.d. Art. 3 Abs. 4 ECRL alle Straftatbestände fallen, ist daher unzutreffend. Das zeigt bereits ein Vergleich mit Art. 3 Abs. 3 ECRL (§ 3 Abs. 4 TMG), der für ganze Rechtsgebiete (wie etwa das Urheberrecht) die Geltung des Herkunftslandprinzips verneint. Hätte der Richtliniengeber dasselbe für das Strafrecht gewollt, wäre hier der systematisch richtige Ort gewesen.¹⁶³³

d) Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im Wettbewerbsstrafrecht

Im Strafrecht führt das Herkunftslandprinzip somit zu einer Einschränkung des Ubiquitätsprinzips im Internet (§§ 3, 9 StGB). Die Einführung des Herkunftslandprinzips bedeutet also nichts Geringeres als den Verzicht der Mitgliedstaaten auf den Schutz ihrer selbst und ihrer Bürger vor Angriffen, die vom EU-Ausland her über Computernetze gegen inländische Rechtsgüter geführt werden.¹⁶³⁴ Aufklärungsbedürftig ist aber die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im Wettbewerbsstrafrecht. Denn die praktische Relevanz des Herkunftslandprinzips im Wettbewerbsstrafrecht kann aus mehreren Gründen beschränkt sein:

Zunächst kann man die bisherige Rechtsprechung des BGH¹⁶³⁵ dahingehend interpretieren, dass sich die wettbewerbsrechtlichen Regelungen auf die Lieferung von Produkten im Sinne von Art. 2 lit. h ii) ECRL beziehen, weshalb sie nicht vom Anwendungsbereich der ECRL erfasst seien.¹⁶³⁶

Darüber hinaus kann man davon ausgehen, dass mitgliedstaatliche Regelungen, welche dem Schutz der Verbraucher dienen, von der Ausnahmeregelung in Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG erfasst werden. Denn nach Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG darf ein EU-Staat, der nicht Herkunftsland ist, Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher ergreifen, auch wenn diese über die rechtlichen Anforderungen des betreffenden Herkunftslandes hinausgehen. Daran hat sich auch die Rechtsprechung angeschlossen. Eine Ausnahme i.S.d. Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG hat z.B. das LG Karls-

¹⁶³⁰ Grundlegend: EuGH NJW 1978, 479 (480) – *Bouchereau*; siehe auch *Becker*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 36 AEUV, Rdn. 10 f.; *Leible/Strein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 36 AEUV (Stand 2010), Rdn. 20;

¹⁶³¹ Vgl. *Ohly*, GRUR-Int. 2001, 899 (905); *Sack*, WRP 2013, 1407 (Rdn. 31).

¹⁶³² Vgl. *Ohly*, GRUR-Int. 2001, 899 (905); *Sack*, WRP 2013, 1407 (Rdn. 31).

¹⁶³³ *Altenhain*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, Strafrecht und Kriminalität in Europa, S. 107 (113).

¹⁶³⁴ *Altenhain*, in: Zieschang/Hilgendorf/Laubenthal, Strafrecht und Kriminalität in Europa, S. 107 (110).

¹⁶³⁵ Vgl. BGH GRUR 2006, 513 (Rdn. 29 ff.) – *Arzneimittelwerbung im Internet*; BGH GRUR 2007, 67 (Rdn. 16) – *Pietra di Soln*.

¹⁶³⁶ Ebenso *Glöckner/Kur*, GRUR-Beilage 1/2014, 29 (36).

ruhe im Fall eines niederländischen Händlers angenommen, der deutsche Verbraucher auf der Internetplattform „eBay.de“ ansprach. Konkret sah das LG Karlsruhe darin einen Wettbewerbsverstoß, dass die Widerrufsbelehrung des Händlers sich nicht an den im deutschen Fernabsatzrecht vorgesehenen Rechtsfolgen orientierte, weil die Widerrufsbelehrung sich nach richtiger Ansicht am Recht des Verbrauchers orientieren muss.¹⁶³⁷ Das LG Karlsruhe hat seine zutreffende Auffassung damit begründet, dass das europäische Recht dem Verbraucherschutz einen gleich hohen Rang zuweise wie dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes. Nach Erwägungsgrund 10 der ECRL sehe die ECRL nur die Maßnahmen vor, die zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes unerlässlich sind, ohne das hohe Schutzniveau des Verbraucherschutzes zu gefährden. Nach Erwägungsgrund 55 Satz 2 der ECRL könne diese Richtlinie nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm von zwingenden Vorschriften für vertragliche Verpflichtungen nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem er seinen gewöhnlichen Wohnsitz hat, gewährt wird. Erwägungsgrund 56 der ECRL betone, dass die vertraglichen Schuldverhältnisse mit Verbrauchern auch Informationen zu den wesentlichen Elementen des Vertrages erfassen, wozu auch die Verbraucherrechte gehören, die einen bestimmenden Einfluss auf den Vertragsschluss haben.¹⁶³⁸ Auch in der Richtlinie 97/7/EG („Fernabsatzrichtlinie“)¹⁶³⁹ spiele der Verbraucherschutz eine maßgebliche Rolle.¹⁶⁴⁰ Zu diesem Verbraucherschutz gehöre, dass auf zwischen Unternehmen und Verbrauchern zu schließende Verträge zwingend das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Verbrauchers anwendbar ist. Gemäß Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO¹⁶⁴¹ unterliegen Verträge eines Unternehmers mit einem Verbraucher zwingend dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Auf Verträge, die der Beklagte mit Verbrauchern in Deutschland schließe, sei daher zwingend deutsches Recht anzuwenden.¹⁶⁴² Zu diesem zwingenden Recht gehöre auch das Widerrufsrecht des Verbrauchers mit allen damit verbundenen Informations- und Folgepflichten. Auch wenn sich die zwingenden Verbraucherrechte zu einem erheblichen Teil aus der genannten Fernabsatzrichtlinie ergeben, so sei doch die konkrete Ausgestaltung dieser Rechte im Rahmen der Spielräume der Richtlinie durch deutsches Recht in den maßgeblichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt, insbesondere in den §§ 355 ff. BGB. Der

¹⁶³⁷ Ebenso Rott, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, H V (Stand 2013) Rdn. 805.

¹⁶³⁸ LG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2011 - 14 O 27/11 (juris Rdn. 61) – *Wettbewerbsverstoß eines niederländischen Versandhändlers über die Internetverkaufsplattform eBay*.

¹⁶³⁹ Vgl. Fn. 645.

¹⁶⁴⁰ LG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2011 - 14 O 27/11 (juris Rdn. 61) – *Wettbewerbsverstoß eines niederländischen Versandhändlers über die Internetverkaufsplattform eBay*.

¹⁶⁴¹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177/6 vom 4.7.2008.

¹⁶⁴² LG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2011 - 14 O 27/11 (juris Rdn. 62) – *Wettbewerbsverstoß eines niederländischen Versandhändlers über die Internetverkaufsplattform eBay*.

Verbraucherschutz könne daher nur dann hinreichend gewährleistet sein, wenn die Informationen, mit denen geworben wird, zutreffend die Rechtslage des abzuschließenden Vertrages widerspiegeln. Sei dies nicht der Fall, werden die dem Schutz von Verbrauchern in Deutschland dienenden Vorschriften des deutschen Wettbewerbsrechts notwendig beeinträchtigt, Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG.¹⁶⁴³

In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass Vorschriften des Verbraucherschutzes i.S.d. Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG nicht nur solche sind, die speziell nur den Schutz der Verbraucher bezwecken (z.B. §§ 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 EGBGB; 355 ff. BGB), sondern auch Vorschriften, die neben den Verbrauchern auch andere Personen schützen sollen, wenn im konkreten Anwendungsfall auch Verbraucherinteressen beeinträchtigt werden.¹⁶⁴⁴ Keine Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Internetwerbung außerhalb des Herkunftslandes sind also Vorschriften zum Schutz gegen mitbewerberbezogene Unlauterkeit, z.B. gegen Behinderungs- oder Ausbeutungswettbewerb. Dazu gehören auch diejenigen Vorschriften über vergleichende Werbung, die ausschließlich dem Mitbewerberschutz dienen.¹⁶⁴⁵ Zu den Maßnahmen zum Schutze der Verbraucher i.S.d. Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG gehören dagegen alle Verbote verbraucherbezogener Unlauterkeit. Zum Verbraucherschutz im Sinne dieser Vorschriften gehören also unzweifelhaft alle nationalen Regelungen des Wettbewerbsrechts, die der UGP-Richtlinie entsprechen.¹⁶⁴⁶

Übrigens bedarf es nicht, einen Günstigkeitsvergleich vorzunehmen, wenn es um im Internet begangene Wettbewerbsverstöße im B2C-Bereich geht.¹⁶⁴⁷ Denn es darf nicht übersehen werden, dass das Herkunftslandprinzip in der ECRL den Impuls für die weiteren vollharmonisierenden Maßnahmen im B2C-Bereich darstellte,¹⁶⁴⁸ und es seine Bedeutung im Wettbewerbs(straf)recht insbesondere aufgrund der hier durch die UGP-Richtlinie erreichten Vollharmonisierung weitgehend verloren hat.¹⁶⁴⁹ Darauf hat jüngst auch der Oberste Gerichtshof hingewiesen und dazu ausgeführt, dass auch die Internetwerbung nach dem Marktortrecht zu beurteilen sei. Erst in einem zweiten Schritt wäre zu prüfen, ob die Anwendung dieses Rechts zu strengeren Anforderungen führte als jene des tschechischen Rechts als das Recht des Herkunftslandes. Es sei allerdings zu beachten,

¹⁶⁴³ LG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2011 - 14 O 27/11 (juris Rdn. 63) – *Wettbewerbsverstoß eines niederländischen Versandhändlers über die Internetverkaufsplattform eBay*.

¹⁶⁴⁴ Statt vieler siehe nur Sack, WRP 2013, 1407 (Rdn. 34).

¹⁶⁴⁵ Statt vieler siehe nur Sack, WRP 2013, 1407 (Rdn. 35).

¹⁶⁴⁶ Statt vieler siehe nur Sack, WRP 2013, 1407 (Rdn. 34).

¹⁶⁴⁷ Für die Einzelheiten siehe nur Sack, WRP 2013, 1545 (Rdn. 54 f.).

¹⁶⁴⁸ Glöckner/Kur, GRUR-Beilage 1/2014, 29 (36).

¹⁶⁴⁹ So rechtfertigte bereits die Kommission die Aufgabe des Herkunftslandprinzips bei Erlass der Richtlinie 2005/29/EG (UGP-Richtlinie), siehe hierzu ausführlich Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 106 ff.

dass die relevanten Normen beider Rechte auf einer gemeinsamen unionsrechtlichen Grundlage beruhen. Denn strittig sei das Vorliegen einer irreführenden Geschäftspraktik im Sinne der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie). Da diese Richtlinie nicht bloß Mindeststandards vorsehe, sondern das verbraucherschützende Lauterkeitsrecht vollständig harmonisiere, sei im Zweifel nicht anzunehmen, dass das Recht des Herkunftslandes dem Diensteanbieter mehr Freiheiten gestatte als jenes des Marktortes. Daher müsste der Diensteanbieter konkret behaupten, dass die Richtlinie 2005/29/EG im relevanten Bereich trotz der Vollharmonisierung ausnahmsweise einen Umsetzungsspielraum aufweise und im Herkunftsland (zulässigerweise) anders umgesetzt wurde als im zunächst zur Anwendung berufenen Recht des Marktortes.¹⁶⁵⁰

2. Marktortprinzip

a) Allgemeine Anmerkungen zum Marktortprinzip, insbesondere i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO

Da das Herkunftslandprinzip insbesondere aufgrund der Vollharmonisierung im Verbraucherschutzrecht durch die UGP-Richtlinie seine uneingeschränkte Geltung im Wettbewerbsrecht verloren hat, sollte im Internet allein das in Deutschland seit Anfang der 1960er Jahre herrschende sog. Marktortprinzip¹⁶⁵¹ ausschlaggebend sein, dessen Ziel es ist, die „*par conditio concurrentium*“ zu wahren und auf einem Markt einen einheitlichen Ordnungsrahmen für alle Marktteilnehmer zu schaffen.¹⁶⁵² Maßgeblich ist daher das Recht des Ortes, auf dessen Markt eingewirkt wird (Zielmarkt) und mit dessen wettbewerblichen Interessen es zur Kollision kommen kann.¹⁶⁵³ Dies ist nicht nur der Ort, an dem faires Konkurrenzverhalten zwischen Mitbewerbern verhindert wird, sondern auch der Ort, an dem die Interessen der Verbraucher und der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb betroffen sind.¹⁶⁵⁴ Das Marktortprinzip trägt damit der das moderne Wettbewerbsrecht prägenden Schutzzwecktrias bei der Suche nach dem anwendbaren Recht Rechnung,¹⁶⁵⁵ indem es nach relevanten Anknüpfungsmomenten fragt. Hierfür dienen die dabei typischen und prägenden Merkmale eines Wettbewerbssachverhaltes. Der relevante

¹⁶⁵⁰ OGH GRUR-Int. 2013, 1163 (1166) – *VfG Versandapotheke für Österreich*.

¹⁶⁵¹ Exemplarisch: BGH GRUR 1962, 243 (245) – *Kindersaugflaschen*; BGH GRUR 1964, 316 (318) – *Stahlexport*; BGH GRUR 1971, 153 (154) – *Tampax*; BGH GRUR 1977, 672 (673) – *Weltweit-Club*; BGH GRUR 1982, 495 (497) – *Domgarten-Brand*; BGH GRUR 1988, 453 (454) – *Champagner unter den Mineralwässern*; BGH GRUR 1991, 463 (464) – *Kauf im Ausland*; BGH GRUR 1998, 419 (420) – *Gewinnspiel im Ausland*; BGH GRUR 1998, 945 (946) – *Co-Verlagsvereinbarung*; BGH GRUR 2004, 1035 (1036) – *Rotpreis-Revolution*; BGH GRUR 2006, 513 (Rdn. 26) – *Arzneimittelwerbung im Internet*; BGH GRUR 2010, 847 (Rdn. 10) – *Ausschreibungen in Bulgarien*.

¹⁶⁵² Drexler, in: FS-Hopt, S. 2713 (2729); siehe auch Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010), Rdn. 568.

¹⁶⁵³ Siehe nur BGH GRUR 2014, 601 (Rdn. 38) – *englischsprachige Pressemitteilung*.

¹⁶⁵⁴ Vgl. Sack, WRP 2008, 845 (846 f.).

¹⁶⁵⁵ Vgl. nur BGH GRUR 1991, 463 (464) – *Kauf im Ausland*; BGH GRUR 1998, 419 (420) – *Gewinnspiel im Ausland*; BGH GRUR 1998, 945 (946) – *Co-Verlagsvereinbarung*.

Marktort im Falle irreführender Werbung ist mithin das Recht des Landes, auf dessen Markt durch die konkrete Werbung auf den Entschluss der Kunden eingewirkt werden soll. Dabei wird hier auf bestimmte objektiv quantitative und wertende Indizien (z.B. Natur des Produkts, Belehrungen über bestimmte nationale Widerrufsrechte) abgestellt.¹⁶⁵⁶ Ohne Relevanz sind hingegen die Staatsangehörigkeit, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthaltsort der potentiellen Kunden sowie der Wettbewerber.¹⁶⁵⁷ Damit werden auch Verhaltensweisen erfasst, die von außen, wie im Falle von Distanzdelikten, auf den Zielmarkt ausgerichtet sind.

Auch der europäische Gesetzgeber hat sich in Rom II-VO¹⁶⁵⁸ für das Marktortprinzip entschieden.¹⁶⁵⁹ Er hält mit Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO¹⁶⁶⁰ eine spezielle Regelung bereit, welche vorsieht, dass auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten das Recht des Staates zur Anwendung kommt, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehung oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Mit Blick auf das Wettbewerbskollisionsrecht stellt die Rom II-VO damit sicher, dass in der gesamten EU stets dasselbe Recht berufen und ein *forum shopping* ausgeschlossen wird.¹⁶⁶¹

Der europäische Gesetzgeber hat allerdings den Begriff des unlauteren Wettbewerbsverhaltens nicht definiert. Eine gewisse Orientierung können aber die Erläuterungen der Europäischen Kommission zum Verordnungsvorschlag bieten. In diesen Erwägungen findet sich ein weites Verständnis des Begriffs des unlauteren Wettbewerbs: So sollen „Handlungen, die auf die Nachfrage Einfluss zu nehmen trachten (z.B. Täuschung und Zwang), Handlungen, die das Angebot von Wettbewerbern behindern sollen (z.B. Störung der Zulieferung, Abwerbung von Angestellten oder Boykott), oder Handlungen, mit denen Vorteile eines Wettbewerbers missbraucht werden (z.B. Schaffung einer Verwechslungsge-

¹⁶⁵⁶ Einen sehr guten Überblick liefert *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 224; sowie Gliederungspunkt Teil 4 B VII 2 b).

¹⁶⁵⁷ Für die Einzelheiten *Sack*, WRP 2008, 845 (847).

¹⁶⁵⁸ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. L 199/40 vom 31.7.2007, zur Vorgeschichte siehe *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 161 ff.

¹⁶⁵⁹ Vgl. BGH GRUR 2013, 417 (Rdn. 15) – *Medikamentenkauf im Versandhandel*.

¹⁶⁶⁰ Art. 6 Abs. 2 Rom II-VO regelt sog. bilaterale Wettbewerbshandlungen, die sich ausschließlich auf die Interessen eines bestimmten Wettbewerbers beziehen. Unter bilaterales Wettbewerbsverhalten fallen etwa die Abwerbung von Angestellten, Bestechung, Industriespionage, Preisgabe eines Geschäftsgeheimnisses, KOM (2003), 427 endg., S. 18. Da diese Regelung bei Online-Auktionen keine Anwendung findet, kann man auf die existierenden Kommentierungen verweisen, *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 229 ff.

¹⁶⁶¹ *Drexler*, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 100; *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 173. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass, abweichend von Art. 4 EGBGB, nach Art. 24 Rom II-VO Rück- und Weiterverweisungen ausgeschlossen sind. Damit enthält die Rom II-VO – im Gegensatz zum EGBGB – keine sog. Gesamtverweisungen auf das Recht eines Staates, nach denen auch dessen IPR anzuwenden wäre, sondern sog. Sachnormverweisungen, die unmittelbar das Sachrecht des betreffenden Staates – z. B. dessen Recht gegen den unlauteren Wettbewerb – für anwendbar erklären.

fahr oder Ausnutzung seines Bekanntheitsgrades)“, erfasst werden.¹⁶⁶² Auch die Schutzzwecktrias (Wettbewerber, Verbraucher und Allgemeinheit) wird als Schutzziel des unlauteren Wettbewerbs in den Erwägungen ausdrücklich angeführt.¹⁶⁶³

Im Ergebnis sind daher diejenigen Normen als wettbewerbliche Normen zu qualifizieren, die das Verhalten am Markt zum Schutz der Verbraucher, Mitbewerber oder der Allgemeinheit regeln.¹⁶⁶⁴

Diese Erläuterungen sind allerdings nach Ansicht des EuGH nicht rechtlich verbindlich.¹⁶⁶⁵ Letztendlich muss daher der konkrete Inhalt des Begriffs durch die Rechtsprechung des EuGH bestimmt werden, der sich vermutlich am bestehenden sekundärrechtlichen Lauterkeitsrecht, insbesondere an der UGP-RL, ausrichten wird.¹⁶⁶⁶ Das wäre deshalb richtig, weil die UGP-RL auch Praktiken in den Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts einbezieht, die „vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäftes“ stattfinden.¹⁶⁶⁷ Eine autonome Auslegung des Begriffs des unlauteren Wettbewerbsverhaltens würde daher unlösbare Probleme im Hinblick auf das Verhältnis der Rom II-VO zu der Rom I-VO, die das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht regelt, mitbringen, welche anders als das Wettbewerbsstatut der Rom II-VO – von Ausnahmen abgesehen¹⁶⁶⁸ – maßgeblich vom Prinzip der Privatautonomie getragen ist. Um die unvermeidbaren Überschneidungen zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Vertragsrecht aufgrund der UGP-RL zu Gunsten des Verbrauchers zu lösen, soll daher das Vertragsstatut der Rom I-VO nur dann anwendbar sein, wenn es um Aspekte und Normen geht, welche die Wirksamkeit des Vertrages und sich daraus ergebende Rechte betreffen. Geht es hingegen um objektive Pflichten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss und der Vertragsdurchführung stehen

¹⁶⁶² KOM (2003) 427 endg. vom 22.7.2003, S. 17 – *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*.

¹⁶⁶³ KOM (2003) 427 endg. vom 22.7.2003, S. 17 – *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*.

¹⁶⁶⁴ Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 390; Hausmann/Obergfell, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 7; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 21. Diese Normen sind also unzweifelhaft die Regelungen im UWG. Da der Begriff des „unlauteren Wettbewerbsverhaltens“ ein gemeinschaftsrechtlicher Rechtsbegriff ist, der gemeinschaftsrechtsautonom auszulegen ist, deckt er sich aber natürlich nicht vollständig mit dem des UWG. So gehört z. B. zum unlauteren Wettbewerbsverhalten i.S.v. Art. 6 Rom II-VO auch die Angestelltenbestechung zu Zwecken des Wettbewerbs, die in Deutschland seit 1997 unter § 299 StGB fällt, zuvor allerdings seit 1909 in § 12 des UWG von 1909 geregelt war.

¹⁶⁶⁵ EuGH BeckRS 2004, 74578 (Rdn. 54) – *Strafverfahren gegen Nilsson*; EuGH BeckRS 2005, 70929 (Rdn. 32) – *Deutsche Milchkontor*.

¹⁶⁶⁶ Handig, GRUR-Int. 2008, 24 (26); Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 207.

¹⁶⁶⁷ Siehe hierzu ausführlich Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) dd).

¹⁶⁶⁸ Tatsächlich wird die Privatautonomie auch im Rahmen der Rom I-VO Einschränkungen überwiegenden beim Allgemeininteresse unterworfen. Das ist insbesondere im Bereich des Verbraucherschutzes der Fall, vgl. hierzu Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010), Rdn. 409.

und durch spezielle wettbewerbsrechtliche Normen sanktioniert werden, soll die Regelung des Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO Anwendung finden.¹⁶⁶⁹

Das so auszulegende Marktortprinzip in Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO ist unmittelbar geltendes Recht (Art. 288 Abs. 2 AEUV) und verdrängt in seinem Anwendungsbereich das zu meist auf Art. 40 EGBGB gestützte deutsche Wettbewerbskollisionsrecht.¹⁶⁷⁰

Diese Entwicklung ist übrigens sehr zu begrüßen. Denn das Wettbewerbskollisionsrecht bildete nach traditionellem Verständnis einen Teil des internationalen Deliktsrechts und wurde damit als Sonderdeliktsrecht angesehen.¹⁶⁷¹ Die Anbindung an das internationale Deliktsrecht wurde jedoch zu Recht vielfach kritisiert und es wurde eine Loslösung von diesem gefordert,¹⁶⁷² da sich insbesondere die unveränderte und unmittelbare Anwendung des Art. 40 EGBGB nicht mit der im Wettbewerbsrecht erforderlichen Berücksichtigung von Drittinteressen vertrage, denn während das Deliktsrecht das anwendbare Recht für den Ausgleich eines in einem Zweipersonenverhältnis erlittenen Schadens beruft und dem Schutz individueller Interessen dient, sei das Wettbewerbsrecht den Schutzinteressen aller Marktteilnehmer verpflichtet.¹⁶⁷³ Darüber hinaus wurde argumentiert, dass Art. 40 EGBGB mit seiner *wahlweisen* Anknüpfung an den Handlungs- oder den Erfolgsort mit dem wettbewerbslichen Prinzip der Chancengleichheit aller Wettbewerber auf dem Markt in Konflikt gerate.¹⁶⁷⁴ Es bestand daher Einigkeit darüber, dass im Rahmen der kollisionsrechtlichen Anknüpfung von Wettbewerbshandlungen keine wahlweise Unterscheidung nach Handlungs- und Erfolgsort erfolgen darf. Sie müssen im Falle eines im Ausland begangenen Wettbewerbsverstoßes, der auf den deutschen Markt ausgerichtet ist, gleich behandelt werden. Dagegen soll das deutsche Wettbewerbsrecht im Falle eines Wettbewerbsverstoßes, der offensichtlich nicht auf deutschen Markt ausgerichtet ist, keine Anwendung finden.¹⁶⁷⁵

Diese Überlegungen über die Rechtfertigung des Marktortprinzips, das eine Präzisierung des Ubiquitätsprinzips im Wettbewerbsrecht darstellt, und somit die vorgenommene kor-

¹⁶⁶⁹ Ebenso *Drexler*, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 131; *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 46.

¹⁶⁷⁰ Der Anwendungsbereich des autonomen deutschen Rechts beschränkt sich daher auf Altfälle, in denen die Rom II-VO intertemporal nicht anwendbar ist, und damit auf Sachverhalte vor dem 11.1.2009, vgl. BGH GRUR 2013, 417 (Rdn. 15) – *Medikamentenkauf im Versandhandel*. Die Bedeutung und der Anwendungsbereich des autonomen deutschen Rechts sind daher seit Geltung der Rom II-VO verschwindend gering.

¹⁶⁷¹ AllgM: BGH GRUR 1962, 243 (245) – *Kindersaugflaschen*; *Drexler*, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 1; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, Einleitung, Rdn. 5.4; *Mankowski*, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 9.

¹⁶⁷² *Glöckner*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 127.

¹⁶⁷³ *Fezer/Koos*, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 397; *Hausmann/Obergfell*, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 37.

¹⁶⁷⁴ *Hausmann/Obergfell*, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 63.

¹⁶⁷⁵ Vgl. BGH GRUR 2010, 847 (Rdn. 10, 12 f.) – *Ausschreibungen in Bulgarien*.

rigierende Auslegung des Art. 40 EGBGB, nähern sich offensichtlich dem Ausgangspunkt der bisherigen Überlegungen im Strafrecht, die versuchen, den Anwendungsbereich des § 9 StGB im Fall einer engen Beziehung zu Deutschland auszudehnen bzw. im Fall eines fehlenden Bezugs zu Deutschland zu beschränken. Da auch der Irreführungsverbotstatbestand des § 5 UWG ein abstraktes Gefährdungsdelikt ist, kann man deshalb davon ausgehen, dass das Marktortprinzip auch für § 16 Abs. 1 UWG wegweisend sein kann, weil das vom BGH seit langem praktizierte Marktortprinzip letztendlich den wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten Rechnung trägt, aus dem Grund, da der Marktort Handlungs- und Erfolgsort zugleich ist,¹⁶⁷⁶ obwohl sich der BGH von dem Art. 40 EGBGB niemals ausdrücklich verabschiedet hat.¹⁶⁷⁷

Die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers für ein Marktortprinzip in Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO und damit die Schaffung einer Sonderanknüpfung im Wettbewerbsrecht ist deshalb zu begrüßen.¹⁶⁷⁸ Der Ordnungsgeber hat zwar darauf hingewiesen, dass Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO als Präzisierung – und damit nicht als *lex specialis* – der in Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO, welcher sich gegen die Ubiquitätstheorie ausspricht, getroffenen Anknüpfungspunkte zu verstehen sei.¹⁶⁷⁹ Denn Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO knüpft lediglich am Recht des Staates an, in dem der Schaden eintritt (Erfolgsort). Das ändert aber nichts. Denn der Verweis in Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO auf Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO ist dahingehend zu interpretieren, dass der Begehungsort (*lex loci delicti commissi*),¹⁶⁸⁰ der sowohl der Erfolgsort, an dem der tatbestandsmäßige Erfolg eintritt, als auch der Handlungsort, an dem der Täter die Handlung vornimmt,¹⁶⁸¹ sein kann, wettbewerbsspezifisch ausgelegt werden muss, wie es im autonomen deutschen Recht bisher gemacht wurde.¹⁶⁸²

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Regelung des Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO um eine sog. *loi uniforme* handelt, was bedeutet, dass sie „universelle Geltung“ hat; Art. 3 Rom II-VO. Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO differenziert demzufolge – im Gegensatz zum Herkunftslandprinzip der ECRL – nicht zwischen Sachverhalten innerhalb oder außerhalb des EU-Binnenmarktes, sondern erfasst beide gleichermaßen. Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO findet also Anwendung auch in Drittstaatsverhältnissen.¹⁶⁸³ Davon

¹⁶⁷⁶ Vgl. *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 194; *Mankowski*, GRUR-Int. 1999, 909 (910); *Sack*, WRP 2000, 269 (272).

¹⁶⁷⁷ Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. ausführlich *Fezer/Koos*, in: Staudinger, IntWIR (2010), Rdn. 443 ff.

¹⁶⁷⁸ Vgl. *Drexler*, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 10.

¹⁶⁷⁹ Erwägungsgrund 21 der Rom II-VO.

¹⁶⁸⁰ Siehe nur Erwägungsgrund 21 der Rom II-VO; *Fezer/Koos*, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 638; *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 211.

¹⁶⁸¹ Statt vieler *Fezer/Koos*, in: Staudinger, IntWIR (2010), Rdn. 443.

¹⁶⁸² Vgl. *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 28, 193 f.

¹⁶⁸³ Statt vieler siehe nur *Mankowski*, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 33, 36.

ausgehend hat das OLG Hamm entschieden, dass bei einer auf deutsche Verbraucher zielenden und in Deutschland abrufbaren Werbung der Anbieter aus einem Nicht-EU-Staat grundsätzlich verpflichtet ist, eine Anbieterkennzeichnung vorzunehmen, die den Anforderungen des § 5 Abs. 1 TMG genügt. Dabei tritt das OLG der Vorinstanz mit klaren Worten entgegen. Das LG Siegen hatte in der Vorinstanz unter Rückgriff auf das Vertragsstatut die Anwendbarkeit des TMG verneint. Nach den Regeln des internationalen Privatrechts und unter Rückgriff auf die Kollisionsnormen der Rom-I-VO kam das LG Siegen zu dem Ergebnis, dass der auf den Internetseiten beworbene und angebotene Vertragsschluss mit deutschen Verbrauchern ägyptischem Recht unterfalle, da auch die Dienstleistungen nicht in Deutschland, sondern ausschließlich in einem anderem Staat erbracht würden, in dem der Verbraucher nicht seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe. Unterfalle der Vertragsabschluss des deutschen Verbrauchers ägyptischem Recht, könne bzgl. der insoweit zu fordernden Verbraucherschutzvorschriften nichts anderes gelten. Das gelte selbst dann, wenn sich das Internetangebot gezielt an deutsche Interessenten richte.¹⁶⁸⁴ Zutreffend ist das OLG Hamm dagegen davon ausgegangen, es handele sich um eine wettbewerbsrechtliche Streitigkeit, weshalb es auf den in Bezug genommenen Markt und gerade nicht auf das Vertragsstatut ankomme. Bei Wettbewerbshandlungen gelte das in Art. 6 Abs. 1 der Rom-II-VO verankerte Markttortprinzip. Deutsches Wettbewerbsrecht sei danach anzuwenden, wenn die wettbewerbsrechtlichen Interessen der Mitbewerber im Inland aufeinandertreffen. Das sei in der Regel dann der Fall, wenn eine Wettbewerbshandlung im Internet bestimmungsgemäß auf Deutschland als Markttort einwirken soll. Das Markttortprinzip könne in Fällen wie dem vorliegenden auch nicht durch das europarechtliche Herkunftslandprinzip modifiziert werden, da dieses keine Anwendung auf Anbieter aus Drittstaaten findet.¹⁶⁸⁵

Abschließend soll die Frage geklärt werden, ob die Markttortregel des Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO Ausprägung eines lauterkeitsrechtlichen Auswirkungsprinzips in Parallele zur kartellrechtlichen Auswirkungsregel (Art. 101 AEUV) ist¹⁶⁸⁶ oder ob sie im Sinne der Einwirkungstheorie nach dem Vorbild der Interessenkollisionslehre zu interpretieren ist, die auf der Schutzzwecktrias beruht.¹⁶⁸⁷

¹⁶⁸⁴ LG Siegen MMR 2013, 722 (723) – *Keine Impressumspflicht für ägyptischen Reiseveranstalter auf deutschsprachiger Webseite.*

¹⁶⁸⁵ OLG Hamm MMR 2014, 175 (176) – *Impressumspflicht nach § 5 TMG für Anbieter aus Nicht-EU-Staaten.*

¹⁶⁸⁶ Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 642 ff.; Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 112; Handig, GRUR-Int. 2008, 24 (29); Koss, WRP 2006, 499 (506 ff.).

¹⁶⁸⁷ Hausmann/Obergfell, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 233 ff.; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 39 ff., 216 ff.; Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 142 ff.; Sack, WRP 2008, 845 (846 ff.).

Bei der dem Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO zugrunde gelegten Marktortregel handelt es sich um die Etablierung einer schutzzweckorientierten Interessenkollisionslösung im Sinne der Einwirkungstheorie. Denn Wettbewerbs- und Kartellrecht unterscheiden sich trotz einer gewissen konzeptionellen Nähe funktional voneinander. Das Wettbewerbsrecht blickt auf das Verhalten im Markt, das Kartellrecht auf das Ergebnis dieses Verhaltens. Marktanteile und erzielte Umsätze spielen im Wettbewerbsrecht als solche keine Rolle.¹⁶⁸⁸ Hinzu kommt die Tatsache, dass lauterkeitsrechtliche Tatbestände abstrakte Gefährungsdelikte und keine Erfolgsdelikte sind. Daher ist eine Anknüpfung an Auswirkungen, also Erfolge, unpassend.¹⁶⁸⁹ Außerdem spricht auch die starke Betonung marktordnungsrechtlicher Aspekte gegen die Übertragung der kartellrechtlichen Grundsätze. Dem Kartellrecht geht es um das Interesse der Allgemeinheit. Individualinteressen gelten ihm wenig. Das Wettbewerbsrecht beinhaltet eine Schutztrias, in der Individualinteressen gleich in zweierlei Gestalt aufscheinen, nämlich als Individualinteressen der Konkurrenten und als Individualinteressen der Marktgegenseite, insbesondere der Verbraucher.¹⁶⁹⁰

Die Entscheidung gegen das Auswirkungsprinzip ist natürlich nicht gleichbedeutend damit, dass jeder Blick auf kartellrechtliche Ansätze versperrt wäre.¹⁶⁹¹ Ganz im Gegenteil ist bei der Bestimmung des relevanten Marktes auf die Spürbarkeitsschwelle¹⁶⁹² abzustellen. Entscheidend ist aber, dass insoweit eine Transformation stattfindet, als dass das Spürbarkeitserfordernis nicht als eine *de-minimis-Regel* im Sinne des Kartellrechts funktioniert,¹⁶⁹³ sondern bei der Feststellung des relevanten Marktes als eine Korrektur des Marktortprinzips.

b) Bestimmung des relevanten Marktes bei unteilbaren Multistatedelikten

Eine der umstrittensten Fragen im Bereich des internationalen Wettbewerbsrechts ist der angemessene Umgang mit Multistate-Wettbewerbshandlungen, worunter jedes Wettbewerbsverhalten zu subsumieren ist, das die Märkte mindestens zweier Staaten berührt.¹⁶⁹⁴ Prominentes Beispiel ist natürlich Internetwerbung.

Es besteht Einigkeit darüber, dass bei Multistate-Wettbewerbshandlungen das Wettbewerbsgeschehen jeweils für die einzelnen Märkte in Teilakte aufzuspalten ist.¹⁶⁹⁵ Daran

¹⁶⁸⁸ Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 142.

¹⁶⁸⁹ Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 142.

¹⁶⁹⁰ Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 144.

¹⁶⁹¹ Siehe nur Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 147.

¹⁶⁹² Die hier besprochene Spürbarkeitsschwelle ist nicht mit der, die in § 3 UWG geregelt ist (siehe Gliederungspunkt Teil 2 B II 1), zu verwechseln, da Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO gemeinschaftsrechtsautonom auszulegen ist.

¹⁶⁹³ Vgl. nur Glöckner/Kur, GRUR-Beilage 1/2014, 29 (36).

¹⁶⁹⁴ Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 713; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 219.

¹⁶⁹⁵ Ständige Rechtsprechung seit BGH GRUR 1971, 153 (154) – Tampax; Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 225; Sack, WRP 2008, 845 (852).

hat auch die Regelung des Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO nichts geändert. Ähnlich wie im Strafrecht (§§ 3, 9 StGB) erfasst jedes Markttortrecht daher das Teilgeschehen auf genau seinem Markt. Auch eine (analoge) Anwendung des Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO, der nach der Systematik der Rom II-VO auf die Haftung aus Kartellrechtsverletzung gerichtet ist, kommt nicht in Betracht.¹⁶⁹⁶ Als Konsequenz des Markttortsprinzips handelt es sich bei Multistate-Wettbewerbshandlungen damit nicht um eine kumulative Anknüpfung bzw. im Gegensatz zu internationalem Deliktsrecht nicht um eine echte Kollision mehrerer Rechtsordnungen. Was auf dem deutschen Markt geschieht, beurteilt sich nach dem deutschen Recht.¹⁶⁹⁷ Denn der relevante Markt ist überall dort anzunehmen, wo in das Marktgeschehen eingegriffen wird.¹⁶⁹⁸ Der Ort der Netzeinspeisung ist als solcher demgemäß unerheblich, ebenso der Serverstandort.¹⁶⁹⁹ Ausgangspunkt für die Feststellung des relevanten Marktes ist daher die bloße Abrufbarkeit der Werbung.¹⁷⁰⁰ Bei irreführender Werbung ist daher der relevante Markt jeder Ort, an dem die geschäftlichen Entscheidungen der Verbraucher beeinflusst werden. Auch die wahrscheinliche Beeinträchtigung steht einer tatsächlichen gleich.¹⁷⁰¹

Ähnlich wie im Strafrecht führt die unveränderte Übertragung des Markttortprinzips auf das Internet folglich zu einem unerwünschten Ergebnis.¹⁷⁰² Ähnlich wie in der strafrechtlichen Literatur wird daher in der zivilrechtlichen Literatur schon seit langem nach einem Weg gesucht, um die unbegrenzte Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts zu reduzieren.

Es besteht Einigkeit darüber, dass nicht schon jeder noch so kleine Bezug der Wettbewerbshandlung zum Markttort für die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes im Sinne des UWG ausreichen kann, sondern dass eine „spürbare“ Einwirkung auf den deutschen Markt erforderlich ist. Danach sollen solche Werbemaßnahmen vom Anwendungsbereich des deutschen Rechts ausgeschlossen sein, die wegen fehlendem engen Bezug zum deutschen Markt nicht geeignet sind, den inländischen Wettbewerb zu beeinflussen.¹⁷⁰³ Das

¹⁶⁹⁶ Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 154a.

¹⁶⁹⁷ Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 225.

¹⁶⁹⁸ Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 156.

¹⁶⁹⁹ Hausmann/Obergfell, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 299; Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 166.

¹⁷⁰⁰ Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 156.

¹⁷⁰¹ Erwägungsgrund 21 der Rom II-VO.

¹⁷⁰² Vgl. BGH GRUR 2010, 261 (Rdn. 17 f.) – *www.rainbow.at I* mit Verweis auf BGHSt 46, 212 – *Auschwitzlüge im Internet*.

¹⁷⁰³ Statt vieler siehe nur KG GRUR-Int. 2002, 448 (449) – *Knoblauch-Kapseln*; KG WRP 2012, 102 (Rdn. 40) – *Zusatzkosten für Kreditkartenzahlungen*; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 225; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einleitung B, Rdn. 24.

bestimmt sich nach objektiven Kriterien,¹⁷⁰⁴ weil man zum einen vermuten kann, dass der Verbraucher bei alltäglich genutzten Waren und Dienstleistungen seine Nachfrage innerhalb eines gewissen Aktionsradiuses decken wird.¹⁷⁰⁵ Zum anderen kann man die Spürbarkeit einer Fernnachfrage von Produkten ausschließen, bei denen die durch eine internationale Erbringung entstehenden Zusatzkosten, wie Zoll- und Steuerkosten, im Verhältnis zum Wert der Leistung prohibitiv hoch sind.¹⁷⁰⁶ Beispielsweise könnte ein regional agierender Anbieter von Barbecue-Soßen in den USA auf Anfrage grundsätzlich willens sein, nach Deutschland zu liefern. Würden aber für den internationalen Versand Kosten anfallen, die den im Kaufpreis reflektierten Wert der Soßen weit übersteigen, so würde dieses Angebot von den deutschen Verbrauchern wahrscheinlich nicht nachgefragt. Dies schließt nicht aus, dass einzelne Verbraucher tatsächlich aufgrund der überragenden Qualität des Produkts gewillt wären, die hohen Versandkosten zu akzeptieren. Dies wird allerdings eine Seltenheit darstellen, so dass eine Spürbarkeit in Deutschland in diesem Beispiel ausscheiden würde.¹⁷⁰⁷

Für Vertreter einer Auswirkungstheorie ergibt sich das Spürbarkeitserfordernis zwingend aus der Anknüpfung an den Schutz des unverfälschten wirtschaftlichen Wettbewerbs.¹⁷⁰⁸ Aber auch die hier favorisierte Einwirkungstheorie greift auf die Spürbarkeit zurück, denn es ist davon auszugehen, dass dem Begriff der Beeinträchtigung nach Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO von vornherein der Aspekt der Spürbarkeit innewohnt,¹⁷⁰⁹ jedenfalls aber in diesen hineinzulesen ist,¹⁷¹⁰ auch wenn sich aus dem Verordnungsvorschlag aus dem Jahr 2003 im Gegensatz zur aktuellen Auffassung noch deutlich die Geltung einer Spürbarkeitsschwelle entnehmen¹⁷¹¹ ließ.¹⁷¹²

Ein Teil der Literatur, aber auch die Rechtsprechung, die die Zugrundelegung der dem kartellrechtlichen Auswirkungsprinzip entnommenen Spürbarkeitsgrenze als unpassend ablehnen, stützt sich dagegen auf das Kriterium der „Finalität“. Danach soll das deutsche

¹⁷⁰⁴ Statt vieler siehe nur KG GRUR-Int. 2002, 448 (449) – *Knoblauch-Kapseln*; *Drexl*, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 177; *Glöckner*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 163; *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 248; *Mankowski*, GRUR-Int. 1999, 909 (921); *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einleitung B, Rdn. 25.

¹⁷⁰⁵ *Nettlau*, Die kollisionsrechtliche Behandlung von Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerbsverhalten gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom II-VO, S. 236.

¹⁷⁰⁶ *Mankowski*, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 196.

¹⁷⁰⁷ *Nettlau*, Die kollisionsrechtliche Behandlung von Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerbsverhalten gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom II-VO, S. 236 f.

¹⁷⁰⁸ *Fezer/Koos*, in: Staudinger, IntWIR (2010), Rdn. 529; *Glöckner*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 158.

¹⁷⁰⁹ *Drexl*, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 177, 183.

¹⁷¹⁰ *Hausmann/Obergfell*, in: Fezer-UWG, Einleitung Teil I, Rdn. 293; *Klass*, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 248; *Mankowski*, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 210 ff.

¹⁷¹¹ Vgl. KOM (2003) 427 endg. vom 22.7.2003, S. 17 – *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*.

¹⁷¹² A.A. Sack, WRP 2008, 845 (854).

Recht nur dann Anwendung finden, wenn gezielt auf den deutschen Markt eingewirkt wird¹⁷¹³ bzw. wenn der Internetauftritt sich bestimmungsgemäß im Inland auswirkt.¹⁷¹⁴ Allerdings betonen auch die Vertreter des Finalitätskriteriums die objektiven Kriterien. Auch hier besteht also weitgehend Einigkeit darüber, dass eine rein subjektiv geprägte Finalität als Begrenzungskriterium des Marktortprinzips nicht geeignet ist.¹⁷¹⁵ Demgemäß ist die bloße bestehende oder fehlende Absicht, auf den inländischen Marktbereich einzuwirken, nach der Finalitätstheorie irrelevant.¹⁷¹⁶

Unabhängig davon, welcher Auffassung man folgt, kommt es also letztlich auf die Bewertung bestimmter objektiver Indizien an. In der Literatur und Rechtsprechung werden – neben der Sprache des Angebots¹⁷¹⁷ – z.B. folgende Kriterien als maßgeblich angesehen:¹⁷¹⁸ die konkrete Gestaltung von Websites, vor allem bezüglich der Angabe von Preisen in unterschiedlichen Währungen und Zahlungsoptionen,¹⁷¹⁹ wobei die Aussagekräftigkeit dieses Kriteriums angesichts der Internationalisierung der Zahlungsmodalitäten und der damit verbundenen Zunahme an Zahlungsmöglichkeiten per Kreditkarte immer mehr abnimmt;¹⁷²⁰ weitere Angaben auf der Website, etwa die Angabe von inländischen Kontaktdaten,¹⁷²¹ wie Telefonnummern, Faxnummern oder Adressen;¹⁷²² die Voreinstellungen der Websites, z.B. der Einsatz unterschiedlicher Sprachen;¹⁷²³ die angebotenen Versandmodalitäten, z.B. Angaben wie „main export markets: worldwide“, „we ship worldwide“;¹⁷²⁴ die Natur des beworbenen Produkts,¹⁷²⁵ weil für die Begrenzung der Ange-

¹⁷¹³ Z.B. Kotthoff, CR 1997, 676 (680 f.).

¹⁷¹⁴ BGH GRUR 2005, 431 (432) – *Hotel Maritime*; BGH GRUR 2006, 513 (Rdn. 21) – *Arzneimittelwerbung im Internet*; BGH GRUR 2007, 67 (Rdn. 15) – *Pietra di Soln*; BGH GRUR 2012, 621 (Rdn. 21) – *Oscar*; OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2012, 392 (393) – *Screen Scraping*; OLG München GRUR-RR 2013, 388 (389) – *Kleine-Partysonne*.

¹⁷¹⁵ Z.B. Kotthoff, CR 1997, 676 (680 f.) will eine „verobjektivierte Zielrichtung einer Wettbewerbshandlung“ ermitteln.

¹⁷¹⁶ Vgl. Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 162; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 222.

¹⁷¹⁷ BGH GRUR 2013, 417 (Rdn. 15) – *Medikamentenkauf im Versandhandel*; KG WRP 2012, 102 (Rdn. 40) – *Zusatzkosten für Kreditkartenzahlungen*; Drexler, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 179; Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 168; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, Einleitung, Rdn. 5.8; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einleitung B, Rdn. 25; Sack, WRP 2008, 845 (852); siehe aber auch Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 721 und Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 182, die darauf hinweisen, dass man wohl heute bei einer englischsprachigen Website davon ausgehen müsse, dass diese grundsätzlich geeignet ist, in jedem Staat eine erhebliche Wirkung zu entfalten.

¹⁷¹⁸ Zum Ganzen siehe Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 224, 248

¹⁷¹⁹ Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010), Rdn. 722; Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 187 ff.

¹⁷²⁰ Siehe nur Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 722; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 248 (Fn. 1057); Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 188.

¹⁷²¹ Vgl. nur EuGH NJW 2011, 505 (Rdn. 77 und 83) – *Pammer und Hotel Alpenhof*.

¹⁷²² Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 722; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 248; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einleitung B, Rdn. 25; a.A. Leible/Müller, NJW 2011, 495 (496).

¹⁷²³ Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 248; Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 183; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einleitung B, Rdn. 25.

¹⁷²⁴ Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 169.

botsreichweite sehr entscheidend ist, ob es sich um eine versandfähige oder eine schwer transportierbare oder verderbliche Ware handelt, ob sie überall zu gebrauchen ist oder es sich beispielsweise ganz offensichtlich um eine nur lokal zu erbringende Dienstleistung handelt;¹⁷²⁶ die Referenz auf bestimmte Rechtsordnungen oder die Belehrung über bestimmte nationale Widerrufsrechte;¹⁷²⁷ die Verwendung von klar formulierten und verständlichen Disclaimern (z.B. „aber nicht an deutsche Adressen“),¹⁷²⁸ wenn sich der Werbende auch tatsächlich daran hält;¹⁷²⁹ die Bezugsmöglichkeit im Inland und die auf der Website etwa durch einen Hinweis auf die Versandkosten bzw. auf die Lieferzeit ausgedrückte Bereitschaft des ausländischen Anbieters, die Waren auch an Inländer zu liefern,¹⁷³⁰ wobei hier allerdings zu beachten ist, dass ausdrücklich benannte hohe Aufschläge für die Lieferung nach Deutschland indizieren, dass die Werbemaßnahme nicht auf das Inland ausgerichtet ist;¹⁷³¹ Zuschnitt und Marktbedeutung des Anbieters, weil es sehr entscheidend ist, ob es sich um einen lokalen retailer mit Lager oder um ein überregional oder international tätiges Unternehmen handelt;¹⁷³² der Ort, an dem der Anbieter oder von diesem beauftragte Unternehmen eventuell erwartete after-sales Leistungen in Service, Beratung und ggf. Wartung oder Reparatur so erbringen können, dass die Kundenerwartungen effektiv zufrieden gestellt werden;¹⁷³³ die bisherige Absatztätigkeit des Anbieters mit Kunden aus Deutschland, weil die hohe Anzahl der bisher abgeschlossenen Verträge mit inländischen Adressaten zum Ausdruck bringt, dass der Anbieter mit seinem Internetauftritt den deutschen Markt anvisiert;¹⁷³⁴ die Wiedergabe von Kundenbewertungen von Kunden aus Deutschland.¹⁷³⁵

Diese Kriterien können uneingeschränkt auch auf die §§ 3, 9 StGB übertragen und somit auch bei der Feststellung des Geltungsbereichs des deutschen Wettbewerbsstrafrechts im Internet nach § 16 Abs. 1 UWG fruchtbar gemacht werden, insbesondere in den Fällen, in denen der ausländische Täter irreführende Angaben auf Server eines ausländischen Auktionshauses einspeist, also in den Fällen, in denen auf den ersten Blick wenig Verbindung

¹⁷²⁵ Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 722; Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 164; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 248; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einleitung B, Rdn. 25.

¹⁷²⁶ Für die Einzelheiten Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 194 ff.

¹⁷²⁷ Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 248; Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 192.

¹⁷²⁸ Fezer/Koos, in: Staudinger, IntWIR (2010) Rdn. 725; Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 166; Klass, in: GK-UWG, Einleitung Teil D, Rdn. 248; Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 206 ff.; Sack, WRP 2008, 845 (852).

¹⁷²⁹ Siehe nur BGH GRUR 2006, 513 (Rdn. 22) – *Arzneimittelwerbung im Internet*.

¹⁷³⁰ Drexler, in: MüKo-BGB, IntUnlWettR, Rdn. 180; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einleitung B, Rdn. 25.

¹⁷³¹ Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 190.

¹⁷³² Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 164.

¹⁷³³ Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 164.

¹⁷³⁴ Glöckner, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einleitung C, Rdn. 163; a.A. Mankowski, GRUR-Int. 1999, 909 (919).

¹⁷³⁵ EuGH NJW 2011, 505 (Rdn. 83) – *Pammer und Hotel Alpenhof*.

der Werbung zu Deutschland besteht. Die Tatsache, dass, während im System des internationalen Wettbewerbsrechts unter Umständen auch das ausländische Recht Geltung beanspruchen kann, das internationale Wettbewerbsstrafrecht dagegen lediglich einseitig wirkt, ändert nichts. Denn die nach der Entweder-oder-Lösung im Strafanwendungsrecht keine Rolle spielende Möglichkeit einer Geltung des ausländischen Rechts hängt davon ab, ob der Rechtsanwender die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts zunächst anhand dieser objektiven Kriterien positiv ausschließen kann oder nicht.



C. ZURECHNUNG DES INLÄNDISCHEN TATORTES IM FALLE DER MITTÄTERSCHAFT DURCH UNTERLASSEN

Das bisher Gesagte gilt nur für den Anbieter, also nur für den Content-Provider (§ 7 Abs. 1 TMG). Bei Fremdversteigerungen besteht allerdings zwischen Auktionshaus, Anbieter und Bieter ein Dreiecksverhältnis, das das gesamte Haftungssystem bei Online-Auktionen prägt. Genau aus diesem Grund kann auch das Auktionshaus als Host-Provider (§ 10 TMG) im Falle einer Verletzung der spezifischen Überwachungspflichten (§ 7 Abs. 2 Satz 1 TMG) neben dem Content-Provider zur Verantwortlichkeit herangezogen werden. Wie oben bereits herausgefunden, ist dies ohne Zweifel der Fall, wenn das Auktionshaus von rechtswidrigen Inhalten auf seiner Plattform erfährt, jedoch nichts unternimmt, um die betreffenden Daten zu löschen.¹⁷³⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht kommt die strafrechtliche Verantwortung des Auktionshauses aber auch dann in Betracht, wenn es nicht genügend Vorsorgemaßnahmen im Sinne der „Jugendgefährdende Medien bei eBay“-Entscheidung trifft, um weitere gleichartige Rechtsverletzungen seiner Nutzern zu verhindern.¹⁷³⁷

Dass das deutsche Strafrecht im Fall einer Verletzung der spezifischen Überwachungspflicht *auch* für das sich in Deutschland niederlassende Auktionshaus ohne weiteres gilt, steht außer Zweifel, insbesondere dann, wenn der Täter von Deutschland aus irreführende Angaben auf die Server des Auktionshauses hochlädt.

Aufklärungsbedürftig ist allerdings die Frage, ob das sich in Deutschland niederlassende Auktionshaus auch dann zur Verantwortlichkeit herangezogen werden kann, wenn der Täter vom Ausland aus irreführende Angaben auf Server des Auktionshauses hochlädt. Ebenso bleibt ferner die Frage offen, ob auch ein ausländisches Auktionshaus zur Verantwortlichkeit herangezogen werden kann, wenn der Täter von Deutschland oder vom Ausland aus irreführende Angaben auf Server des Auktionshauses hochlädt.

¹⁷³⁶ Siehe Gliederungspunkt Teil 3 C II 2.

¹⁷³⁷ Siehe Gliederungspunkt Teil 3 C II 3.

Nach den Vorschriften des Strafanwendungsrechts sollen diese Fragen im Rahmen des Handlungsortes i.S.d. § 9 Abs. 1 1. Alt. StGB diskutiert werden.¹⁷³⁸ Denn der Handlungsort beim Unterlassungsdelikt begründet gemäß § 9 Abs. 1 2. Alt. StGB einen Tatort für den Täter dort, wo er „hätte handeln müssen“. Als Handlungsorte kommen folglich sämtliche Orte in Betracht, an denen sich der Unterlassungstäter während der Dauer seiner Handlungspflicht aufhält („Aufenthaltort“) und an denen er die gebotene Handlung hätte vornehmen können und müssen („Vornahmeort“, „Erfolgsabwendungsort“).¹⁷³⁹ Zudem sind alle Orte potentielle Handlungsorte, an die sich der Unterlassungstäter hätte begeben können und müssen, um zu handeln.¹⁷⁴⁰ Darüber hinaus kommt auch der Ort der Auswirkung einer Kontrollversäumnis als Tatort in Betracht.¹⁷⁴¹

Für die bei Online-Auktionen in Betracht kommenden Fälle einer Verletzung der spezifischen Überwachungspflichten bedeutet dies, dass aufgrund der globalen Struktur des Internets *immer* ein Vornahmeort – und somit ein Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 2. Alt. StGB – in Deutschland anzunehmen ist,¹⁷⁴² weil das Auktionshaus die gebotene Handlung immer – zumindest in technischer Hinsicht – in Deutschland hätte vornehmen können.¹⁷⁴³

Das ist sicherlich kein erwünschtes Ergebnis. Zwar vermittelt die Möglichkeit einer Haftung vor deutschen Gerichten dem Auktionshaus sinnvolle Anreize, Zugang und Angebote auf seinem Marktplatz zu kontrollieren mit der Folge, dass die Verbraucher bei Online-Auktionen besser geschützt werden. Die deutschen Strafverfolgungsbehörden dürfen aber nicht zu Internet-Weltpolizisten werden. Man muss daher – wie im Rahmen der oben geführten Diskussion über den Content-Provider – über die denkbaren territorialen Anknüpfungspunkte nachdenken, um die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts lediglich auf die Fälle zu beschränken, die einen engen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland aufweisen, sowie um das Auktionshaus gegenüber allen anderen Wirtschaftsunternehmen nicht zu benachteiligen. Das Problem liegt allerdings darin, dass große Teile der oben

¹⁷³⁸ Natürlich kommt auch bei Unterlassungsdelikten der Ort des Erfolges i.S.d. § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB als Tatort in Betracht, Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 9 Rdn. 5; Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 21.

¹⁷³⁹ Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 14; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 9 Rdn. 5; Fischer, StGB, § 9 Rdn. 9; Lackner/Kühl, StGB, § 9 Rdn. 2; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 9 Rdn. 3; Werle/Jeßberger, in: LK, § 9 Rdn. 19; a.A. „nur Aufenthaltort“: Böse, in: NK-StGB, § 9 Rdn. 7; Jakobs, Strafrecht AT, 5. Abschn. Rdn. 24; Zöllner, in: AnwaltK-StGB, § 9 Rdn. 7; „nur Erfolgsabwendungsort“: Gribbohm, in: LK (11. Auflage), § 9 Rdn. 17; Walter, JuS 2006, 870 (871).

¹⁷⁴⁰ Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 14; Hoyer, in: SK-StGB, § 9 Rdn. 4; einschränkend Rotsch, ZIS 2010, 168 (172): wenn die Unterlassung am Durchgangsort den Versuchsbeginn markiere; Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 9 Rdn. 3; a.A. (wiederum) Rotsch, ZIS 2006, 17 (20 Fn. 37).

¹⁷⁴¹ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 9 Rdn. 5.

¹⁷⁴² Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 5. Abschn. Rdn. 24: „Bei Unterlassungshaftung aus Verkehrspflichten ist der Tatort auch der Ort, an dem die Gefahrenquelle liegt.“

¹⁷⁴³ Vgl. Gliederungspunkt Teil 3 C I 3.

dargestellten Einschränkungsversuche (z.B. Einschränkungsversuche durch subjektive Komponente, analoge Anwendung des § 7 StGB, Unterscheidung zwischen Pull- und Push-Technologien) mit ähnlichen Gründen entweder gar nicht, oder im besten Fall in einem sehr begrenzten Umfang auf die Tätigkeiten des Auktionshauses übertragen werden können. So sind etwa die Kriterien, die das Marktortprinzip konkretisieren und somit bei Multistatedelikten durch die Spürbarkeitsklausel zu nachvollziehbaren Ergebnissen führen, an erster Stelle für die Tätigkeiten des Content-Providers zugeschnitten, weil das Auktionshaus das beanstandete Angebot nicht selbst anbietet und aufgrund des automatischen Verfahrens mit den eingespeisten irreführenden Angaben nicht zu tun hat. Auch eine Korrektur über § 17 StGB führt hier zu keinen überzeugenden Ergebnissen, weil das Auktionshaus in der Regel ein wirtschaftlich sehr erfolgreiches Unternehmen ist, das sich zusätzliche juristische Mitarbeiter leisten kann. Es ist deshalb in der Lage, sich über das deutsche Recht zu erkundigen.

Es muss daher eine Lösung gefunden werden, die den Besonderheiten des Wettbewerbsrechts bei Online-Auktionen Rechnung trägt: Das Auktionshaus wird nicht belangt, weil es sich in seinem eigenen Wettbewerb mit seinen eigenen unmittelbaren Konkurrenten in dem von ihm selber betriebenen Geschäftszweig unlauterer Mittel bedient hätte. Es wird belangt, weil es durch die Verletzung seiner Verkehrssicherungspflichten seinen Kunden eine Möglichkeit verschafft, durch irreführende Angaben den eigenen Absatz zu fördern. Das Auktionshaus wird also deshalb belangt, weil es den Absatz eines *fremden* Unternehmens, das die Online-Auktion lediglich als einen Absatzkanal benutzt und damit Wettbewerb betreibt, fördert.¹⁷⁴⁴ Die Lösung muss deshalb von der eigenen Gefährdungshaftung des Auktionshauses losgelöst sein.¹⁷⁴⁵

Ausgehend von diesen Überlegungen sollte es auf der Hand liegen, dass die strafrechtliche Verantwortung für eine Förderung *fremden* Wettbewerbs sich danach richten soll, welche Märkte das unmittelbare Angebot objektiv anvisiert. Strafanwendungsrechtlich soll der Umfang der Garantenstellung des Auktionshauses daher dem Recht des Marktes unterliegen, auf welchen die Werbemaßnahmen des Anbieters abzielen. Dies entspricht nicht nur der im Zivilrecht herrschenden Ansicht, dass die Störerhaftung¹⁷⁴⁶ sowie die

¹⁷⁴⁴ Vgl. (im Rahmen der Störerhaftung) Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 344; Mankowski, GRUR-Int. 1999, 995 (1003).

¹⁷⁴⁵ A.A. Kur, WRP 2011, 971 (980); (zu Access-Provider) Mankowski, RabelsZ 63 (1999), 203 (288), wenn es um Immaterialgüterrechtsverletzungen geht.

¹⁷⁴⁶ BGH GRUR 1971, 153 (154) – *Tampax*; BGH GRUR 1982, 495 (497) – *Domgarten-Brand*; BGH GRUR 1998, 419 (420) – *Gewinnspiel im Ausland*; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, Einleitung, Rdn. 5.9; Mankowski, in: MüKo-UWG, IntWettR, Rdn. 346; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einleitung B, Rdn. 18.

Haftung wegen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten¹⁷⁴⁷ an das Deliktsstatut des Täters anzuknüpfen sind. Durch diese Lösung wird auch das unwillkommene Ergebnis des Ubiquitätsprinzips im Sinne von § 9 Abs. 1 2. Alt. StGB im Internet verhindert, nämlich dass die Haftung des Auktionshauses wegen Unterlassens weiter reichen kann als die Haftung des Anbieters aufgrund seines Tuns. Diese Lösung bringt auch eine Rechtsicherheit mit sich. Unterwirft man die Frage nach der Geltung des deutschen Strafrechts für das Auktionshaus dem Statut des Anbieters, so richten sich Haftungsverstärkungen wie Haftungsprivilegierungen für Host-Provider ebenfalls nach dem deutschen Strafrecht, wenn die Werbemaßnahmen des Anbieters auf den deutschen Markt ausgerichtet sind. Alle Beteiligten lassen sich demzufolge nach deutschem Strafrecht verantworten, unabhängig davon, in welchem Land das Auktionshaus seinen Sitz hat. Denn Art. 12-14 ECRL hat der Gesetzgeber mit dem TMG umgesetzt, ohne hinsichtlich der Haftungsprivilegierung zwischen Diensteanbietern aus Mitgliedstaaten und Drittstaaten zu unterscheiden.¹⁷⁴⁸

Für diese Lösung spricht auch die Funktionsweise des § 25 Abs. 2 StGB. Wie oben herausgefunden wurde, ist das Auktionshaus weder ein Gehilfe¹⁷⁴⁹ noch ein Nebentäter. Es ist Mittäter.¹⁷⁵⁰ Es sollte deshalb kein Zweifel daran bestehen, dass bei der Frage der Bestimmung des Geltungsbereichs des deutschen Strafrechts das objektive Angebot eines Mittäters auch für das Auktionshaus maßgeblich sein soll. Zwar greift man in der Regel nur deshalb auf § 25 Abs. 2 StGB zurück, um das deutsche Strafrecht auch für die Fälle für anwendbar zu erklären, in denen einer der Mittäter im Inland, der andere hingegen ausschließlich im Ausland gehandelt hat. § 25 Abs. 2 StGB kommt also grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn man unbedingt davon ausgehen will, dass jedem Mittäter auch die Handlung der übrigen Mittäter wie seine eigene Handlung zugerechnet werden soll.¹⁷⁵¹ Das ist durchaus richtig, weil kein Grund ersichtlich ist, weshalb nicht die beteiligungsdogmatischen Grundsätze des materiellen Strafrechts in das Strafanwendungsrecht übertragen werden können sollen. Unter strafanwendungsrechtlicher Perspektive kann die gegenseitige Zurechnungsfunktion des § 25 Abs. 2 StGB aber auch mit einer einschrän-

¹⁷⁴⁷ Ausdrücklich: Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Einleitung B, Rdn. 18.

¹⁷⁴⁸ Ebenso KG MMR 2014, 46 (50) – *Umfang der Prüfpflicht bei Hotel-Bewertungsportal*.

¹⁷⁴⁹ Aus diesem Grund soll hier die durchaus problematische Regelung von § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB, welche das Prinzip der Akzessorietät der Teilnahme zugunsten einer Verselbstständigung der Strafbarkeit des Teilnehmers aufgibt (vgl. nur Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 39 ff.; Bär, in: Leible/Sosnitza, Versteigerungen im Internet, Rdn. 1397), nicht weiter besprochen werden.

¹⁷⁵⁰ Siehe Gliederungspunkte Teil 3 C II 2 b) und Teil 3 C II 3 e).

¹⁷⁵¹ BGHSt 39, 88 (90) – *Tatort für Straftat des Mittäters*; Ambos/Ruegenberg, in: MüKo-StGB, § 9 Rdn. 10; Böse, in: NK-StGB, § 9 Rdn. 5; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 9 Rdn. 4; Fischer, StGB, § 9 Rdn. 3a; Lackner/Kühl, StGB, § 9 Rdn. 2; Miller/Rackow, ZStW 117 (2005), 379 (411 f.); Rotsch, ZIS 2010, 168 (172 f.); Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 9 Rdn. 10; Werle/Jeffberger, in: LK, § 9 Rdn. 13; Zöller, in: AnwaltK-StGB, § 9 Rdn. 6; a.A. Heinrich, in: FS-Weber, S. 91 (107 f.); Hoyer, in: SK-StGB, § 9 Rdn. 5.

kenden Wirkung auf § 9 Abs. 1 2. Alt. StGB übertragen werden, insbesondere dann, wenn – wie hier – jegliche Einschränkungsversuche zu § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB beim Content-Provider aufgrund eines überall annehmbaren Vornahmeortes im Falle eines Unterlassens des Auktionshauses als Mittäter ins Leere laufen würde.



TEIL 5:

ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE

Das Ziel dieser Arbeit war es, die Frage, inwieweit die klassischen Normen des Verbraucherschutzstrafrechts auf neue Erscheinungsformen der Werbung im Internet reagieren und welche Schutzmechanismen vor irreführenden Angaben im Internet sie bereitstellen können, am Beispiel von Online-Auktionen einer Klärung zuzuführen und Vorschläge für die Fortentwicklung zu einem besseren strafrechtlichen Verbraucherschutz zu unterbreiten.

Insbesondere haben sich folgende offene Fragestellungen herauskristallisiert, die den Gegenstand der vorliegenden Arbeit gebildet haben:

- (1) Kann das Phänomen „Betrug bei Online-Auktionen“ auf der Basis der von Rechtsprechung und herrschender Lehre entwickelten Grundsätze tatsächlich als strafbare Handlung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB erfasst werden?
- (2) Kann § 16 Abs. 1 UWG theoretisch etwaige Strafbarkeitslücken, die § 263 Abs. 1 StGB offen lässt, schließen, und wenn ja, warum bleibt die Bedeutung der Norm in der Praxis bisher hinter § 263 Abs. 1 StGB zurück, obwohl sie vom Vermögensschadenstatbestand befreit ist?
- (3) Wer ist für irreführende Angaben im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG verantwortlich?
- (4) Kann auf aus dem Ausland stammende, in Deutschland abrufbare Angebote mit irreführenden Inhalten § 16 Abs. 1 UWG überhaupt Anwendung finden?

§ 1: ANTWORT ZU DEN FRAGEN 1 UND 2

Die ersten zwei Fragen standen im Mittelpunkt des *zweiten* Teils der Arbeit. Die Untersuchung konzentrierte sich zunächst auf die Relevanz des § 263 Abs. 1 StGB, weil die Täuschungshandlungen, von denen der Anbieter einen Vermögensvorteil erwartet, den er bei einem unmanipulierten Ablauf nicht gehabt hätte, in der aktuellen Strafverfolgung zumindest dann, wenn sie Verbraucher zum Opfer haben, fast ausschließlich an dieser Norm gemessen werden. In nächsten Schritt wurde das Verhältnis des § 16 Abs. 1 UWG zum zivilrechtlichen Irreführungsverbot (§ 5 UWG) einerseits und zu § 263 Abs. 1 StGB andererseits ausführlich beleuchtet, um das Recht der irreführenden Werbung *de lege lata* und *de lege ferenda* besser einordnen zu können. Danach wurden die einzigen Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 1 UWG untersucht bzw. kritisch hinterfragt, um herauszufinden, welche Novellierungen auf der Tatbestandsebene für einen besseren Verbraucherschutz im Vorfeld des § 263 Abs. 1 StGB erforderlich sind. Die Untersuchung hat folgende Ergebnisse erbracht:

A. Bedeutung und Grundzüge des Schadensmerkmals

1. § 263 Abs. 1 StGB erfasst als reines Vermögensdelikt nicht jeden irreführenden Werbeschwindel. Nicht das Interesse an der Dispositionsfreiheit der Verbraucher und an der Gewährleistung der Lauterkeit des Wirtschaftsverkehrs, sondern allein der Schutz des Vermögens bildet die primäre kriminalpolitische Funktion dieser Strafbestimmung. Das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens kann daher nicht nach dem Motto definiert werden: „Wo eine Täuschung ist, ist auch ein Schaden.“ Ganz im Gegenteil: Aufgrund des verfassungsrechtlichen Verschleiﬀungsverbots ist im konkreten Einzelfall im Wege einer objektiven Gesamtsaldierung – bei der alle vermögenswerten Zuflüsse, die dem Verbraucher unmittelbar aufgrund des Austauschgeschäfts kraft Gesetzes oder infolge vertraglicher Vereinbarung erwachsen, berücksichtigt werden müssen – gesondert und sorgfältig zu prüfen, ob durch das in Frage stehende Geschäft tatsächlich eine für den Verbraucher nachteilige Vermögensdifferenz eingetreten ist.¹⁷⁵²

Der Anbieter, der sich bei der Versteigerung seines Produkts irreführender Angaben bedient, begeht demnach nur dann einen vollendeten Betrug, wenn durch die Vertragserfüllung beim Bieter ein Vermögensschaden entsteht, oder wenn aufgrund eines täuschungsbedingt erlangten minderwertigen Gegenanspruchs mit der Gefährdung des Vermögens des Bieters schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ernstlich gerechnet werden kann.

¹⁷⁵² Gliederungspunkte Teil 2 A I und Teil 2 A III 2 b); siehe auch Teil 2 A IV 1.

2. Zwar dürfen auch die normativen Gesichtspunkte bei der Bewertung des Vermögensschadens eine Rolle spielen. Um eine Umfunktionierung des Betrugstatbestandes in ein Freiheitsdelikt zu verhindern, sollten aber diese Ausnahmen des Prinzips der objektiven Gesamtsaldierung sehr eng ausgelegt werden. Insbesondere statt durch die großzügige Anerkennung des individuellen Schadenseinschlags in den tabuisierten Schutz der Dispositionsfreiheit zu geraten, sollte man bemerken, dass ein individueller Schadenseinschlag in der Regel nur dort diskutiert wird, wo eine irreführende Werbung vorlag, sodass an sich § 16 Abs. 1 UWG anwendbar gewesen wäre. Das deutsche Täuschungsstrafrecht stellt also für solche Fälle ein geeignetes Instrument zur Verfügung, ohne dabei gezwungen zu sein, das Prinzip der Gesamtsaldierung kontinuierlich zu untergraben.¹⁷⁵³

Es ist deshalb verfehlt, Betrug bei jedem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft anzunehmen. Allein der Umstand, dass einer Ware besonders zugesicherte Eigenschaften fehlen, berechtigt noch nicht zur Bejahung eines Betrugsschadens, solange die Ware objektiv ihren Preis wert ist.

B. Betrugsrelevanter Vermögensschaden bei Online-Auktionen – Die Unanwendbarkeit des § 263 Abs. 1 StGB

3. Hält man an diesen Grundsätzen fest und versteht § 263 Abs. 1 StGB als Vermögensdelikt, sollte man ohne Mühe bemerken, dass § 263 Abs. 1 StGB eigentlich kein geeignetes Instrument ist, die auktionsspezifischen Manipulationen zu pönalisieren. In den meisten Fällen scheidet ein vollendeter Betrug mangels materiellen Schadens – auch in Form der Vermögensgefährdung – aus, weil die Täuschung letztlich zum Abschluss eines wirtschaftlich ausgewogenen, allerdings nicht recht willkommenen Austauschgeschäftes führt. Der Betrug schützt aber nur vor einem Ärmerwerden.

4. So kann man etwa in einem Fall, in dem der Anbieter wahrheitswidrig angebe, es handle sich um hochwertige Originalfelgen der Marke Porsche, obwohl es sich in Wahrheit lediglich um Plagiatsfelgen handle, nicht vorschnell den Vermögensschaden annehmen, solange die Ware ihren Preis wert ist. Denn es widerspricht einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung, den Gesamtvorgang in eine Phase des Reicherwerdens durch den vorteilhaften Vertragsabschluss und eine Phase des Ärmerwerdens durch die Erfüllung zu zerlegen.¹⁷⁵⁴ Ein Vermögensschaden ergibt sich auch nicht aus den erforderlichen Folgeinvestitionen für die behördliche Zulassung, wenn Kaufpreis und Folgeinvestitionen sich noch innerhalb desjenigen Werts bewegen, den die gelieferte Ware zum Zeitpunkt der

¹⁷⁵³ Gliederungspunkt Teil 2 A III 2 b) bb).

¹⁷⁵⁴ Gliederungspunkt Teil 2 A III 2 b) aa).

Verfügung ausweist.¹⁷⁵⁵ Ein Vermögensschaden kann auch nicht vorschnell mit der Überlegung einer möglichen Einziehung der Plagiatsware – dass eine von dritter Seite drohende Gefahr ebenso zu einer Minderwertigkeit führen kann, die dann wiederum ein Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zur Folge hätte, selbst wenn sich Leistung und Gegenleistung ursprünglich entsprechen – begründet werden. Denn der Bieter darf im Allgemeinen die Erwartung haben, dass das ihm bei eBay angebotene Produkt kein Plagiat darstellt, wenn der Anbieter bei der Produktbeschreibung ausdrücklich einen Markennamen verwendet. Man kann weder von einer Quasi-Beihilfe noch von einer Quasi-Hehlerei ausgehen.¹⁷⁵⁶

5. Die Beispiele zu der Unanwendbarkeit des § 263 Abs. 1 StGB bei Online-Auktionen können beliebig vermehrt werden. So etwa lässt sich eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betruges in Fällen von „Shill-Bidding“ nur dann begründen, wenn der Bieter durch Manipulation für die versteigerte Ware etwas mehr bezahlt als den hypothetischen Marktpreis, der sich bei funktionierendem Wettbewerb gebildet hätte. Da aber bei B2C- bzw. C2C-Auktionen von einem hypothetischen Marktpreis nur ausnahmsweise die Rede sein kann, sollte diese Konstellation eine Ausnahme darstellen. In vielen Fällen, in denen kein hinreichend sicher ermittelbarer Marktpreis als Bezugspunkt für eine Schadensermittlung vorliegt, bleibt der Bieter schutzlos, weil der Exspektanz des Bieters im Rahmen eines Online-Auktionsvorgangs in Richtung des Abschlusses eines günstigen Kaufgeschäfts mangels hinreichender Konkretisierung der Aussicht und fehlender Abschirmmacht in der Bietphase kein Vermögenswert zuzuerkennen ist.¹⁷⁵⁷

6. Auch in Fällen von „Feedback-Manipulation“ kann von einem Schaden im Wege des Prinzips der Gesamtsaldierung keine Rede sein, wenn sich kein Unterschied zwischen dem Gesamtwert des Vermögens vor und nach der irrtumsbedingten Vermögensverfügung ergibt, weil die wirtschaftliche Vergangenheit des Anbieters und/oder die Enttäuschung des Bieters, dass er den Vertrag mit etwas weniger seriösen Vertragspartner schließt, als er gedacht hatte, in die Gesamtsaldierung nicht einzubeziehen sind. In diesen Fällen scheidet auch ein Eingehungsbetrug in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung aus. Zwar wird das Bewertungssystem vom Anbieter ausgenutzt, um das Bewertungsprofil zu manipulieren und so Vertrauen in die eigene Verlässlichkeit zu schaffen. Die Täuschung über die Seriosität in der Vergangenheit durch das Auftreten des Anbieters mit einem manipulierten Bewertungsprofil führt aber keinen Schaden herbei. Der

¹⁷⁵⁵ Gliederungspunkt Teil 2 A III 2 b) bb).

¹⁷⁵⁶ Gliederungspunkt Teil 2 A III 2 b) cc).

¹⁷⁵⁷ Gliederungspunkt Teil 2 A IV.

Anbieter schafft lediglich eine Gefahr, die allerdings noch nicht genügt, um einen Schaden darstellen zu können.¹⁷⁵⁸

7. Die Untersuchung hat ferner gezeigt, dass ein Vermögensschaden auch in den Fällen zu verneinen ist, in denen der Anbieter zwar eine über das von ihm versteigerte Produkt irreführende Angabe macht, den Bieter aber über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt.¹⁷⁵⁹ Ein Vermögensschaden ist auch in den Fällen zu verneinen, in denen der Bieter zur Leistung Zug-um-Zug verpflichtet ist. Das ist bei Online-Auktionen etwa dann der Fall, wenn der Bieter die Zahlung unter Einschaltung eines Treuhandsystems vornimmt.¹⁷⁶⁰ In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass sogar im Fall der Lieferung etwa eines billigen Imitats nur ein versuchter Betrug vorliegt, weil die Einschaltung eines Treuhandsystems bzw. das Widerrufsrecht letztendlich die mit dem nachteiligen Vertragsschluss verbundene Vermögensgefährdung wirtschaftlich kompensieren.

C. Irreführende Werbung im Anwendungsfeld des § 16 Abs. 1 UWG

8. Die weitgehende Unanwendbarkeit des § 263 Abs. 1 StGB soll aber nicht bedeuten, dass der Bieter als Opfer derartigen Täuschungen im Bereich der Online-Auktionen völlig preisgegeben ist. Die in der Praxis bisher kaum eine Rolle spielende Norm, § 16 Abs. 1 UWG, sollte gerade hier ins Spiel kommen. Denn wenn man den Wortlaut der Norm näher betrachtet, stellt man ohne Mühe fest, dass mit der als „irreführende Werbung“ durch unwahre Angaben beschriebenen Tathandlung die Vorschrift an den zivilrechtlichen Irreführungsverbotstatbestand des § 5 UWG anknüpft und im Gegensatz zum Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB keinen Irrtum und keinen Vermögensschaden verlangt und damit einen Schutz im Vorfeld des Betruges bietet.

9. Da die zivilrechtliche Bestimmung des § 5 UWG grundsätzlich alle irreführenden Angaben verbietet und § 16 Abs. 1 UWG vom Vermögensschadenstatbestand befreit ist, sollte daher die zweite Frage, ob § 16 Abs. 1 UWG etwaige Strafbarkeitslücken schließt, die § 263 Abs. 1 StGB offen lässt, eigentlich klar und kurz beantwortet werden. Doch dies ist nicht der Fall, weil die Normen so sehr unterschiedlich ausgestaltet sind mit der Folge, dass in manchen Fällen die täuschenden Angaben, die – schon im C2C-Bereich – eine Strafbarkeit wegen versuchten Betruges auslösen können, im Vorfeld und gerade im B2C-Bereich nicht tatbestandsmäßig sind. Denn der Gesetzgeber hat § 16 Abs. 1 UWG mit zahlreichen Tatbestandsmerkmalen belastet, die sich weder bei § 263 Abs. 1 StGB noch bei § 5 UWG finden lassen, obwohl das Wettbewerbsstrafrecht seinem Willen nach

¹⁷⁵⁸ Gliederungspunkt Teil 2 A V.

¹⁷⁵⁹ Gliederungspunkte Teil 2 A VI 2 und 3.

¹⁷⁶⁰ Gliederungspunkt Teil 2 A II.

offensichtlich die Aufgabe übernehmen soll, eine Brücke zwischen dem zivilrechtlichen Irreführungsverbot und dem Kern des Täuschungsschutzstrafrechts zu schaffen.

10. Es steht deshalb fest, dass der tatsächliche Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG im geltenden Recht aufgrund seiner tatbestandlichen Ausgestaltung weit hinter dem potenziellen Anwendungsbereich zurückbleibt. Dass die Zahl der jährlich registrierten Verurteilungen nach § 16 Abs. 1 UWG sehr gering ist, liegt also nicht an der mangelnden Strafwürdigkeit oder an der Strafbedürftigkeit. § 16 Abs. 1 UWG ist einer Reform bedürftig.¹⁷⁶¹

11. Natürlich dürfen nicht alle Tatbestandsmerkmale, die zu den unterschiedlichen Anwendungsbereichen der Normen führen, sowie die Maßstäbe, an denen die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 1 UWG gemessen werden, in Frage gestellt werden. Es ist nicht zu vergessen, dass sich das Abstellen auf das europäische Verbraucherleitbild, das Verlangen einer geschäftlichen Handlung sowie das Eignungselement aus dem Verweis auf § 5 UWG ergeben, welcher die vollharmonisierenden Vorgaben der UGP-RL in das deutsche Recht umsetzt. Auch das Tatbestandsmerkmal „Publikumswerbung“ darf nicht in Frage gestellt werden, weil gerade es den Schutz der Dispositionsfreiheit im Vorfeld legitimiert.

12. Die bei den objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen auffälligen weiteren Unterschiede können aber durchaus kritisch hinterfragt werden: Es ist sehr fragwürdig, wieso sich der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG aufgrund des Begriffs der „Werbung“ nur auf den Zeitraum „vor“ Vertragsabschluss beschränken soll, während die §§ 5 UWG, 263 Abs. 1 StGB jede irreführende Angabe vor, bei und nach einem Geschäftsabschluss verbieten. Ebenso ist es kaum erklärbar, warum nur die Konstellationen, die als ausdrückliche Täuschung i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB bezeichnet sind, tatbestandsmäßig sein sollten, während nach den §§ 5 UWG, 263 Abs. 1 StGB der Bieter auch durch konkludente Täuschung oder sogar durch objektiv zutreffende Angaben in die Irre geführt werden kann. Hier ist etwa an die Fälle zu denken, in denen der Anbieter schlüssig erklärt, dass die positiven Bewertungen nicht von ihm selbst stammen (Feedback-Manipulation) oder in denen er schlüssig deutet, dass er die Preisentwicklung durch die Scheingebote nicht manipuliert (Shill-Bidding). Auch das Verlangen einer Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, ist kritikwürdig. Hier ist lediglich an die Strafbarkeitslücke im Fall einer irreführenden Widerrufsbelehrung zu denken.¹⁷⁶²

¹⁷⁶¹ Gliederungspunkt Teil 2 C I.

¹⁷⁶² Zum Ganzen siehe Gliederungspunkt Teil 2 B; insbesondere Teil 2 B II 2 c).

D. § 16 Abs. 1 UWG: De lege lata – de lege ferenda

Die Untersuchung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 1 UWG de lege lata und de lege ferenda mit diesem Hintergrund¹⁷⁶³ hat folgende Ergebnisse gebracht:

I. Irreführung

13. Die erste Voraussetzung für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 16 Abs. 1 UWG ist ein irreführendes Werben. Die Auslegung dieses Merkmals ist an § 5 UWG orientiert. Entscheidend für die Grenzziehung bei der Irreführung ist in § 16 Abs. 1 UWG daher die Bestimmung der Verkehrsauffassung, die wiederum von dem Opferleitbild geprägt ist.¹⁷⁶⁴

Das Opferleitbild ist bei § 16 Abs. 1 UWG der durchschnittlich aufmerksame, informierte und verständige Verbraucher, der weder naiv noch ohne Kenntnis von den Anforderungen im Geschäftsleben ist. Er ist vielmehr mit dem Wirtschafts- und Rechtssystem vertraut und kann das Waren- und Dienstleistungsangebot kritisch beurteilen. Er ist daher in der Lage, am Marktgeschehen eigenverantwortlich teilzunehmen und seine Entscheidungen auf dem Markt frei zu treffen. Er informiert sich aktiv, d.h. er nutzt die ihm zugänglichen Informationsquellen, liest Produktbeschreibungen und würdigt die ihm übermittelten Informationen aufmerksam und kritisch. Er ist auch in der Lage, sich ggf. selbst mit den notwendigen Informationen zu versorgen. Er ist auch bereit, bei neu auf den Markt kommenden Produkten zu lernen und umzudenken.¹⁷⁶⁵

Eine Angabe ist demzufolge nur dann irreführend, wenn deren Gesamteindruck aus der Sicht dieses Durchschnittsverbrauchers mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Aus diesem Grund ist eine Irreführung im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG in den Fällen von „Shill-Bidding“¹⁷⁶⁶ und „Feedback-Manipulation“¹⁷⁶⁷ ohne weiteres zu bejahen. Die Verwendung des Begriffs „Auktion“ für Verkaufsformen, die keine Versteigerung im Sinne von § 34b GewO sind, stellt dagegen keinen Verstoß gegen das Irreführungsverbot dar.¹⁷⁶⁸ Ebenso ist die Angabe eines nicht ernst gemeinten Mindestgebots in Bezug auf §§ 5, 16 Abs. 1 UWG unbeachtlich. Auch die Angabe eines extrem niedrigen Mindestgebots verstößt nicht gegen §§ 5, 16 Abs. 1 UWG.¹⁷⁶⁹ Eine Irreführung ist aber dann anzunehmen, wenn der Anbieter mit der Gegenüberstellung von überhöhten oder tatsächlich nicht

¹⁷⁶³ Gliederungspunkt Teil 2 B II 3.

¹⁷⁶⁴ Gliederungspunkt Teil 2 C II 1.

¹⁷⁶⁵ Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 b) bb) und Teil 2 C II 2 b); siehe auch Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 b) cc) und Teil 2 C III 3 e) cc) (1).

¹⁷⁶⁶ Gliederungspunkt Teil 2 C II 4 b), siehe aber dort Fn. 618.

¹⁷⁶⁷ Gliederungspunkt Teil 2 C II 4 d), siehe aber dort Fn. 631.

¹⁷⁶⁸ Gliederungspunkt Teil 2 C II 4 a).

¹⁷⁶⁹ Gliederungspunkt Teil 2 C II 4 f).

existierenden unverbindlichen Preisempfehlungen wirbt.¹⁷⁷⁰ Ebenso ist eine Irreführung anzunehmen, wenn die Testergebnisse in unklarer Weise wiedergegeben werden.¹⁷⁷¹

14. Das Leitbild eines Durchschnittsverbrauchers gilt übrigens auch für alle Internetsachverhalte. Es gibt kein internetspezifisches Verbraucherleitbild. Die Positionierung der Rechtsprechung, die zum einen zu höheren Anforderungen an die Informiertheit, zum anderen zu einer Reduktion der Anforderungen an die Aufmerksamkeit führt, ist nicht überzeugend.¹⁷⁷²

Da es kein internetspezifisches Verbraucherleitbild gibt, gibt es auch keine internetspezifische Verkehrsauffassung.¹⁷⁷³ Das bedeutet aber nicht, dass die medienspezifischen Besonderheiten im Internet bei der Feststellung der Irreführung nicht zu berücksichtigen sind. Der durchschnittliche Internetnutzer ist mit den Besonderheiten des Internets vertraut mit der Folge, dass er weiß, dass Inhalte auch auf verlinkten Seiten stehen können. Von jedem Durchschnittsverbraucher ist daher zu erwarten, die nicht sofort ins Auge springenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen. Es schadet also nicht, dass ihm eine gewisse eigene Aktivität abverlangt wird. Es geht aber zu weit, von ihm zu verlangen, alle Seiten des Internet-Auftritts eines im Internet werbenden Unternehmens als eine in sich geschlossene Darstellung wahrzunehmen. Von einem Durchschnittsverbraucher wird lediglich verlangt, die Seiten aufzurufen, zu denen er durch Links aufgrund einfacher elektronischer Verknüpfungen oder durch klare Hinweise geführt wird.¹⁷⁷⁴

15. Die Untersuchung hat gezeigt, dass das europäische Verbraucherleitbild (Nr. 13) zwar nichts anderes als ein Modell ist, in welchem dem Verbraucher mehr Eigenverantwortung zugetraut wird. Es versucht aber andererseits, die dem Verbraucher zugemutete erhöhte Eigenverantwortung durch die vermehrte Einführung von Informationspflichten abzufedern. Aus der europäischen Verbraucherschutzkonzeption ergeben sich daher zahlreiche Informationsrechte des Verbrauchers, die diesem aber gleichzeitig auch entsprechende Informationsobliegenheiten auferlegen. Daraus ergibt sich Folgendes:

a. Wenn der Verbraucher als umsichtiger Wirtschaftsteilnehmer die naheliegenden Informationsmöglichkeiten nicht ausreichend nutzt und es unterlässt, sich in zumutbarer Weise zu informieren, dann muss er die nachteiligen Folgen selbst tragen, weil ihm ein gewisses Maß an Selbstverantwortung nicht abgenommen wird. Ob der Verbraucher diese Informationen tatsächlich oder intellektuell richtig versteht, spielt keine Rolle; ebenso wenig,

¹⁷⁷⁰ Gliederungspunkt Teil 2 C II 4 e).

¹⁷⁷¹ Gliederungspunkt Teil 2 C II 4 c).

¹⁷⁷² Gliederungspunkt Teil 2 C II 3 a).

¹⁷⁷³ Gliederungspunkt Teil 2 C II 3 b).

¹⁷⁷⁴ Gliederungspunkte Teil 2 C II 3 c) und Teil 2 C II 5 c) aa).

ob er die ihm angebotenen Informationen aus Desinteresse, Zeitnot, Arbeitsüberlastung, psychologischen Zuständen oder anderen Gründen bei seiner geschäftlichen Entscheidung berücksichtigt oder nicht. Es kommt lediglich darauf an, ob der Werbende seine Informationspflichten nachkommt.

b. Wenn aber der Verbraucher trotz seiner Bemühungen, die inhaltlich richtigen Informationen zu finden, nicht fündig geworden ist, weil der Werbende seine Informationspflichten verletzt, spricht man von einer Enttäuschung der „berechtigten Verbrauchererwartung“.

c. Das „Recht auf Information“ stellt also einen roten Faden im Wettbewerbsstrafrecht dar. Wettbewerbsstrafrechtliche Maßnahmen greifen deshalb nur dort, wo dem Verbraucher die Informationen nicht zur Verfügung gestellt werden, die er für eine sachgerechte Entscheidung benötigt.¹⁷⁷⁵

16. Da – ausgehend vom Informationsmodell des europäischen Rechts (Nr. 15) – auch der deutsche Gesetzgeber in zahlreichen Gesetzen zahlreiche vor- und nachvertragliche Informationspflichten vorschreibt, die dem Schutz des Verbrauchers dienen und damit die Verbrauchererwartungen reglementieren und daher materiell dem Wettbewerbsrecht zuzuordnen sind,¹⁷⁷⁶ lag ein weiterer Schwerpunkt des ersten Teils der Arbeit in der strafrechtlichen Relevanz der Verletzung der Informationspflichten bei Online-Auktionen.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Antwort auf die Frage, ob und inwieweit die Verletzung dieser Informationspflichten eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG auslösen kann, nur dann gefunden werden kann, wenn man folgende Punkte klärt: (1) Unter welchen Umständen man davon ausgehen kann, dass die Pflichtinformationen dem Verbraucher in ausreichendem Maß zur Verfügung gestellt werden. (2) In welchem Verhältnis der Tatbestand des Vorsprungs durch Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG) zu den Irreführungsverbotstatbeständen des UWG (§§ 5, 5a UWG) steht. (3) Wie sieht das Binnenverhältnis der §§ 5, 5a UWG aus?

Die Untersuchung am Beispiel der zahlreichen Informationspflichten, die ggf. in den unwirksamen AGB-Klauseln integriert worden sind, hat folgende Ergebnisse erbracht:

a. Weder die Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr – weil diese keinen Einfluss auf die Erwerbsentscheidung des Verbrauchers haben – noch die nachvertraglichen Informationspflichten – weil diese in erster Linie lediglich der dauerhaften Ver-

¹⁷⁷⁵ Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (1).

¹⁷⁷⁶ Vgl. Gliederungspunkte Teil 2 C II 5 a) und b).

fügbarekeit der Informationen und nicht dem Vertragsschluss dienen – haben strafrechtliche Relevanz. Relevanz haben lediglich die vorvertraglichen Informationspflichten.¹⁷⁷⁷

b. Die vorvertraglichen Informationspflichten müssen sich nicht zwingend auf der Angebotsseite befinden, es genügt die Integration eines Links auf der Angebotsseite, der zu den Informationen führt. Dieser muss aber so beschaffen sein, dass eindeutig ersichtlich ist, dass sich dahinter Informationen verbergen. Außerdem muss er leicht auffindbar sein und auf direktem Wege zu den Informationen führen. Bei der grundsätzlich möglichen Integration der Informationen in die AGB des Anbieters muss das Transparenzgebot zwingend beachtet werden.¹⁷⁷⁸

c. Werden die vorvertraglichen Informationspflichten gestalterisch oder inhaltlich nicht erfüllt, kommen die wettbewerbsstrafrechtlichen Sanktionen in Betracht. Dabei ist zu beachten, dass § 4 Nr. 11 UWG und § 5 UWG zwei verschiedene und voneinander unabhängige Anwendungsbereiche haben. Während jede Informationspflichtverletzung für die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes i.S.d. Rechtsbruchstatbestandes ausreichend ist, setzt § 16 Abs. 1 UWG eine irreführende unlautere geschäftliche Handlung voraus. In jedem Einzelfall ist daher das Vorliegen einer Fehlvorstellung gesondert zu untersuchen. Der Tatbestand der Irreführung bringt also „ein zusätzliches Unlauterkeitsmerkmal“ zum Ausdruck, das vor allem dazu dient, die strafrechtlich relevanten Informationspflichtverletzungen von den strafrechtlich nicht relevanten abzugrenzen. Dies hat zur Folge, dass auch zahlreiche vorvertragliche Informationspflichten für das Wettbewerbsstrafrecht als irrelevant zu qualifizieren oder – zumindest – anders als im Wettbewerbszivilrecht nicht in vollem Umfang als Anknüpfungspunkt für die wettbewerbsrechtlichen Sanktionen zu betrachten sind.¹⁷⁷⁹

d. Das gilt für das Verhältnis des § 16 Abs. 1 UWG zu § 5a Abs. 2-4 UWG gleichermaßen. Das Irreführungsverbot – auch in seiner durch Unterlassen begangenen Form – ist ein Desinformationsverbot, kein Informationsgebot. Es bietet deshalb konzeptionell keine Rechtsgrundlage, allgemeine Informationspflichten zur Verbraucheraufklärung zu begründen. Die in § 5a Abs. 2-4 UWG von der Fehlvorstellungsgefahr unabhängig geregelten Vorschriften basieren demgegenüber auf dem Informationsgebot, das auch und gerade dann greift, wenn der Verkehr keine Vorstellungen davon hat. Der Fall des bloßen Fehlens einer Pflichtinformation ist deshalb – zumindest i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG – als ein Fall der zivilrechtlichen Bestimmung von § 4 Nr. 11 zu behandeln. Eine Ausnahme soll lediglich die unterbliebene Widerrufsbelehrung darstellen, weil nur in diesem Fall das

¹⁷⁷⁷ Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) bb).

¹⁷⁷⁸ Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) aa).

¹⁷⁷⁹ Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) bb).

echte Schweigen zum gleichen Ergebnis führen kann, wie eine inhaltlich falsche oder unvollständige Information, nämlich dass der Verbraucher davon abgehalten wird, von seinen Rechten Gebrauch zu machen (§ 5a Abs. 3 Nr. 5 UWG).¹⁷⁸⁰

17. Ausgehend von diesen Feststellungen liegt es auf der Hand, dass eine Fehlvorstellung beim Verkehr immer zu bejahen ist, wenn der Anbieter etwa über das von ihm versteigerte Produkt *expressis verbis* eine irreführende Angabe macht.¹⁷⁸¹

18. Schwieriger sind aber die Fälle zu beurteilen, in denen der Anbieter über Produkteigenschaften nicht ausdrücklich täuscht, sondern die offenzulegenden wesentlichen Merkmale des Produkts verschweigt. Hier taucht die altbekannte Frage auf, ob das Verschweigen wesentlicher Umstände aus strafrechtlicher Sicht eine konkludente Täuschung oder ein Unterlassen darstellt. Die Untersuchung hat folgende Ergebnisse erbracht:

a. Da bei der Feststellung der Irreführung im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG die Verkehrsauffassung maßgeblich ist (Nr. 13), kann ein konkludentes positives Tun angenommen werden, wenn das Verhalten des Anbieters so verstanden werden kann, dass er die (verschwiegenen) Tatsachen aus der Perspektive eines vernünftigen Durchschnittsverbrauchers tatsächlich mit erklärt hat. Eine Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG ist in diesen Fällen ohne weiteres zu bejahen, wenn man von den dogmatischen Schwierigkeiten beim Tatbestandsmerkmal der „Unwahrheit“ (Nr. 20) einmal absieht.

b. Wenn bei unvollständigen Angaben kein konkludentes Handeln angenommen wird, hängt das Vorliegen einer Irreführung davon ab, ob dem Anbieter eine Garantenstellung zukommen kann. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Garantenstellung sich zwar nicht aus dem Gesetz sowie aus dem Vertrag ergibt, sehr wohl aber aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Die herrschende Meinung, die die Garantenstellung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ausgehend von den betrugsstrafrechtlichen Grundsätzen ablehnt, weil es an einer Nähebeziehung zwischen dem Anbieter und dem Bieter fehle, übersieht, dass die Annahme einer Garantenstellung aus Treu und Glauben beim Betrug durch das Verlangen eines besonderen Vertrauensverhältnisses deshalb eingeschränkt worden ist, weil der Betrug ein Vermögensdelikt ist. Eine bloße Aufklärungspflicht, die lediglich den Irrtum des Opfers beseitigt, reicht hierfür nicht aus. Vielmehr muss die Aufklärungspflicht gerade dem Vermögensschutz dienen. Da aber § 16 Abs. 1 UWG gerade die Dispositionsfreiheit schützt und nur deshalb der Tatbestand im Vorfeld des Betruges

¹⁷⁸⁰ Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 c) cc) und dort Fn. 760.

¹⁷⁸¹ Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 e).

wirken kann,¹⁷⁸² muss man die Garantenstellung der Person annehmen, die werbend am Geschäftsverkehr teilnimmt.

Die Annahme einer Garantenstellung aus Treu und Glauben führt übrigens nicht zu einer enormen Ausdehnung der Strafbarkeit, weil einerseits die Anzahl der Informationen, die ein Durchschnittsverbraucher für seine Entscheidungen benötigt, deutlich geringer ist als die Anzahl der Informationen, die man benötigt, um einem dem Betrug zugrunde liegenden Opferleitbild¹⁷⁸³ gerecht zu werden. Andererseits sind diese Informationen in qualitativer Hinsicht auf jeden Fall für einen Kaufentschluss unentbehrlich. Die Annahme einer Garantenstellung aus Treu und Glauben bedeutet auch keine unzulässige Gleichstellung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten mit der strafrechtlichen Garantenstellung, da heute die fast ausnahmslos angenommenen zivilrechtlichen Aufklärungspflichten dogmatisch zu § 5a Abs. 2-4 UWG gehören. Grundlage der Garantenstellung aus Treu und Glauben im Wettbewerbsstrafrecht ist aber § 5a Abs. 1 UWG, der dogmatisch zu § 5 UWG gehört und keine allgemeine Informationspflicht begründet (Nr. 16). Verhindert wird lediglich die Fehlvorstellung des Verbrauchers durch einen fehlerhaften Informationsinhalt.¹⁷⁸⁴

19. Im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Irreführung wurde abschließend auf die Frage eingegangen, ob irreführende Angaben über das Widerrufsrecht von § 16 Abs. 1 UWG zu erfassen sind.

Die Antwort auf diese Frage sollte auf den ersten Blick klar sein: Denn erstens ist das Täuschen eines Verbrauchers über das Bestehen bzw. den Umfang des ihm zustehenden Widerrufsrechts als ein Fall der Irreführung zu behandeln. § 4 Nr. 2 UWG ist nicht einschlägig.¹⁷⁸⁵ Zweitens kann eine Irreführung nicht mit der Begründung verneint werden, weil eine „Angabe“ i.S.d. § 16 Abs. 1 UWG fehle. Mit dem sachgerechten Ergebnis ist vielmehr davon auszugehen, dass eine „Angabe“ nicht nur dann vorliegt, wenn sich die Täuschung auf den Vertragsgegenstand bezieht, sondern auch dann, wenn sie sich lediglich auf die Behauptung der sachverhaltsunabhängigen Existenz bzw. Nicht-Existenz oder des Umfangs eines Verbraucherrechts bezieht.¹⁷⁸⁶ Betrachtet man das Widerrufsrecht als Kern des Verbraucherschutzes, sollte im Ergebnis daher kein Zweifel daran bestehen, die unterbliebene, falsche oder unzureichende Widerrufsbelehrung unter § 16 Abs. 1 UWG zu subsumieren.¹⁷⁸⁷

¹⁷⁸² Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 a).

¹⁷⁸³ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) aa) (1).

¹⁷⁸⁴ Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 e).

¹⁷⁸⁵ Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) aa).

¹⁷⁸⁶ Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) bb).

¹⁷⁸⁷ Vgl. Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) cc).

Die Untersuchung hat aber gezeigt, dass dies im geltenden Recht aufgrund der zeitlichen Beschränkung des Irreführungsverbots bei § 16 Abs. 1 UWG letztendlich nicht der Fall sein kann. Denn das Irreführungsverbot des § 16 Abs. 1 UWG deckt nur den Zeitraum „vor“ dem Geschäftsabschluss mit einem Verbraucher ab, mit der Konsequenz, dass die Maßnahmen, die der Durchführung, Beendigung oder Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses dienen, aus dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsstrafrechts ausgeklammert werden. Es wurde daher für die Erweiterung des Tatbestandsmerkmals der Irreführung plädiert, damit die Vorschrift auch die nachvertraglichen irreführenden Angaben¹⁷⁸⁸ erfassen kann. Dafür sprechen nicht nur die europarechtlichen Verpflichtungen, die sich aus der vollharmonisierenden UGP-RL ergeben. Durch diese Operation wird darüber hinaus eine verlässliche Strafrechtsanwendung gewährleistet. Um dies zu verstehen, reicht es, an den mit dem Gesetzlichkeitsprinzip schwer vereinbaren Standpunkt der wettbewerbsstrafrechtlichen Literatur zu denken, wonach § 16 Abs. 1 UWG auch die Nachfragewerbung erfasse oder bei rechnungsähnlichen Angeboten eine Irreführung zu bejahen sei.¹⁷⁸⁹

II. Unwahrheit

20. Irreführende Angaben unterliegen nur dann dem Tatbestand der strafbaren Werbung, wenn sie unwahr sind. Die Auslegung des Unwahrheitsmerkmals ist umstritten. Zwei gänzlich konträre Ansichten stehen sich hier gegenüber: die subjektive Theorie, die die Unwahrheit aus Sicht des Adressaten bestimmen will,¹⁷⁹⁰ und die objektive Theorie, die der Verkehrsauffassung bei der Bestimmung der Unwahrheit keine Bedeutung beimessen will.¹⁷⁹¹

Die Untersuchung hat gezeigt, dass weder die subjektive noch die objektive Theorie den Vorzug verdienen:

Erstens macht der eindeutig von den Irreführungsverboten der §§ 5 UWG, 263 Abs. 1 StGB – welche dem Wortlaut nach auch die Werbung mit wahren Angaben erfassen – abweichende Wortlaut des § 16 Abs. 1 UWG deutlich, dass dem Merkmal der Unwahrheit eigenständige Bedeutung zukommen soll. Die subjektive Theorie ist daher abzulehnen.¹⁷⁹²

Zweitens ist es kaum erklärbar, warum der Inhalt einer objektiv wahren, jedoch missverständlichen Erklärung im Kernstrafrecht als strafbar angesehen wird, nicht aber bei dem

¹⁷⁸⁸ Siehe Fn. 429, 657, 901.

¹⁷⁸⁹ Gliederungspunkt Teil 2 C II 5 g) dd).

¹⁷⁹⁰ Gliederungspunkt Teil 2 C III 1.

¹⁷⁹¹ Gliederungspunkt Teil 2 C III 2.

¹⁷⁹² Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 a).

speziell auf die Beurteilung der strafrechtlichen Zulässigkeit von Werbung zugeschnittenen Delikt. Die Unangemessenheit der sich aus der objektiven Ermittlung der Unwahrheit ergebenden rechtlichen Folgen, nämlich weitgehende Strafflosigkeit in diesem Bereich, ist also das entscheidende Argument gegen die objektive Theorie. Hier ist etwa an die sog. „Verpackungsverkauf-Fälle“ zu denken. Hier geht es um die Angebote, deren Erklärungsgehalt in Bezug auf den Versteigerungsgegenstand nicht eindeutig ist, die sowohl die Deutungsmöglichkeit zulassen, dass der Inhalt der Vertragsgegenstand sein soll, als auch, dass nur die Verpackung angeboten werden soll. Da die Verkehrsauffassung nach der objektiven Theorie unberücksichtigt bleiben soll, gibt es keine andere Möglichkeit, als von einer wahren Angabe auszugehen und den Einsatz des § 16 Abs. 1 UWG zu verneinen. Zwar greifen die Vertreter der objektiven Theorie – in diesen und ähnlichen Fällen – über eine Korrektur bei auslegungsbedürftigen Begriffen auf einen Empfängerhorizont zurück und nehmen eine gewisse Subjektivierung bei der Auslegung vor, um die fragwürdigen Strafbarkeitslücken zu schließen. Dies überzeugt aber nicht. Die auslegungsbedürftigen Begrifflichkeiten können nicht über die Schwelle der Unwahrheit hin zum Merkmal der Irreführung getragen werden, wenn man sich die unterschiedlichen Handlungsalternativen bei den §§ 16 Abs. 1 UWG, 263 Abs. 1 StGB vor Augen hält. § 16 Abs. 1 UWG kennt nur unwahre Angaben als Tatmittel, was einer falschen Tatsachenbehauptung durch ausdrückliche Täuschung bei § 263 Abs. 1 StGB entspricht (Vorspiegeln falscher Tatsachen). § 263 Abs. 1 StGB erwähnt aber darüber hinaus auch die Unterdrückung und Entstellung wahrer Tatsachen. Gerade diese zwei Handlungsalternativen ermöglichen es, den Erklärungswert nach der Verkehrsauffassung und dem Empfängerhorizont zu ermitteln (konkludente Täuschung). Dem Wortlaut nach ist es daher offensichtlich, dass – etwa im Fall eines Verkaufs einer leeren Verpackung – die vom Anbieter anvisierte Täuschung durch Simulation der Tatsache des wahren Vertragsgegenstands lediglich als Tathandlung des Unterdrückens wahrer Tatsachen zu behandeln ist.¹⁷⁹³

21. Es ist deshalb anzuerkennen, dass die beiden Theorien sich über den ausdrücklichen Wortlaut des § 16 Abs. 1 UWG hinwegsetzen und die Strafbarkeit letztendlich von dem Verständnis des Verkehrs abhängig machen. Gerade dieser Befund führt zu dem Ergebnis, dass das Tatbestandsmerkmal „Unwahrheit“ ersatzlos gestrichen werden sollte.¹⁷⁹⁴ Dadurch kann man die Vorschrift genau dort verorten, wo sie sein sollte (Nr. 9).

Die Behauptung, dass auf diese Weise das Risiko, Werbung zu betreiben und dafür strafrechtlich verfolgt zu werden, völlig unangemessen gesteigert werde, verdient keine Zu-

¹⁷⁹³ Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 b).

¹⁷⁹⁴ Vgl. Gliederungspunkte Teil 2 C III 3 c) und d).

stimmung.¹⁷⁹⁵ Denn die ersatzlose Streichung der Unwahrheit bedeutet weder, dass § 16 Abs. 1 UWG eine Blankettstrafrechtsnorm darstellen soll, noch, dass § 16 Abs. 1 UWG alle um Irrtum und Vermögensschaden gekürzten Betrugsfälle erfassen soll:

a. Das strafrechtliche Irreführungsverbot des § 16 Abs. 1 UWG setzt eine Irreführungsquote voraus, wodurch die Straftat zunächst vom zivilrechtlichen Irreführungsverbotstatbestand des § 5 UWG erheblich abweicht.¹⁷⁹⁶

b. Darüber hinaus fragen die normativ¹⁷⁹⁷ zu ermittelnde Verkehrsauffassung – die, anders als § 263 StGB, von dem europäischen Verbraucherleitbild geprägt ist – und die tatbestandsbegrenzende Wirkung des Eignungselements¹⁷⁹⁸ – wonach die Frage nach der Irreführungsqualität bzw. Täuschungsrelevanz der Handlung von der Irreführung, sei es durch konkludente oder ausdrückliche Täuschung, an sich unabhängig und gesondert zu untersuchen ist¹⁷⁹⁹ – nach der berechtigten Verbrauchererwartung¹⁸⁰⁰ und begrenzen im Ergebnis die Strafbarkeit nach § 16 Abs. 1 UWG erheblich,¹⁸⁰¹ insbesondere im Vergleich zu § 263 StGB. Im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG lassen sich alle Fallgestaltungen der Verantwortungssphäre des Verbrauchers zuweisen, in denen er gar keine Kontinuitätserwartung haben darf, weil er nicht wie ein Durchschnittsverbraucher gehandelt hatte.¹⁸⁰² Aus diesem Grund sollte die Aussage, dass de lege ferenda auch an sich wahre, aber irreführende Angaben als tatbestandsmäßig behandelt werden sollen, nicht so missverstanden werden, dass die Fälle von konkludenter Täuschung automatisch eine Strafbarkeit auslösen. Die Rechtsprechung zu § 263 StGB, wonach jede Täuschung, die einen Verbraucher, der nicht genügend Selbstschutzmaßnahmen trifft, faktisch in die Irre führt, strafbar sei, ist für § 16 Abs. 1 UWG nicht unbesehen zu übernehmen. Hier genügt es, auf BGHSt 34, 199¹⁸⁰³ und BGHSt 47, 1¹⁸⁰⁴ zu verweisen.

III. Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen

22. Die Untersuchung hat ferner gezeigt, dass auch die Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen, ersatzlos zu streichen ist. Es ist kaum nachvollziehbar, die Fälle aus dem Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 UWG auszunehmen, in denen der Anbieter mit einem Fake-Account eine Nachfrage simuliert, um dadurch

¹⁷⁹⁵ Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e).

¹⁷⁹⁶ Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) bb).

¹⁷⁹⁷ Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) aa).

¹⁷⁹⁸ Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (c) (aa).

¹⁷⁹⁹ Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc).

¹⁸⁰⁰ Beispielsweise Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc) (3) (d); siehe auch Gliederungspunkte Teil 2 C II 4 b) und d); siehe *aber* auch Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (b) sowie Fn. 618, 631, 941.

¹⁸⁰¹ Beispielsweise Gliederungspunkt Teil 2 C III 3 e) cc) (3) (b).

¹⁸⁰² Vgl. Gliederungspunkte Teil 2 C III 3 e) cc) (1) und (2).

¹⁸⁰³ Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 b) cc) (2) und Teil 2 B II 2 c) aa) (1) (c) (aa).

¹⁸⁰⁴ Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 b) cc) (1) und Teil 2 C III 3 e) (3) (a).

einen höheren Preis zu erzielen (Shill-Bidding), oder in denen er den Verbraucher über ihm zustehende Rechte (etwa das Widerrufsrecht) fehlerhaft belehrt, oder in denen er den Bieter über seine Leistungsbereitschaft und/oder Leistungsfähigkeit täuscht (Feedback-Manipulation), da es an der Entäußerung eines besonders günstigen Angebots fehle.¹⁸⁰⁵

IV. Gesetzesvorschlag

23. Es steht also fest, dass die Vorschrift in drei Punkten einer Änderung bedarf: (1) Um einen lückenlosen Verbraucherschutz erreichen zu können, ist die zeitliche Beschränkung des Tatbestandsmerkmals „Irreführung“ aufzugeben. (2) Der Störfaktor, das Tatbestandsmerkmal „Unwahrheit“, soll ersatzlos gestrichen werden. (3) Ebenso ist die Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen, ersatzlos zu streichen.¹⁸⁰⁶

Ausgehend von diesen Feststellungen könnte die Neufassung der Formulierung des § 16 Abs. 1 UWG folgendermaßen lauten: „Wer in öffentlichen Bekanntmachungen oder Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, irreführende Angaben vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

V. Das einheitliche Täuschungsschutzsystem

24. Die Untersuchung hat des Weiteren gezeigt, dass die vorzunehmenden Änderungen sich nicht allein auf die Tatbestandsmerkmale von § 16 Abs. 1 UWG beschränken dürfen. Denn § 16 Abs. 1 UWG ist zwar im Vorfeld des § 263 StGB verankert; allerdings gehen die Strafvorschriften letztendlich von unterschiedlichen Opferleitbildern aus mit der Folge, dass die Angaben, die eine Strafbarkeit nach § 263 StGB auslösen können, in manchen Fällen im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG nicht tatbestandsmäßig sind. Das muss geändert werden. Da sich die europarechtliche Verpflichtung zur Berücksichtigung des Leitbildes eines Durchschnittsverbrauchers im Täuschungsschutzstrafrecht zum einen aus dem Gebot einer richtlinienkonformen Auslegung ergibt,¹⁸⁰⁷ zum anderen aus dem Primärrecht ergeben kann,¹⁸⁰⁸ ist es zwingend, den betrugsstrafrechtlichen Schutz vor irreführender Produktvermarktung generell an die europäische Rechtsentwicklung anzupassen. Durch diese Änderung beseitigt man nicht nur die nicht hinnehmbaren Wertungswidersprüche zwischen dem Betrugsstrafrecht und dem Wettbewerbsstrafrecht, sondern schafft darüber hinaus ein einheitliches Bild innerhalb des gesamten Täuschungsschutzrechts: Die Angaben, die geeignet sind, einen einzelnen Durchschnittsverbraucher in die

¹⁸⁰⁵ Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 c) bb) und Teil 2 C IV.

¹⁸⁰⁶ Gliederungspunkt Teil 2 C V.

¹⁸⁰⁷ Gliederungspunkte Teil 2 B II 2 b) bb) (2) (a) (aa) und (bb).

¹⁸⁰⁸ Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 b) bb) (2) (b).

Irre zu führen, sind nach § 5 UWG verboten. Erreicht die von den Angaben ausgehende Täuschungsgefahr auch in quantitativer Hinsicht die von § 16 Abs. 1 UWG geforderte Intensität, tritt man in den Bereich des Wettbewerbsstrafrechts ein. Wird einem Durchschnittsverbraucher aufgrund der zur Täuschung geeigneten Angaben darüber hinaus ein tatsächlicher (eintretender) Irrtum erregt, der zur Vermögensverfügung bzw. zum Vermögensschaden führt, verlässt man den im Vorfeld des Betruges vom Wettbewerbsgefährdungsdelikt geschützten Bereich. In diesem Bereich kommt § 263 StGB als Verletzungsdelikt in Betracht.¹⁸⁰⁹

§ 2: ANTWORT ZU DER FRAGE 3

Die Antwort auf die dritte Frage, wer für irreführende Angaben nach § 16 Abs. 1 UWG *de lege lata* und *de lege ferenda* verantwortlich ist, war der Untersuchungsgegenstand des *dritten* Teils der Arbeit. Nach einem kurzen Überblick über das Haftungssystem des TMG wurde die strafrechtliche Verantwortung von Anbietern und von Auktionshäusern besprochen. Die Untersuchung hat folgende Ergebnisse erbracht:

E. Strafrechtliche Verantwortung von Anbietern

25. Der Anbieter, der seine Produkte bei Online-Auktionen mit irreführenden Angaben versteigert, ist im System des TMG als Content-Provider zu behandeln. Er ist für strafbare Werbung voll nach den allgemeinen Regelungen verantwortlich (§ 7 Abs. 1 TMG). Das ist eine Selbstverständlichkeit.¹⁸¹⁰

Die Frage nach der Verantwortlichkeit des Content-Providers wird allerdings dann etwas komplizierter, wenn er zu individualisieren ist. Denn wenn der Anbieter keine natürliche Person ist – was bei Online-Auktionen sehr häufig der Fall sein kann, weil § 16 Abs. 1 UWG eine geschäftliche Handlung¹⁸¹¹ verlangt mit der Folge, dass sich in den meisten Fällen hinter den irreführenden Angaben ein mehr oder weniger bekanntes Unternehmen verbirgt –, stellt sich die Frage, inwieweit auch die Leitungspersonen, die von den irreführenden Angaben Kenntnis haben, als Content-Provider strafrechtlich verfolgt werden können. Logischerweise war die Antwort darauf in zweifacher Hinsicht zu untersuchen: zum einen bei expliziter Anordnung zur Veröffentlichung einer irreführenden Werbung, zum anderen bei unzulänglicher bzw. gänzlich unterlassener Verhinderung einer solchen Werbung.

26. Die Untersuchung hat zunächst gezeigt, es soll daran kein Zweifel bestehen, dass auch die Leitungspersonen zur Verantwortlichkeit herangezogen werden können, wenn das

¹⁸⁰⁹ Gliederungspunkte Teil 2 C III 3 e) cc) (4) (b) und (c).

¹⁸¹⁰ Gliederungspunkt Teil 3 A V.

¹⁸¹¹ Gliederungspunkt Teil 2 B II 2 c) aa) (3).

Tätigwerden von Untergebenen auf einer entsprechenden Weisung von Leitungspersonen beruht.

Da die Übertragung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen abzulehnen ist, ist es sachgerecht, in diesen Fällen von einer Mittäterschaft auszugehen:

a. Die Annahme von Mittäterschaft zwischen dem Befehlshaber und dem Untergebenen lässt sich nicht allein mit der Begründung verneinen, dass es an einem gemeinsamen Tatentschluss zwischen dem Prinzipal und dem Ausführungsorgan fehlen würde; denn die schwache Ausprägung der Dimension gemeinsamer Tatentschluss kann in einem Wirtschaftsunternehmen durch die enge objektive Verknüpfung der Tatbeiträge von Prinzipal und Ausführungsorganen oder durch eine besonders intensive Herrschaft des Befehlshabers kompensiert werden.

b. Die Annahme einer Mittäterschaft soll auch nicht schon deshalb ausscheiden, weil Anweisungen gemeinhin allein im Vorbereitungsstadium stattfinden. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass das Beteiligungsminus bei Tatausführung durch den gestalterischen Einfluss des Leitungspersonals auf die Ausführung der Tat kompensiert werden kann. Nur diese Überlegung würde mit der Realität des Wirtschaftslebens im Einklang stehen, in der Verantwortliche aufgrund der funktionellen Kompetenzverteilung ausschließlich im Vorbereitungsstadium tätig werden würden.¹⁸¹²

27. Die Untersuchung hat ferner gezeigt, dass die Leitungspersonen auch für die betrieblichen Rechtsgutsverletzungen, die sie zwar nicht aktiv veranlasst, aber auch nicht verhindert bzw. abgestellt haben, verantwortlich sind.

a. Das ist zunächst der Fall, wenn sie es unterlassen, die strafbare Werbung nach Erscheinen aus dem Verkehr zu ziehen. Zwar haben sie als Produzent eines bereits in Verkehr gebrachten Produkts in der Regel die Sachherrschaft daran verloren; es ist dennoch sachgerecht, von ihrer fortwirkenden Herrschaft auszugehen, weil sie bei Online-Auktionen ohne Aufwand die von ihnen angegebenen Informationen löschen bzw. korrigieren und damit die irreführenden Angaben ein für alle Mal beseitigen können.¹⁸¹³

b. Das ist aber auch dann der Fall, wenn sie zusehen, wie ihre Mitarbeiter die Werbung mit irreführenden Angaben gestalten und diese auf die Auktionsseite hochladen und damit eine strafbare Handlung vornehmen – und dies dennoch nicht verhindern. Es ist angemessen, ihre Sachüberwachungsgarantenstellung aus Herrschaft über eine Produktwerbung als Gefahrenquelle zu verlängern, indem der Pflicht der Leitungspersonen zur Sicherung

¹⁸¹² Gliederungspunkt Teil 3 B I 2.

¹⁸¹³ Gliederungspunkt Teil 3 B II 1.

der ihrem Herrschaftsbereich unterstehenden Gefahrquellen eine weitere Pflicht hinzugefügt wird, um die rechtswidrige Verwendung dieser Gefahrenquellen durch ihre Untergebenen zu verhindern. Es ist offensichtlich, dass von einer betriebsbezogenen Tat immer dann auszugehen ist, wenn ein Mitarbeiter als Anbieter eines Versteigerungsangebots einen zukünftigen Vertragspartner des Unternehmens durch irreführende Angaben täuscht. Da die irreführenden Angaben eine spezifische Betriebsgefahr darstellen, welche ihren Ursprung im Betrieb selbst hat, besteht für das Unternehmen eine Pflicht zur Aufklärung – und diese müssen die Leitungspersonen wahrnehmen.¹⁸¹⁴

F. Strafrechtliche Verantwortung von Auktionshäusern

Wenn es um die strafrechtliche Verantwortung von Auktionshäusern geht, begegnet man einer komplexen Rechtslage. Denn anders als beim Content-Provider ist die strafrechtliche Verantwortung des Auktionshauses durch die in §§ 7 Abs. 2 Satz 1, 10 Satz 1 Nr. 1. 1. Alt., 10 Satz 1 Nr. 2 TMG vorgesehenen Haftungsprivilegierungen in vielerlei Hinsicht grundlegend modifiziert und eingeschränkt. Darüber hinaus müssen zur strafrechtlichen Heranziehung des Host-Providers die in Betracht kommenden Tatbestände gesondert geprüft und bejaht werden, wenn die Haftungsprivilegierung ausscheidet, weil diesen Normen lediglich eine Vorfilter-Funktion zukommt¹⁸¹⁵ mit der Folge, dass die Nichteinhaltung dieser Bestimmungen keinen Umkehrschluss auf die Strafbarkeit des Host-Providers zulässt.¹⁸¹⁶ Will man also auch das Auktionshaus strafrechtlich ahnden, muss man zunächst die im TMG vorgesehenen Haftungsprivilegierungen einer näheren Betrachtung unterziehen. Nur dort, wo sich im Wege einer Vorabprüfung herausstellt, dass die Haftungsregelungen des TMG nicht durchgreifen, kommt eine Verantwortlichkeit nach den allgemeinen Vorschriften in Betracht.

Davon ausgehend wurde im dritten Teil der Arbeit zunächst der Privilegierungsausschluss gemäß § 10 TMG untersucht. Die Verantwortung nach dem materiellen Strafrecht wurde erst nach dieser Untersuchung geklärt.

I. Der Privilegierungsausschluss gemäß § 10 TMG

Um eine Privilegierung in Anspruch nehmen zu können, müssen die Auktionshäuser die Voraussetzungen des § 10 TMG erfüllen, sodass es sich um eine fremde Information handeln muss und sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben dürfen. Die auktionsspezifische Betrachtung des § 10 TMG kann folgendermaßen zusammengefasst werden:

¹⁸¹⁴ Gliederungspunkt Teil 3 B II 2 d).

¹⁸¹⁵ Gliederungspunkt Teil 3 A III.

¹⁸¹⁶ Gliederungspunkt Teil 3 A II.

28. Bei der Frage nach dem Vorliegen einer fremden Information hat die Untersuchung gezeigt, dass der Betreiber eines Onlinemarktplatzes sich nur dann auf das Haftungsprivileg des § 10 TMG berufen kann, wenn er sich darauf beschränkt, seine Leistung mittels rein technischer und automatischer Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten neutral zu erbringen. Dagegen kann er sich nicht mehr auf das Haftungsprivileg berufen, wenn er zwischen dem als Verkäufer auftretenden Kunden und den potenziellen Käufern keine neutrale Stellung mehr einnimmt, sondern seinem Kunden Hilfestellung leistet, etwa indem er die Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote optimiert oder im Internet bewirbt. Wenn also das Auktionshaus für fremde Angebote z.B. über Ad-words bei google, yahoo oder in Preissuchmaschinen wirbt oder z.B. einige Angebote als „WoW!“-Angebote bezeichnet, handelt es sich um aktive Eingriffe in konkrete Angebote mit der Folge, dass ein Zueigenmachen der fremden Informationen vorliegt. Das Auktionshaus kann in diesem Fall das Haftungsprivileg des § 10 TMG nicht genießen.¹⁸¹⁷

29. § 10 TMG knüpft die Privilegierung ferner an die Kenntnis des Auktionshauses. Bei „Kenntnis“ handelt es sich um eine menschliche, positive Kenntnis. Dolus eventualis ist nicht ausreichend. Dass das Auktionshaus es nur für möglich hält, dass eine rechtsverletzende Information auf seiner Datenbank gespeichert ist, genügt deshalb nicht, um ihm das Haftungsprivileg abzusprechen. Daran hat bisher zu Recht niemand gezweifelt.¹⁸¹⁸

Die Untersuchung hat aber gezeigt, dass eine von der herrschenden Meinung abweichende Auffassung dort zu vertreten ist, wenn es um die Frage nach dem Umfang der Kenntnis geht. Während die herrschende Meinung das Unrechtsbewusstsein des Auktionshauses für einen Privilegierungsausschluss voraussetzt, ist richtigerweise davon auszugehen, dass der Host-Provider keine Kenntnis der „Rechtswidrigkeit“ der Handlung oder der Information haben muss. Man darf dem Host-Provider keine Rechtslage ermöglichen, die immer ausgenutzt werden kann. Die Forderung der Kenntnis der Rechtswidrigkeit bedeutet aber gerade, dass der Host-Provider die Haftungsprivilegierung auch dann genießt, wenn er von der Rechtswidrigkeit nicht überzeugt ist. Dies geht sicherlich über das Ziel der ECRL – Schaffung eines Gleichgewichts zwischen den verschiedenen Interessen, angemessener Ausgleich zwischen der Bekämpfung rechtswidriger Inhalte im Internet und Schutz berechtigter Interessen der Provider – hinaus, und führt letztlich zu einem einseitigen Schutz der Interessen des Providers zum Nachteil der Nutzer. Der Provider kann sich daher nicht darauf berufen dürfen, dass er mangels ausreichender Sachkunde oder infolge unsorgfältiger Prüfung solcher Inhalte diese nicht erkannt habe. Die Haf-

¹⁸¹⁷ Gliederungspunkt Teil 3 C I 1.

¹⁸¹⁸ Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 a).

tungsprivilegierung entfällt daher schon bei Kenntnis des Vorliegens eines rechtsverletzenden Inhalts.¹⁸¹⁹

II. Verantwortung nach materiellem Strafrecht

Scheidet die Haftungsprivilegierung aus, hat die Untersuchung gezeigt, dass die Verantwortlichkeit des Auktionshauses nach dem materiellen Strafrecht unter drei Aspekten zu diskutieren ist, (1) ob das Auktionshaus schon aufgrund des Bereitstellens der Plattform zur Verantwortlichkeit herangezogen werden kann, (2) ob dem Auktionshaus eine Garantenstellung zukommen kann, wenn es von den wettbewerbswidrigen konkreten Inhalten auf seiner Plattform i.S.d. § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG erfährt, dennoch nichts unternimmt, um die betreffenden Daten zu löschen, (3) ob auch die Fälle, in denen das Auktionshaus nicht genügend Vorsorgemaßnahmen trifft, um weitere gleichartige Rechtsverletzungen seiner Nutzer zu verhindern, strafrechtlich relevant sein können.

30. Das Bereitstellen der Plattform als solche scheidet als Anknüpfungspunkt aus, obwohl hierin durchaus eine kausale Unterstützung der Rechtsverstöße der Nutzer gesehen werden kann. Allerdings fehlt es hierbei letztendlich an einem gefahrerhöhenden Element. Dieses Ergebnis kann auch aus der Existenz des § 10 TMG geschlossen werden. Da diese Vorschrift die Kenntnis voraussetzt, müssen erst recht sowohl die vorgelagerte Schaffung und Inbetriebnahme einer Infrastruktur als auch die aus diesem Dienst resultierende Betriebsgefahr jedenfalls im Bereich des erlaubten Risikos liegen.¹⁸²⁰

31. Kommt das Auktionshaus der Pflicht – die sich auf die Löschung oder Sperrung von bereits identifizierten strafbaren Inhalten, von denen das Auktionshaus positive Kenntnis hat, beschränkt – nicht nach, kann es neben dem Content-Provider ebenso zur Verantwortlichkeit herangezogen werden. Die Garantenstellung des Auktionshauses ergibt sich zunächst aus dem Vertrag, in erster Linie aber aus der tatsächlichen Herrschaft über seinen Marktplatz, der eine Gefahrenquelle für die an den Online-Auktionen teilnehmenden Bieter darstellt. Die Unterlassungsstrafbarkeit des Auktionshauses ist in diesem Fall eine Konsequenz der Verletzung der spezifischen Überwachungspflicht (§ 7 Abs. 2 Satz 1 TMG), die in § 10 Satz 1 Nr. 2 TMG gesondert vorgesehen ist.¹⁸²¹

32. Die Untersuchung hat gezeigt, dass auch unter dem dritten Aspekt die Unterlassungsstrafbarkeit des Auktionshauses in bestimmten Fällen bejaht werden kann, weil aus dem Telos des § 7 Abs. 2 Satz 1 TMG sich die Schlussfolgerung ergibt, dass das Auktionshaus nicht nur den konkreten Inhalt entfernen soll, sondern auch dafür Sorge zu tragen hat,

¹⁸¹⁹ Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 b).

¹⁸²⁰ Gliederungspunkt Teil 3 C II 1.

¹⁸²¹ Gliederungspunkt Teil 3 C II 2.

dass es nicht erneut zu gleichartigen Rechtsverletzungen kommt, sobald es von einer konkreten Rechtsverletzung ordnungsgemäß in Kenntnis gesetzt wurde. Nach der Kenntnisnahme bezüglich einer konkreten, klaren Rechtsverletzung ist es auch verpflichtet, künftige, im Kern vergleichbare Rechtsverstöße zu unterbinden, soweit diese mit zumutbaren Kontrollmaßnahmen identifizierbar sind.¹⁸²²

Nach der Aufgabe der Störerhaftung im Wettbewerbsrecht¹⁸²³ hat diese Verpflichtung auch im Strafrecht Relevanz: Denn zum einen haben die wettbewerbsrechtlichen Verkehrssicherungspflichten und die Garantenstellung aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle im Strafrecht dieselbe Wurzel¹⁸²⁴ und zum anderen ist das Wort „rechtswidrig“ in § 10 TMG nur als Klarstellung zu verstehen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist lediglich eine so umfassende Tatsachen-Kennntnis, dass die Rechtswidrigkeit ohne weiteres leicht erkennbar ist. Die Haftungsprivilegierung des § 10 TMG entfällt also schon bei Kenntnis des Vorliegens eines rechtsverletzenden Inhalts (Nr. 29).¹⁸²⁵

Konkret bedeutet dies, dass das Auktionshaus unter bestimmten Voraussetzungen eine begrenzte Nachforschungs- und Kenntnisverschaffungspflicht hat, obwohl § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG ausschließlich Kenntnis von einem konkreten Inhalt voraussetzt.¹⁸²⁶

Die Entstehungsgeschichte des Art. 15 ECRL bestätigt diese Annahme. Zwar legt der Wortlaut der Art. 15 Abs. 2 ECRL und Art. 15 Abs. 2 ECRL-E nahe, dass spezifische Überwachungspflichten allein zum Zwecke der Strafermittlung bestehen. Es ist aber nicht außer Acht zu lassen, dass die praktischen Möglichkeiten des Staates zur Kontrolle von Online-Auktionen aufgrund der unüberschaubaren und sich schnell ändernden Inhalte sehr begrenzt sind und die Strafermittlung im Nachhinein fast bedeutungslos ist. In diesem Zusammenhang kann eine spezielle Überwachungspflicht – die es erforderlich macht, bei entsprechenden Anhaltspunkten die zuständigen Strafverfolgungsorgane in Kenntnis zu setzen – nur dann Sinn haben, wenn dem Auktionshaus über die Löschpflicht hinaus auch die Pflicht auferlegt wird, dass es bei Vorliegen eindeutiger Anhaltspunkte – die auf strafbare Inhalte hinweisen – schon vor der Kenntnis bezüglich eines bestimmten Inhalts im Sinne des Art. 14 Abs. 1 lit. a ECRL (§ 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG) Vorsorgemaßnahmen treffen soll, die Rechtsverletzung seiner Nutzer zu verhindern. Da die ECRL für den Bereich der Provider-Haftung eine Vollharmonisierung erreicht, rechtferti-

¹⁸²² Gliederungspunkt Teil 3 A VI.

¹⁸²³ Gliederungspunkte Teil 3 C II 3 b) und c).

¹⁸²⁴ Gliederungspunkt Teil 3 C II 3 d) aa).

¹⁸²⁵ Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 b).

¹⁸²⁶ Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 c) aa).

gen diese Überlegungen eine begrenzte Pflicht zur Kenntnisverschaffung auch im System des § 10 TMG.¹⁸²⁷

Auch die Rechtsprechung des EuGH, wonach eine positive Kenntnis im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a der ECRL anzunehmen sei, wenn sich der betreffende Anbieter in der einen oder anderen Weise solcher Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die in Rede stehende Rechtswidrigkeit hätte feststellen und nach Art. 14 Abs. 1 lit. b der ECRL dagegen hätte vorgehen müssen, kann nur dahin gehend interpretiert werden – wenn man die unstrittige Aussage, dass *dolus eventualis* nicht ausreichend ist, nicht in Frage stellen will –,¹⁸²⁸ dass *dolus* herbeigeführte Unkenntnis der positiven Kenntnis gleichzusetzen ist, wenn das Auktionshaus etwa trotz konkreter Anhaltspunkte bewusst die Augen vor den Rechtsverletzungen verschließt.¹⁸²⁹

Aus diesen Feststellungen ergibt sich also die Schlussfolgerung, dass ein konkreter Hinweis auf bestimmte Informationen i.S.d. § 10 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. TMG zwar die Kenntnis von sämtlichen rechtsverletzenden Inhalten nicht begründet. Er begründet aber Kenntnis von inhaltlich identischen bzw. im Kern gleichartigen weiteren Inhalten, weil es nicht auf die Kenntnis der Rechtswidrigkeit ankommt, sondern nur auf die Kenntnis des Auktionshauses, ob weitere gleichartige Rechtsverletzungen auf seiner Plattform vorliegen. Da das Auktionshaus positiv weiß, wonach es suchen muss, ist eine Kenntnis zu bejahen.¹⁸³⁰

Da aber die Prüfpflichtverletzungen – die im geltenden Recht lediglich die zivilrechtliche Haftung des Auktionshauses begründen – im Strafrecht nicht relevant sein dürfen, müssen die der eigentlichen Löschpflicht vorgelagerten spezifischen Überwachungspflichten in dreifacher Hinsicht begrenzt sein. Die eine strafrechtliche Verantwortung des Auktionshauses begründende Verkehrssicherungspflichtverletzung liegt nur dann vor, (1) wenn derselbe Anbieter den gleichen Artikel noch mal anbietet oder (2) der gleiche Artikel durch einen anderen Anbieter zum Kauf angeboten wird. (3) Hierzu gehören auch weitere gleichartige Verletzungen, die unter demselben Benutzerkonto erfolgen.¹⁸³¹

33. Greift man richtigerweise auf die Kriterien der Tatherrschaftslehre zurück, ist das Auktionshaus in allen Fällen, in denen es zur Verletzung einer spezifischen Überwachungspflicht kommt, als Mittäter zu qualifizieren, weil es die Tatbegehung durch sein

¹⁸²⁷ Gliederungspunkt Teil 3 C II 3 d) bb).

¹⁸²⁸ Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 a).

¹⁸²⁹ Gliederungspunkt Teil 3 C II 3 d) cc).

¹⁸³⁰ Gliederungspunkt Teil 3 C I 2 c) aa).

¹⁸³¹ Gliederungspunkt Teil 3 C II 3 d) cc).

Eingreifen, das ihm physisch-real möglich sowie zumutbar ist, hätte verhindern können.¹⁸³²

§ 3: ANTWORT ZU DER FRAGE 4

Die vierte Frage, ob auf den jeweiligen Sachverhalt überhaupt das deutsche Strafrecht anwendbar ist, wenn es um das abstrakte Gefährdungsdelikt im Internet geht, wurde im vierten Teil der Arbeit beantwortet. Untersuchungsgegenstand war die Frage, wie die Fälle zu beurteilen sind, in denen ein inländischer Anbieter z.B. bei „eBay.fr“ oder ein ausländischer Anbieter z.B. bei „eBay.de“ oder „eBay.fr“ mit irreführenden Angaben wirbt und damit unlautere geschäftliche Handlungen vornimmt. Auch hier war zwischen der Rechtslage für den Anbieter und der für das Auktionshaus zu unterscheiden:

G. Das Ubiquitätsprinzip im Internet

34. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zwar über den Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 1. Alt. StGB in Deutschland nicht begründet werden kann, wenn die irreführenden Angaben vom Ausland aus ins Internet gestellt werden, weil nur der Ort als Handlungsort angenommen werden kann, an dem der Täter körperlich anwesend ist.¹⁸³³ Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts kann aber sehr wohl über § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB begründet werden. Der Begriff des Erfolgsortes im Strafanwendungsrecht soll nicht im Sinne der allgemeinen Tatbestandslehre verstanden werden.¹⁸³⁴

Dies bedeutet, dass die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts durch das Ubiquitätsprinzip nicht nur in den Fällen, in denen der Täter von Deutschland aus irreführende Angaben in das Internet eingestellt hat – unabhängig davon, ob sich der Server des Auktionshauses im Inland (eBay.de) oder Ausland (eBay.fr) befindet – begründet wird, sondern auch in den Fällen, in denen der Täter vom Ausland aus irreführende Angaben in das Internet eingestellt hat – wiederum unabhängig davon, ob sich der Server des Auktionshauses im Inland (eBay.de) oder Ausland (eBay.fr) befindet. Unerheblich ist ferner, ob der Anbieter seinen eBay-Account auf der Website von eBay.de oder von eBay.fr angemeldet hat.

35. Dass dieses Ergebnis allerdings eine höchst unerwünschte Strafverfolgungskompetenz mit sich bringt, ist eindeutig. Um dem Nichteinmischungsprinzip Rechnung zu tragen, sollte man daher handhabbare Kriterien finden, damit das deutsche Strafrecht nur in den

¹⁸³² Gliederungspunkte Teil 3 C II 2 b) und Teil 3 C II 3 e).

¹⁸³³ Gliederungspunkt Teil 4 B II.

¹⁸³⁴ Gliederungspunkt Teil 4 B III 2.

Fällen Geltung beanspruchen kann, in denen die irreführenden Angaben einen engen Bezug zu Deutschland aufweisen.

Wie herausgefunden wurde, liefern die im Kernstrafrecht vorgeschlagenen Kriterien¹⁸³⁵ allerdings keinen überzeugenden Ausgangspunkt für ein sachgerechtes Ergebnis.¹⁸³⁶ Aus diesem Grund wurden die sog. Marktort- und Herkunftslandprinzipien aus dem internationalen Wettbewerbszivilrecht als Hilfsmittel präsentiert, um eine konturlose Auslegung der §§ 3 ff. StGB zu vermeiden, weil man sich auch dort mit der Frage beschäftigt, wie eng die Bezüge ausländischer Werbung zu Deutschland sein müssen, damit das deutsche Recht Geltung beanspruchen kann. Die Untersuchung hat gezeigt, dass im Rahmen des § 16 Abs. 1 UWG auf das wettbewerbsrechtliche Marktortprinzip¹⁸³⁷ zurückzugreifen ist, weil das Herkunftslandprinzip aufgrund der Vollharmonisierung im Verbraucherschutzrecht durch die UGP-Richtlinie seine Bedeutung verloren hat,¹⁸³⁸ – obwohl es entgegen der weitverbreiteten Ansicht in der Literatur – doch Einfluss auf die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts hat.¹⁸³⁹

36. Demzufolge sollte das deutsche Strafrecht auf den jeweiligen Sachverhalt nur dann anwendbar sein, wenn anhand der aus dem Marktortprinzip stammenden objektiven Kriterien festgestellt werden kann, dass das Angebot des Anbieters offensichtlich auf den deutschen Markt ausgerichtet ist.

Im Rahmen der Arbeit wurden z.B. folgende Kriterien als maßgeblich angesehen: die konkrete Gestaltung von Websites, vor allem bezüglich der Angabe von Preisen in unterschiedlichen Währungen und Zahlungsoptionen; weitere Angaben auf der Website, etwa die Angabe von inländischen Kontaktdaten, wie Telefonnummern, Faxnummern oder Adressen; die Voreinstellungen der Websites, z.B. der Einsatz unterschiedlicher Sprachen; die angebotenen Versandmodalitäten, z.B. Angaben wie „main export markets: worldwide“, „we ship worldwide“; die Natur des beworbenen Produkts; die Referenz auf bestimmte Rechtsordnungen oder die Belehrung über bestimmte nationale Widerrufsrechte; die Verwendung von klar formulierten und verständlichen Disclaimern (z.B. „aber nicht an deutsche Adressen“), wenn sich der Werbende auch tatsächlich daran hält; die Bezugsmöglichkeit im Inland und die auf der Website – etwa durch einen Hinweis auf die Versandkosten bzw. auf die Lieferzeit – ausgedrückte Bereitschaft des ausländischen Anbieters, die Waren auch an Inländer zu liefern; Zuschnitt und Marktbedeutung des Anbie-

¹⁸³⁵ Gliederungspunkt Teil 4 B V 1.

¹⁸³⁶ Gliederungspunkt Teil 4 B V 2.

¹⁸³⁷ Vgl. Gliederungspunkt Teil 4 B VII 2 a).

¹⁸³⁸ Gliederungspunkt Teil 4 B VII 1 d).

¹⁸³⁹ Gliederungspunkt Teil 4 B VII 1 c) bb).

ters; die bisherige Absatztätigkeit des Anbieters mit Kunden aus Deutschland; die Wiedergabe von Kundenbewertungen von Kunden aus Deutschland.

Diese Kriterien können uneingeschränkt auch auf die §§ 3, 9 StGB übertragen und somit auch bei der Feststellung des Geltungsbereichs des deutschen Wettbewerbsstrafrechts im Internet nach § 16 Abs. 1 UWG fruchtbar gemacht werden; insbesondere in den Fällen, in denen der ausländische Täter irreführende Angaben auf Server eines ausländischen Auktionshauses einspeist, also in den Fällen, in denen auf den ersten Blick wenig Verbindung der Werbung zu Deutschland besteht. Die Tatsache, dass, während im System des internationalen Wettbewerbsrechts unter Umständen auch das ausländische Recht Geltung beanspruchen kann, das internationale Wettbewerbsstrafrecht dagegen lediglich einseitig wirkt, ändert nichts. Denn die nach der Entweder-oder-Lösung im Strafanwendungsrecht keine Rolle spielende Möglichkeit einer Geltung des ausländischen Rechts hängt davon ab, ob der Rechtsanwender die Anwendung des deutschen Wettbewerbsrechts zunächst anhand dieser Kriterien positiv ausschließen kann oder nicht.¹⁸⁴⁰

H. Zurechnung des inländischen Tatortes im Falle der Mittäterschaft durch Unterlassen

37. Abschließend wurde auf die Frage eingegangen, ob im Fall einer Verletzung der spezifischen Überwachungspflicht (Nr. 31 und 32) das sich in Deutschland niederlassende Auktionshaus auch dann zur Verantwortlichkeit herangezogen werden kann, wenn der Täter vom Ausland aus irreführende Angaben auf Server des Auktionshauses hochlädt. Ebenso blieb die Frage offen, ob auch ein ausländisches Auktionshaus zur Verantwortlichkeit herangezogen werden kann, wenn der Täter von Deutschland oder vom Ausland aus irreführende Angaben auf Server des Auktionshauses hochlädt.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Antwort auf diese Frage theoretisch immer positiv ausfallen soll, weil der Handlungsort beim Unterlassungsdelikt gemäß § 9 Abs. 1 2. Alt. StGB einen Tatort für den Täter dort begründet, wo er „hätte handeln müssen“. Für die bei Online-Auktionen in Betracht kommenden Fälle der Verletzung der spezifischen Überwachungspflichten bedeutet dies, dass aufgrund der globalen Struktur des Internets immer ein Vornahmeort in Deutschland anzunehmen ist, weil das Auktionshaus immer die gebotene Handlung in Deutschland hätte vornehmen können.

Auch dieses Ergebnis ist natürlich unerwünscht. Um dem Interventionsverbot des Völkerrechts Rechnung zu tragen, muss man daher wiederum über die objektiven Kriterien nachdenken, um die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts lediglich auf die Fälle zu

¹⁸⁴⁰ Gliederungspunkt Teil 4 B VII 2 b).

beschränken, die einen engen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland aufweisen (Nr. 35). Das Problem liegt allerdings darin, dass das Marktortprinzip (Nr. 36) solche Kriterien nicht liefert, weil das Auktionshaus das unmittelbare Angebot nicht selbst anbietet.

Im Rahmen der Arbeit wurde daher dafür plädiert, dass für das Auktionshaus eine Sonderdogmatik entwickelt werden sollte. Die Untersuchung hat gezeigt, dass es sachgerecht ist, dessen Garantenstellung nur dann nach dem deutschen Strafrecht zu beurteilen, wenn die Werbemaßnahmen des Anbieters auf den deutschen Markt ausgerichtet sind, da das Auktionshaus nur deshalb als Mittäter (Nr. 33) belangt wird, weil es durch die Verletzung seiner Verkehrssicherungspflichten den Absatz eines fremden Unternehmens fördert, welches gleichzeitig sein Mittäter ist.

Diese Lösung bringt nicht nur Rechtssicherheit. Durch diese Lösung wird auch das unwillkommene Ergebnis des Ubiquitätsprinzips im Sinne von § 9 Abs. 1 2. Alt. StGB im Internet verhindert, nämlich das Leerlaufen jeglicher Einschränkungsversuche zu § 9 Abs. 1 3. Alt. StGB beim Content-Provider aufgrund eines überall annehmbaren Vornahmeortes im Falle eines Unterlassens des Auktionshauses als Mittäter.¹⁸⁴¹

¹⁸⁴¹ Gliederungspunkt Teil 4 C.

LITERATURVERZEICHNIS

- Achenbach*, Hans: Vermögen und Nutzungschance – Gedanken zu den Grundlagen des strafrechtlichen Vermögensbegriffs, in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 1005-1017.
- Achenbach*, Hans/*Ransiek*, Andreas (Hrsg.): Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, 2012.
- Achenbach*, Hans/*Ransiek*, Andreas/*Rönnau*, Thomas (Hrsg.): Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, 2015.
- Ackermann*, Brunhilde: Das Sprachenproblem im europäischen Primär- und Sekundärrecht und der Turmbau zu Babel, in: WRP 2000, 807-812.
- Ahrens*, Hans-Jürgen: Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, in: CR 2000, 835-841.
- Ahrens*, Hans-Jürgen: 21 Thesen zur Störerhaftung im UWG und im Recht des Geistigen Eigentums, in: WRP 2007, 1281-1290.
- Ahrens*, Sönke: Der Irreführungsbegriff im deutschen Wettbewerbsrecht, in: WRP 1999, 389-398.
- v. Alberti*, Otto: Verbotsverletzende Unterlassungen, insbesondere ihre fahrlässige Begehung, 1917.
- Albrecht*, Uwe: Zusätzliche Straf- und Bußgeldtatbestände im Werberecht?, in: WRP 1974, 653-661.
- Albrecht*, Uwe: Zur geplanten Reform des § 4 UWG, in: WRP 1976, 277-281.
- Alexander*, Christian: Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, in: WRP 2004, 407-421.
- Alexander*, Christian: Die „Schwarze Liste“ der UGP-Richtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland und Österreich, in: GRUR-Int. 2010, 1025-1033.
- Alexander*, Christian: Neuregelungen zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, in: NJW 2012, 1985-1990.
- Alexander*, Christian: Bedarf § 5a UWG einer Korrektur?, in: WRP 2013, 716-722.
- Alexander*, Christian: Die Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie und die Auswirkungen auf das Lauterkeitsrecht, in: WRP 2014, 501-509.
- Alexander*, Christian/*Pützhoven*, Andreas: Vertragsschluss bei rechnungsähnlich gestalteten „Eintragsofferten“, in: DB 2001, 1133.
- Alt*, Wilfried: UWG-Novelle und künftige Werbepaxis, in: NJW 1987, 21-28.
- Altenhain*, Karsten: Europäisches Herkunftslandprinzip und nationales Strafanwendungsrecht, in: Zieschang, Frank/Hilgendorf, Eric/Laubenthal, Klaus (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, 2003, S. 107-126.

- Ambos, Kai*: Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate – Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, in: GA 1998, 226-245.
- Ambos, Kai*: Beihilfe durch Alltagshandlungen, in: JA 2000, 721-725.
- Ambos, Kai*: Internationales Strafrecht, 4. Auflage, 2014.
- Ambos, Kai/Rackow, Peter*: Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, in: ZIS 2009, 397-405.
- Amelung, Knut*: Unternehmerpfandrecht und Schadensberechnung beim Betrug, in: NJW 1975, 624-626.
- Amelung, Knut*: Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug, in: GA 1977, 1-17.
- Amelung, Knut*: Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands, in: Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 9-30.
- AnwaltKommentar StGB*: Leipold, Klaus/Tsambikakis, Michael/Zöller, Mark A. (Hrsg.), 2. Auflage, 2015.
- Apostolopoulos, Haris*: Das europäische Irreführungsverbot: Liberalisierung des Marktgeschehens oder Einschränkung für die Anbieterseite, in: GRUR-Int. 2005, 292-299.
- Armgaradt, Matthies*: Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht: unwirksame AGB-Klauseln im Licht der der neueren Rechtsprechung zum UWG und zur UGP-Richtlinie, in: WRP 2009, 122-127.
- Arzt, Gunther*: Geldwäscherei – Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung, in: NStZ 1990, 1-6.
- Arzt, Gunther*: Bemerkungen zum Überzeugungsoffer – insbesondere zum Betrug durch Verkauf von Illusionen, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 431-450.
- Arzt, Gunther*: Betrug durch massenhafte plumpe Täuschungen, in: Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 595-603.
- Arzt, Gunther/Weber, Ulrich*: Strafrecht Besonderer Teil, Ein Lehrbuch in 5 Heften, LH 3: Vermögensdelikte (Kernbereich), 2. Auflage, 1986.
- Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*: Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, 2009.
- Arzt, Markus*: Entscheidungsanmerkung zum Urteil des BGH vom 28.03.2012 (VIII ZR 244/10, ZJS 2012, 268) – Zum außerordentlich günstigen Erwerb einer wertvollen Ware im Rahmen einer Internetauktion, in: ZJS 2012, 268-269.
- Aunert-Micus, Shirley*: Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Internet-Auktionen am Beispiel von eBay, in: JA 2005, 741-745.

- Bacigalupo, Enrique*: Bemerkungen zu strafrechtlichen Fragen des Verfassungsentwurfs, in: ZStW 116 (2004), 326-331.
- Baier, Helmut*: Betrug durch Versendung von Anzeigenangeboten, in: JA 2002, 364-367.
- v. Bar, Christian*: Verkehrspflichten – Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, 1980.
- Barton, Dirk-Michael*: Multimedia-Strafrecht: ein Handbuch für die Praxis, 1999.
- Barton, Dirk-Michael/Gercke, Björn/Janssen, Gerhard*: Die Veranstaltung von Glücksspielen durch ausländische Anbieter per Internet unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, in: wistra 2004, 321-326.
- Baumann, Jürgen*: Endlich strafrechtliche Bekämpfung des Submissionsbetruges, in: NJW 1992, 1661-1665.
- Baumann, Jürgen/Arzt, Gunther*: Kartellrecht und allgemeines Strafrecht – Mögliche Beiträge des allgemeinen Strafrechts zur Bekämpfung der Ausnutzung marktbeherrschender Positionen, in: ZHR 134 (1970), 24-52.
- Beater, Axel*: Die stillen Wandlungen des Wettbewerbsrechts – Zugleich ein Beitrag zur Orient-Teppichmuster-Entscheidung des BGH, in: JZ 2000, 973-979.
- Beckemper, Katharina*: Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge, in: Jura 2001, 163-169.
- Becker, Christian*: Paradigmenwechsel in der Schadensdogmatik oder „Viel Lärm um nichts“? – Zur aktuellen Kontroverse um die sog. „schadensgleiche Vermögensgefährdung“, in: HRRS 2009, 334-340.
- Becker, Christian*: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 19.8.2014 – 3 StR 88/14, in: NStZ 2015, 83-84.
- Becker, Rolf/Föhlisch, Carsten*: Von Quelle bis eBay: Reformaufarbeitung im Versandhandelsrecht, in: NJW 2005, 3377-3381.
- Beckmann, Tobias*: Versteigerungen im Internet – unter besonderer Berücksichtigung der gewerberechtlichen und vertragsrechtlichen Probleme, 2004.
- Beisel, Daniel/Heinrich, Bernd*: Die Zulässigkeit der Indizierung von Internet-Angeboten und ihre strafrechtliche Bedeutung, in: CR 1997, 360-363.
- Berger, Arndt/Janal, Ruth*: Suchet und Ihr werdet finden? – Eine Untersuchung zur Störerhaftung von Online-Auktionshäusern, in: CR 2004, 917-925.
- Berger, Ernst Georg*: Verantwortlichkeit von TK-Unternehmen für wettbewerbswidrig genutzte Rufnummern, in: MMR 2003, 642-648.
- Bernhard, Tobias*: Widerrufsrecht bei Internet-Auktionen?, in: ZGS 2005, 226-232.
- Bernreuther, Friedrich*: Die Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandsrechts nach Art 3 Abs. II EC-RiL und das Grundgesetz, in: WRP 2001, 384-391.
- Bernreuther, Friedrich*: Der Ort der Rechtsdurchsetzung des Herkunftslandesrechtes nach Art 3 Abs. II EC-RiL und das Grundgesetz, in: WRP 2001, 513-525.

- Berz, Gregor*: Spieltheoretische Verhandlungs- und Auktionsstrategien – Mit Praxisbeispielen von Internetauktionen bis Investmentbanking, 2007.
- Bettinger, Torsten/Freytag, Stefan*: Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links – Zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 12.5.1998, in: CR 1998, 545-556.
- Beulke, Werner*: Der „Compliance Officer“ als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung, in: Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, 2011, S. 23-42.
- Beulke, Werner/Witzigmann, Tobias*: Zu der Frage nach dem Vorsatz und dem Vermögensnachteil bei Untreuehandlungen durch pflichtwidriges Eingehen von Risiken für fremdes Vermögen, in: JR 2008, 430-435.
- Bittmann, Folker*: Verschleifungsverbot, Quantifizierungsgebot (§§ 263, 266 StGB) und Pflichtwidrigkeit (§ 266 StGB), in: wistra 2013, 1-8.
- Blanke, Isabel*: Über die Verantwortlichkeit des Internet-Providers – Eine Untersuchung anhand des Teledienstgesetzes sowie nach allgemeinen strafrechtlichen Zurechnungskategorien, 2006.
- Blasek, Katrin*: Versteckte Preisangaben im Internet, in: GRUR-RR 2009, 241-243.
- Blasek, Katrin*: Kostenfallen im Internet – ein Dauerbrenner, in: GRUR 2010, 396-402.
- Bode, Bernd-Dieter*: Zur strafrechtlichen Produkthaftung, in: Festschrift aus Anlass des 50-jährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, S. 515-529.
- Bohne, Daniel*: Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.02.2014, I ZR 17/13, in: GRUR-Prax. 2014, 207.
- Bohnenberger, Claus*: Betrug durch Vertragserschleichung, 1989.
- Borges, Georg*: Das Widerrufsrecht in der Internet-Auktion, in: DB 2005, 319-327.
- Borges, Georg (Hrsg.)*: Rechtsfragen der Internet-Auktion, 2. Auflage, 2014.
- Bornkamm, Joachim*: Irrungen, Wirrungen – Der Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen, in: WRP 2012, 1-5.
- Bornkamm, Joachim/Seichter, Dirk*: Das Internet im Spiegel des UWG – Grenzwerte für die lautere Nutzung eines neuen Mediums, in: CR 2005, 747-753.
- Bosch, Nikolaus*: „Moderne Vertriebsformen“ und Schutz des „exquisit Dummen“, in: Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, S. 241-256.
- Bosch, Nikolaus*: Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002.
- Bosch, Nikolaus/Lange Knut Werner*: Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstandes zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion, in: JZ 2009, 225-237.
- Böse, Martin*: Verweisungen auf das EU-Recht und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG), in: Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag, 2010, S. 7-25.

- Böse, Martin*: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts, in: ZIS 2010, 76-91.
- Böse, Martin/Meyer, Frank*: Die Beschränkung nationaler Strafgewalten als Möglichkeit zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten in der Europäischen Union, in: ZIS 2011, 336-344.
- Bottke, W.*: Zur Frage, ob trotz Einräumung eines vertraglichen Rückgaberechtes der Erwerber einer Ware einen für den Betrugstatbestand ausreichenden Vermögensschaden erleiden kann, in: JR 1987, 428-431.
- Böxler, Bernhard*: Europäisches Immaterialgüterstrafrecht? – zugleich ein Beitrag zu Art. 83 II AEUV als strafrechtliche Kompetenznorm und zur Reichweite des Art. 118 AEUV, in: wistra 2011, 11-18.
- Brammsen, Joerg*: Unterlassungshaftung in formalen Organisationen, in: Amelung, Knut (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 105-144.
- Brammsen, Joerg*: Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft – Eine Ergänzung zu BGSt 40, 257, in: NStZ 2000, 337-344.
- Brammsen, Joerg*: Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986.
- Brammsen, Joerg/Apel, Simon*: Anstiftung oder Täterschaft? „Organisationsherrschaft“ in Wirtschaftsunternehmen, in: ZJS 2008, 256-264.
- Brammsen, Joerg/Apel, Simon*: Strafbare Werbung für „Abo-Fallen“ – Ein „Sternchenhinweis“ zur Ergänzung der Betrugsstrafbarkeit, in: WRP 2011, 1254-1258.
- Brammsen, Joerg/Apel, Simon*: Schneeballsysteme nach der 4finance-Entscheidung des EuGH – Abstimmungsprobleme im Verhältnis von Nr. 14 Anhang I UGP-RL und Nr. 14 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG untereinander und zu § 16 Abs. 2 UWG, in: GRUR-Int. 2014, 1119-1125.
- Bräutigam, Peter/Leupold, Andreas (Hrsg.)*: Online-Handel – Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen – Einzelne Erscheinungsformen des E-Commerce, 2003.
- Breuer, Barbara*: Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf extritorial handelnde Internet-Benutzer, in: MMR 1998, 141-145.
- Brisch, Klaus M.*: EU-Richtlinienvorschlag zum elektronischen Geschäftsverkehr, in: CR 1999, 235-244.
- v. Bubnoff, Eckhart*: Krimineller Missbrauch der neuen Medien im Spiegel europäischer Gegensteuerung, in: Zieschang, Frank/Hilgendorf, Eric/Laubenthal, Klaus (Hrsg.), Strafrecht und Kriminalität in Europa, 2003, S. 83-106.
- Buchmann, Felix*: Das neue Fernabsatzrecht 2014 – Teil 1: Ausgewählte Probleme zum neuen Widerrufsrecht bei Warenkäufen, in: K&R 2014, 221-228.

- Buchmann, Felix*: Das neue Fernabsatzrecht 2014 – Teil 2: Die neuen Rechtsfolgen des widerrufenen Fernabsatzvertrags und die neue Musterwiderrufsbelehrung bei Warenkäufen, in: K&R 2014, 293-300.
- Buchmann, Felix*: Das neue Fernabsatzrecht 2014 – Teil 3: Anwendungsbereich und Ausnahmen vom Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen über Waren, in: K&R 2014, 369-375.
- Buchmann, Felix*: Das neue Fernabsatzrecht 2014 – Teil 4: Die neuen Informationspflichten bei Warenkäufen, in: K&R 2014, 453-460.
- Buchmann, Felix*: Das neue Fernabsatzrecht 2014 – Teil 5: Besonderheiten bei Dienstleistungsverträgen, in: K&R 2014, 562-566.
- Buchmann, Felix*: Das neue Fernabsatzrecht 2014 – Teil 6: Besonderheiten bei digitalen Inhalten, in: K&R 2014, 621-625.
- Bücker, Stephan*: Internetauktionen: Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 2003.
- Bullinger, Winfried*: Internet-Auktionen – Die Versteigerung von Neuwaren im Internet aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: WRP 2000, 253-258.
- Bülte, Jens*: Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten – Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 20.10.2011 - 4 StR 71/11, in: NZWiSt 2012, 176-182.
- Burgard, Ulrich*: Online-Marktordnung und Inhaltskontrolle, in: WM 2001, 2102-2113.
- Busse-Muskala, Veit*: Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Informationsvermittler im Netz, - Eine Untersuchung zur Strafbarkeit der Anbieter von Hyperlinks und Suchmaschinen, 2006.
- Büttner, Hermann*: Die Irreführungsquote im Wandel – Folgen eines sich ändernden Normverständnisses, in: GRUR 1996, 533-541.
- Claus, Susanne*: Die Strafbarkeit der Lüge nach § 16 I UWG, in: Jura 2009, 439-442.
- Clauß, Felix*: Zur Bestimmung des Erfolgsorts und zur Strafverfolgungskompetenz bei Äußerungsdelikten im Internet, in: MMR 2001, 232-233.
- Coester-Waltjen, Dagmar*: Rücktritt und Widerruf - Gemeinsamkeiten und Unterschiede, in: Jura 2009, 820-823.
- Collardin, Marcus*: Straftaten im Internet – Fragen zum internationalen Strafrecht, in: CR 1995, 618-622.
- Conradi, Ulrich/Schlömer, Uwe*: Die Strafbarkeit der Internet-Provider (1. Teil), in: NStZ 1996, 366-369.
- Conradi, Ulrich/Schlömer, Uwe*: Die Strafbarkeit der Internet-Provider (2. Teil), in: NStZ 1996, 472-477.
- Cornils, Karin*: Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet, in: JZ 1999, 394-398.

- Cornils, Karin*: Die territorialen Grenzen der Strafgerichtsbarkeit und Internet, in: Hohloch, Gerhard (Hrsg.), Recht und Internet, 2001, S. 71-84.
- Cramer, Peter*: Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968.
- Czychowski, Christian/Nordemann, Jan Bernd*: Grenzloses Internet – entgrenzte Haftung – Leitlinien für ein Haftungsmodell der Vermittler, in: GRUR-Beilage 1/2014, 3-13.
- Dannecker, Christoph*: Die Folgen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung der Unternehmensleitung für die Haftungsverfassung juristischer Personen – Zugleich: Besprechung von BGH, Urt. v. 10.7.2012 - VI ZR 341/10, in: NZWiSt 2012, 441-451.
- Dannecker, Gerhard*: Einfluss des EG-rechts auf den strafrechtlichen Täuschungsschutz im Lebensmittelrecht, in: WiVerw 1996, 190-210.
- Dannecker, Gerhard*: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern im Internet, in: Hohl, Michael/Leible, Stefan/Sosnitza, Olaf (Hrsg.), 2002, Vernetztes Recht, S. 129-157.
- Dannecker, Gerhard*: Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen, in: ZStW 117 (2005), 697-748.
- Dannecker, Gerhard*: Das materielle Strafrecht im Spannungsfeld des Rechts der Europäischen Union (Teil I), in: Jura 2006, 95-102.
- Dannecker, Gerhard*: Das materielle Strafrecht im Spannungsfeld des Rechts der Europäischen Union (Teil II), in: Jura 2006, 173-178.
- Dannecker, Gerhard*: Der strafrechtliche Schutz des Wettbewerbs: Notwendigkeit und Grenzen einer Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen, in: Festschrift für Klaus Tiedemann, 2008, S. 789-815.
- Dannecker, Gerhard/ Dannecker, Christoph*: Die „Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen – Zur strafrechtlichen Verantwortung der Compliance Officers und (leitender) Angestellter bei der Übernahme unternehmensbezogener Aufgaben – zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 17.7.2009 - 5 StR 394/08, in: JZ 2010, 981-992.
- Dauses, Manfred A. (Hrsg.)*: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattsammlung.
- Derksen, Roland*: Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreitete Daten mit strafbarem Inhalt, in: NJW 1997, 1878-1885.
- Detlefsen, Sonja*: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Setzen von Hyperlinks nach deutschem Recht – mit einem Vergleich zur österreichischen Recht, 2006.
- Deutsch, Andreas*: Vertragsschluss bei Internetauktionen – Probleme und Streitstände, in: MMR 2004, 586-589.
- Deutsch, Volker*: Der Einfluss des europäischen Rechts auf den Irreführungstatbestand des § 3 UWG – Gedanken zum Verbraucher-Leitbild und zur Relevanz bei Täuschungen, in: GRUR 1996, 541-547.

- Dierlamm, Alfred*: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Geschäftsführer, in: NStZ 1998, 569-570.
- Dingler, Andreas*: Betrug bei Online-Auktionen, 2008.
- Dittrich, Jörg*: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.03.2012 (VIII ZR 244/10; K&R 2012, 424) – Zur Frage der Anforderungen an Beschaffensvereinbarung und Sittenwidrigkeit bei eBay-Angeboten, in: K&R 2012, 427-428.
- Doepner, Ulf*: Verbraucherleitbilder zur Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbots, in: WRP 1997, 999-1011.
- Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/Rössner, Dieter (Hrsg.)*: Gesamtes Strafrecht, 3. Auflage, 2013.
- Döring, Reinhard*: Die Haftung für eine Mitwirkung an Wettbewerbsverstößen nach der Entscheidung des BGH „Jugendgefährdende Medien bei eBay“, in: WRP 2007, 1131-1141.
- Dörnis, Tim W.*: Der Anschein eines besonders günstigen Angebots i.S. des § 16 I UWG – Von Kaffeefahrten, Zeitschriftenwerbern und der Auslegung lauterkeitsrechtlicher Strafnormen, in: GRUR 2008, 742-749.
- Drexel, Josef*: Zum Verhältnis von lauterkeits- und kartellrechtlicher Anknüpfung nach der Rom II-VO, in: Festschrift für Klaus J. FS-Hopt zum 70. Geburtstag, 2010, S. 2713-2732.
- Duesberg, Erik*: Die Strafbarkeit des Online-Pokers – Strafrechtliche Aspekte des Veranstaltens und Spielens von Poker im World Wide Web, in: JA 2008, 270-274.
- Dunkel, Till*: Online-Auktionen und Wettbewerbsrecht, 2006.
- Eck, Stefan/Ruess, Peter*: Haftungsprivilegierung der Provider nach der E-Commerce-Richtlinie – Umsetzungsprobleme dargestellt am Beispiel der Kenntnis nach § 11 Satz 1 Ziff. 1 TDG, in: MMR 2003, 363-366.
- Ehret, Susanne*: Internet-Auktionshäuser auf dem haftungsrechtlichen Prüfstand – Ein Beitrag zur zivilrechtlichen Haftung von Internet-Auktionshäusern für rechtswidrige Auktionsangebote, in: CR 2003, 754-761.
- Eick, Teresa*: Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrug am Beispiel der Werbung, 2011.
- Eickelmann, Sarah*: Zur Anwendbarkeit der Vermutung der verwerflichen Gesinnung bei Kaufverträgen im Rahmen einer Online-Auktion, in: Jura 2011, 451-454.
- Eiden, Joachim/Walter, Florian*: Zur konkludenten Täuschung bei unberechtigtem Abmahnschreiben durch Rechtsanwälte, in: NStZ 2014, 297-305.
- Eisele, Jörg*: Zur Strafbarkeit von sog. „Kostenfallen“ im Internet, in: NStZ 2010, 193-199.
- Eisele, Jörg*: Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 17.12.2010 – 1 Ws 29/09, in: MMR 2011, 273-275.

- Eisele, Jörg*: Jurisdiktionskonflikte in der Europäischen Union: Vom nationalen Strafanwendungsrecht zum Europäischen Kollisionsrecht?, in: ZStW 125 (2013), 1-33.
- Eisele, Jörg*: Computer- und Medienstrafrecht, 2013.
- Ellmer, Manfred*. Betrug und Opfermitverantwortung, 1986.
- Emmerich, Volker*: Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, 1993, S. 857-877.
- Engel-Flehsig, Stefan*: Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstaustauschvertrag der Bundesländer – Einheitliche Rahmenbedingungen für Multimedia, in: ZUM 1997, 231-239.
- Engels, Stefan/Salomon, Thomas H.*: Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz – UWG-Reform 2003, in: WRP 2004, 32-44.
- Ensthaler, Jürgen/Heinemann, Mirko*: Zur Haftung des Hostproviders – Eine Betrachtung aus Anlass des aktuellen OECD Berichtes zu den wirtschaftlichen Folgen von Marken- und Produktpiraterie, in: WRP 2010, 309-316.
- Ensthaler, Jürgen/Heinemann, Mirko*: Die Fortentwicklung der Providerhaftung durch die Rechtsprechung, in: GRUR 2012, 433-440.
- Erb, Volker*: Gängige Formen suggestiver Irrtumserregung als betrugsrelevante Täuschungen, in: ZIS 2011, 368-378.
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max (Hrsg.)*: Strafrechtliche Nebengesetze, Loseblattsammlung.
- Eser, Albin*: Das „Internationale Strafrecht“ in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht, 2000, S. 3-28.
- Eser, Albin*: Strafrecht IV, Schwerpunkt Vermögensdelikte, 4. Auflage, 1983.
- Fezer, Karl-Heinz*: Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot als ein normatives Modell des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung „Mars“ des EuGH vom 6 Juli 1995 – Rechtsache C 470/93, in: WRP 1995, 671-676.
- Fezer, Karl-Heinz*: Das Informationsgebot der Lauterkeitsrichtlinie als subjektives Verbraucherrecht – Zur Umsetzung des Art. 7 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in § 5 UWG, in: WRP 2007, 1021-1030.
- Fezer, Karl-Heinz*: Lebensmittelimitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-Standards als Gegenstand des Informationsgebots im Sinne des Art. 7 UGP-RL – Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten nach § 5a UWG zum Schutz vor irreführender Lebensmittelvermarktung, in: WRP 2010, 577-585.
- Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.)*: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, 2. Auflage, 2010.
- Finke, Thorsten*: Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, 1998.
- Fischer, Peer*: Zur Abgrenzung von privatem und unternehmerischem Handeln auf Auktionsplattformen im Internet, in: WRP 2008, 193-200.

- Fischer*, Thomas: StGB, 62. Auflage, 2015.
- Fitzner*, Julia: Fortbestehende Rechtsunsicherheit bei der Haftung von Host-Providern – Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung nach TMG und der aktuellen Rechtsprechung, in: WRP 2011, 83-86.
- Fitzner*, Julia: Sind Haftungsbeschränkungen für Host-Provider noch zeitgemäß? – Der „Safe Harbor“ gem. § 512 (c) Copyright Act und die Haftungsbeschränkungen gem. Art. 14 E-Commerce-Richtlinie bzw. § 10 TMG, in: GRUR-Int. 2012, 109-117.
- Föhlisch*, Carsten: Ist die Musterwiderrufsbelehrung für den Internethandel noch zu retten?, in: MMR 2007, 139-143.
- Freund*, Georg: Strafrecht Allgemeiner Teil – personale Straftatlehre, 2. Auflage, 2009.
- Freytag*, Stefan: Urheberrechtliche Haftung im Netz – Zur dogmatischen Einordnung und praktischen Umsetzung von § 5 TDG und § 5 MDStV bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, in: ZUM 1999, 185-195.
- Freytag*, Stefan: Providerhaftung im Binnenmarkt – Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte nach der E-Commerce-Richtlinie, in: CR 2000, 600-609.
- Frisch*, Wolfgang: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988.
- Fritze*, Ulrich/*Holzbach*, Christoph: Die Electronic-Commerce-Richtlinie – Ende oder Chance für das deutsche Wettbewerbsrecht, in: WRP 2000, 872-876.
- Fritzsche*, Jörg/*Frahm*, Karin: Zahlen schon fürs Bieten – Internetauktionen mit kostenpflichtigen Gebotsrechten, in: WRP 2008, 22-38.
- Gaede*, Kartsen: Die objektive Täuschungseignung als Ausprägung der objektiven Zurechnung beim Betrug, in: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 967-988.
- Garbe*, Thorsten: Rechnungsähnliche Vertragsofferten als strafbarer Betrug, in: NJW 1999, 2868-2870.
- Geerds*, Detlev: Schadensprobleme beim Betrug, Jura 1994, 309-321.
- Geerds*, Detlev: Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, 1990.
- Geisler*, Claudius: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.4.2001 – 4 StR 439/00, in: NStZ 2002, 86-89.
- Gercke*, Marco/*Brunst*, Phillip: Praxishandbuch Internetstrafrecht, 2010.
- Germann*, Michael: Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000.
- Giehling*, Heinz: Prozessbetrug in Versäumnis- und Mahnverfahren – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB, in: GA 1973, 1-26.
- Gimbernat Ordeig*, Enrique: Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 651-663.

- Glöckner*, Jochen: Richtlinienvorschläge über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europäischen Generalklauseln, in: WRP 2004, 936-945.
- Glöckner*, Jochen: Ist die Union reif für die Kontrolle an der Quelle?, in: WRP 2005, 795-808.
- Glöckner*, Jochen: Der gegenständliche Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts nach der UWG-Novelle 2008 – ein Paradigmenwechsel mit Folgen, in: WRP 2009, 1175-1188.
- Glöckner*, Jochen/*Henning-Bodewig*, Frauke: EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Was wird aus dem „neuen“ UWG?, in: WRP 2005, 1311-1335.
- Glöckner*, Jochen/*Kur*, Annette: Geschäftliche Handlungen im Internet – Herausforderungen für das Marken- und Lauterkeitsrecht, in: GRUR-Beilage 1/2014, 29-52.
- Gloy*, Wolfgang/*Loschelder*, Michael/*Erdmann*, Willi (Hrsg.): Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, 2010.
- Göbel*, Thomas: Die strafrechtliche Bekämpfung der unseriösen Geschäftstätigkeit – Zugleich ein Beitrag zur Harmonisierung von Betrug- und Lauterkeitsstrafrecht, 2007.
- Göhler*, Erich: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen, in: Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 611-621.
- Goldmann*, Enno: Rechtliche Rahmenbedingungen für Internet-Auktionen, 2005.
- Götting*, Horst-Peter: Wettbewerbsrecht, 2005.
- Götting*, Horst-Peter/*Nordemann*, Axel (Hrsg.): UWG Handkommentar, 2. Auflage, 2013.
- Gounalakis*, Georgios: Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, in: NJW 1997, 2993-3000.
- Gräbig*, Johannes: Aktuelle Entwicklungen bei Haftung für mittelbare Rechtsverletzungen – Vom Störer zum Täter – ein neues einheitliches Haftungskonzept?, in: MMR 2011, 504-509.
- Grabitz*, Eberhard/*Hilf*, Meinhard/*Nettesheim*, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung.
- Graf*, Jürgen-Peter: Strafrechtsschutz im Internet, in: Heermann, Peter W./Ohly, Ansgar (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Netz, 2003, S. 85-101.
- Graf*, Jürgen Peter/*Jäger*, Markus/*Wittig*, Petra (Hrsg.): Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011.
- Grapetin*, Sabine: Vertragsschluss bei Internet-Auktionen, in: GRUR 2001, 713-716.
- Graul*, Eva: Können auch Erfahrungssätze und Rechtssätze Tatsachen iS des § 263 StGB sein? – Insbesondere zur Tatsachenqualität des Marktpreises beim sog Preisgestaltungsbetrug, in: JZ 1995, 595-603.

- Grebig, Gerhardt*: Strafrecht und unlauterer Wettbewerb – zur Reform des § 4 UWG, in: *wistra* 1982, 83-91.
- Gribkowsky, Gerhard*: Strafbare Werbung (§ 4 UWG), 1989.
- Groeschke, Peer/Kiethe, Kurt*: Die Ubiquität des europäischen Verbraucherleitbildes – Der europäische Pass des informierten und verständigen Verbrauchers, in: *WRP* 2001, 230-238.
- Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): *Jakobs, Rainer/Lindacher, Walter F./Teplitzky, Otto* (Hrsg.), 1. Auflage, 1992 ff.
- Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): *Teplitzky, Otto/Peifer, Karl-Nikolaus/Leistner, Matthias* (Hrsg.), 2. Auflage, 2014 f.
- Gülpen, René*: Verbraucherschutz im Rahmen von Online-Auktionen, 2006.
- Haft, Fritjof/Eisele, Jörg*: Zur systematischen Stellung des § 5 TDG bei der Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Providern, in: *Wiebe, Andreas* (Hrsg.), *Regulierung in Datennetzen*, 2000, S. 53-73.
- Haft, Fritjof/Eisele, Jörg*: Zur Einführung – Rechtsfragen des Datenverkehrs im Internet, in: *JuS* 2001, 112-120.
- Handig, Christian*: Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht – Auswirkungen der Rom II-Verordnung, in: *GRUR-Int.* 2008, 24-31.
- Hansen, Ralf*: AGB-Inhaltskontrolle von Geschäftsbedingungen im B2C-eCommerce, in: *ZGS* 2006, 14-19.
- Harbort, Nikolai*: Die Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Betrug, 2010.
- Hart, Dieter/Silberer, Günter*: Werbung mit Testergebnissen der Stiftung Warentest, in: *GRUR* 1983, 691-702.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.): *UWG, Kommentar*, 3. Auflage, 2013.
- Härtig, Niko*: Gesetzesentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, in: *CR* 2001, 271-277.
- Härtig, Niko*: *Internetrecht*, 5. Auflage, 2014.
- Hartmann, Arthur*: Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?, in: *ZStW* 116 (2004), 585-617.
- Hartung, Stephanie G./Hartmann, Alexander*: „Wer bietet mehr?“ – Rechtssicherheit des Vertragsschlusses bei Internetauktionen, in: *MMR* 2001, 278-286.
- Hecker, Bernd*: Die Strafbarkeit grenzüberschreitender Luftverunreinigungen im deutschen und europäischen Umweltstrafrecht, in: *ZStW* 115 (2003), 880-905.
- Hecker, Bernd*: Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts – Europäisierung deutschen Täuschungsschutzstrafrechts am Beispiel des Lebensmittel-, Wettbewerbs- und Betrugsstrafrechts, 2001.
- Hecker, Bernd*: *Europäisches Strafrecht*, 4. Auflage, 2012.

- Hecker, Bernd/Müller, Hans-Friedrich*: Europäisches Verbraucherleitbild und Schutz vor irreführenden Geschäftspraktiken am Beispiel sog. „Internet-Kostenfallen“ aus lauterkeits- und betrugsstrafrechtlicher Sicht – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 5.3.2014 - 2 StR 616/12, in: ZWH 2014, 329-336.
- Heckmann, Dirk (Hrsg.)*: juris Praxis Kommentar Internetrecht, 4. Auflage, 2014.
- Hefendehl, Roland*: Die Submissionsabsprache als Betrug – ein Irrweg! - BGHSt 38, 186, in: JuS 1993, 805-812.
- Hefendehl, Roland*: Die Popularklage als Alternative zum Strafrecht bei Delikten gegen die Gemeinschaft?, in: GA 1997, 119-134.
- Hefendehl, Roland*: Tatherrschaft in Unternehmen vor kriminologischer Perspektive, in: GA 2004, 575-586.
- Hefendehl, Roland*: Vermögensgefährdung und Exspektanzen – Das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriffs, 1994.
- Hefendehl, Roland*: Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002.
- Heger, Martin*: Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon – Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.06.2009, in: ZIS 2009, 406-417.
- Heger, Martin*: Unionsrechtskonforme Auslegung des Betrugstatbestandes? – Anmerkungen zu den Urteilen des BGH vom 5.3.2014 - 2 StR 616/12, HRRS 2014 Nr 700, und vom 28.5.2014 - 2 StR 437/13, HRRS 2014 Nr 733, in: HRRS 2014, 467-473.
- Heghmanns, Michael*: Anmerkung zum Urteil des Landgerichts München I vom 17. November 1999 - 20 Ns 465 Js 173158/95 – CompuServe, in: ZUM 2000, 463-466.
- Heghmanns, Michael*: Strafrechtliche Verantwortlichkeit für illegale Inhalte im Internet, in: JA 2001, 71-78.
- Heim, Cornelia*. Die Vereinbarkeit der deutschen Betrugsstrafbarkeit (§ 263 StGB) mit unionsrechtlichen Grundsätzen und Regelungen zum Schutz der Verbraucher vor Irreführungen, 2013.
- Heine, Günter*: Strafrechtlicher Schutz der Verbraucher vor Täuschungen und wettbewerbswidrigen Angeboten bei E-Commerce, in: Koller, Thomas/Muralt-Müller, Hanna (Hrsg.), Tagung 2001 für Informatikrecht, 2002, S. 87-114.
- Heine, Günter*: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen – Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken, 1995.
- Heinrich, Bernd*: Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt, in: GA 1999, 72-84.
- Heinrich, Bernd*: Handlung und Erfolg bei Distanzdelikten, in: Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 91-108.

- Heinrich, Bernd*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2014.
- Heitbaum, Kathrin*: Zur Anwendbarkeit des § 156 BGB sowie zur Inhaltskontrolle bei Privaten Online-Auktionen, 2003.
- Helle, Jürgen*: Persönlichkeitsverletzung im Internet, in: JZ 2002, 593-601.
- Hellmann, Uwe/Beckemper, Katharina*: Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, 2013.
- Helm, Horst*: Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs im Vergleich, in: Festschrift zum Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag, 2003, S. 135-147.
- Helm, Horst*: Hohes Verbraucherschutzniveau – Zur Umsetzung der UGP-Richtlinie 2005/29/EG, in: WRP 2013, 710-716.
- Henning-Bodewig, Frauke*: Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, in: GRUR-Int. 2004, 183-193.
- Henning-Bodewig, Frauke*: Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, in: GRUR-Int. 2005, 629-634.
- Henning-Bodewig, Frauke*: Haften Privatpersonen nach dem UWG?, in: GRUR 2013, 26-32.
- Hennings, Frank*: Teleologische Reduktion des Betrugstatbestandes aufgrund von Mitverantwortung des Opfers – unter besonderer Berücksichtigung des Kapitalanlage- und Kreditbetruges, 2002.
- Hernández, Hector*: Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung – § 4 UWG, 1999.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, in: ZStW 99 (1987), 49-81.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: Amelung, Knut (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 33-53.
- Herzberg, Rolf Dietrich*: Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972.
- Hess, Gangolf*: Versteigerungen im Internet aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: Festschrift für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag, 2000, S. 391-407.
- Hilgendorf, Eric*: Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet, in: NJW 1997, 1873-1878.
- Hilgendorf, Eric*: Zur Anwendbarkeit des § 5 TDG auf das Strafrecht, in: NStZ 2000, 518-522.
- Hilgendorf, Eric*: Die Neuen Medien und das Strafrecht, in: ZStW 113 (2001), 650-680.
- Hilgendorf, Eric*: Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht – entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, 1998.
- Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian*: Computer- und Internetstrafrecht, 2. Auflage, 2012.

- Hillenkamp*, Thomas: 32 Probleme aus dem Strafrecht – Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 2012.
- Hillenkamp*, Thomas: Vorsatztat und Opferverhalten, 1981.
- Hinrichs*, Hauke: Konsequenzen der Vorgaben des BVerfG zur Figur des Gefährdungsschadens, in; *wistra* 2013, 161-167.
- Hoerike*, Mark/*Hülsdunk*, Lutz: Die Gestaltung von Fernabsatzangeboten im elektronischen Geschäftsverkehr nach neuem Recht – Gesetzesübergreifende Systematik und rechtliche Vorgaben vor Vertragsschluss, in: *MMR* 2002, 415-420.
- Hoeren*, Thomas: Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce – Eine erste kritische Analyse, in: *MMR* 1999, 192-199.
- Hoeren*, Thomas: Haftung von Online-Auktionshäusern für Markenrechtsverletzung – Rolex, in: *MMR* 2002, 113-115.
- Hoeren*, Thomas/*Müller*, Ulf: Widerrufsrecht bei eBay-Versteigerungen, in: *NJW* 2005, 948-950.
- Hoeren*, Thomas/*Neubauer*, Arne: Der EuGH, Netlog und die Haftung für Host-Provider, in: *WRP* 2012, 508-514.
- Hoeren*, Thomas/*Sieber*, Ulrich/*Holznagel*, Bernd (Hrsg.): Handbuch Multimedia-Recht, Loseblattsammlung.
- Hoffmann*, Helmut: Zivilrechtliche Haftung im Internet, in: *MMR* 2002, 284-289.
- Hoffmann*, Klaus: Täuschung trotz Erklärung der Wahrheit im Betrugsstrafrecht, in: *GA* 2003, 610-622.
- Hohmann*, Gert: Die Verkehrsauffassung im deutschen und europäischen Lebensmittelrecht, 1994.
- Hollweck*, Thomas: Versteigerungen von leeren Verpackungen auf eBay, (abrufbar unter: <http://www.rechtsindex.de/internetrecht/1205-versteigerung-von-leeren-verpackungen-auf-ebay>).
- Holznagel*, Bernd/*Holznagel*, Ina: Zukunft der Haftungsregeln für Internet-Provider – Zugleich: Eine Kritik des Electronic Commerce-Richtlinienentwurfs vom 18.11.1998, in: *K&R* 1999, 103-106.
- Holznagel*, Bernd/*Kussel*, Stephanie: Möglichkeiten und Risiken bei der Bekämpfung rechtsradikaler Inhalte im Internet, in: *MMR* 2001, 347-352.
- Hörnle*, Tatjana: Pornographische Schriften im Internet – Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite, in: *NStZ* 2002, 1008-1013.
- Hoven*, Elisa: Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs – Eine kritische Betrachtung von Begründungsmodell und Voraussetzungen der Straftatbestände, in: *ZIS* 2014, 19-30.
- Hoven*, Elisa/*Wimmer*, Renate/*Schwarz*, Thomas/*Schumann*, Stefan: Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes – Kritische Anmerkungen aus Wissenschaft und Praxis Teil 1, in: *NZWiSt* 2014, 161-165.

- Hoven, Elisa/Wimmer, Renate/Schwarz, Thomas/Schumann, Stefan*: Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes – Kritische Anmerkungen aus Wissenschaft und Praxis Teil 2, in: NZWiSt 2014, 201-212.
- Hoven, Elisa/Wimmer, Renate/Schwarz, Thomas/Schumann, Stefan*: Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes – Kritische Anmerkungen aus Wissenschaft und Praxis Teil 3, in: NZWiSt 2014, 241-245.
- Hoyer, Andreas*: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen: Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen, in: Amelung, Knut (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 183-208.
- Hsü, Yü-Hsiu*: Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?, 1986.
- Jäger, Christian*: Von Fälschung und Betrug – BGH (2. Strafsenat), Urteil vom 27.6.2012 - 2 StR 79/12 (LG Darmstadt), in: JA 2012, 952-954.
- Jäger, Ulrike/Collardin, Markus*: Die Inhaltsverantwortlichkeit von Online-Diensten, in: CR 1996, 236-240.
- Jahn, Matthias*: Strafrecht BT: Schadensfeststellung beim Betrug, in: JuS 2012, 266-268.
- Jahn, Matthias*: Strafrecht BT: Vermögensschaden beim Betrug, in: JuS 2013, 81-84.
- Jakobs, Günther*: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, 1993.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996.
- Jeßberger, Florian*: Äußerungen (Volksverhetzung) eines Ausländers auf einem ausländischen Server, in: JR 2001, 432-435.
- Jofer, Robert*: Strafverfolgung im Internet – Phänomenologie und Bekämpfung kriminellen Verhaltens in internationalen Computernetzen, 1999.
- Kaestner, Jan/Tews, Nicole*: Informations- und Gestaltungspflichten bei Internet-Auktionen (Teil 1), in: WRP 2004, 391-400.
- Kaestner, Jan/Tews, Nicole*: Informations- und Gestaltungspflichten bei Internet-Auktionen (Teil 2), in: WRP 2004, 509-515.
- Kaminski, Bert/Henßler, Thomas/Kolaschnik, Helge F./Papathoma-Baetge, Anastasia* (Hrsg.): Rechtshandbuch E-Business: rechtliche Rahmenbedingungen Geschäfte im Internet, 2002.
- Kappel, Jan*: Das Ubiquitätsprinzip im Internet – Wie weit reicht das deutsche Strafrecht?, 2007.
- Kargl, Walter*: Die Tathandlung beim Betrug, in: Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2000, S. 613-633.

- Kargl, Walter*: Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen, in: ZStW 119 (2007), 250-289.
- Kasiske, Peter*: Die konkludente Täuschung bei § 263 StGB zwischen Informationsrisiko und Informationsherrschaft, in: GA 2009, 360-370.
- Kemper, Rainer/Rosenow, Jörg*: Der Irreführungsbegriff auf dem Weg nach Europa – Zugleich Besprechung der „Orient-Teppichmuster“-Entscheidung des BGH vom 20-10-1999 (WRP 2000, 517ff), in: WRP 2001, 370-378.
- Kempf, Eberhard/Schilling, Hellen*: Nepper, Schlepper, Bauernfänger – zum Tatbestand strafbarer Werbung (§ 16 Abs 1 UWG), in: wistra 2007, 41-47.
- Kienle, Michael*: Internationales Strafrecht und Straftaten im Internet – Zum Erfordernis der Einschränkung des Ubiquitätsprinzips des § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB, 1998.
- Kilian, Robert*: Strafbare Werbung (§ 16 UWG), 2010.
- Kindhäuser, Urs*: Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, in: ZStW 103 (1991), 398-424.
- Kindhäuser, Urs*: Betrug als vertyppte mittelbare Täterschaft, in: Festschrift Günther Bemann zum 70. Geburtstag, 1997, S. 339-361.
- Kindhäuser, Urs*: Zum Vermögensschaden beim Betrug, in: Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2000, S. 635-648.
- Kindhäuser, Urs*: Strafrecht Besonderer Teil 2, 8. Auflage, 2014.
- Kindhäuser, Urs*: Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar, 6. Auflage, 2015.
- Klam, Cornelia*: Die rechtliche Problematik von Glücksspielen im Internet, 2002.
- Klatt, Heiko*: Die Kerngleichheit als Grenze der Prüfungspflichten und der Haftung des Hostproviders, in: ZUM 2009, 265-275.
- Klengel, Jürgen Detlef W./Heckler, Andreas*: Geltung des deutschen Strafrechts für vom Ausland aus im Internet angebotenes Glücksspiel, in: CR 2001, 243-249.
- Kluszczewski, Diethelm*: Zur europarechtlichen Restriktion des Betrugstatbestandes, in: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014, S. 1085-1098.
- Klöhn, Lars*: Alternativer Verbraucherschutz für Internet-Auktionen, in: CR 2006, 260-269.
- Klug, Ulrich*: Zur Strafbarkeit irreführender Angaben (Teil 1), in: GRUR 1975, 217-229.
- Klug, Ulrich*: Zur Strafbarkeit irreführender Angaben (Schluss), in: GRUR 1975, 289-297.
- Klute, Nikolai*: Impressums- und Kennzeichnungspflichten auf einer Homepage, in: MMR 2003, 107-108.
- Knauer, Christoph*: Die Kollegialentscheidung im Strafrecht – Zugleich in Beitrag zum Verhältnis von Kausalität und Mittäterschaft, 2001.

- Koch, Arnd*: Nationales Strafrecht und globale Internet-Kriminalität – Zur Reform des Strafanwendungsrechts bei Kommunikationsdelikten im Internet, in: GA 2002, 703-713.
- Koch, Arnd*: Zur Strafbarkeit der Auswitzlüge im Internet – BGHSt 46, 212, in: JuS 2002, 123-127.
- Koch, Frank A.*: Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen, in: CR 1997, 193-203.
- Koch, Robert*: Geltungsbereich von Internet-Auktionsbedingungen – Inwieweit begründen Internet-Auktionsbedingungen Rechte und Pflichte zwischen den Teilnehmern?, in: CR 2005, 502-510.
- Köhler, Helmut*: Die Beteiligung an fremden Wettbewerbsverstößen, in: WRP 1997, 897-902.
- Köhler, Helmut*: Zum Anwendungsbereich der §§ 1 und 3 UWG nach Aufhebung von RabattG und ZugabeVO, in: GRUR 2001, 1067-1079.
- Köhler, Helmut*: Die Bagatellklausel in § 3 UWG, in: GRUR 2005, 1-9.
- Köhler, Helmut*: Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: GRUR 2005, 793-802.
- Köhler, Helmut*: Täter und Störer im Wettbewerbs- und Markenrecht – Zur BGH-Entscheidung Jugendgefährdende Medien bei eBay, in: GRUR 2008, 1-7.
- Köhler, Helmut*: Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags, in: WRP 2009, 898-913.
- Köhler, Helmut*: Die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln: ein Fall für das UWG – Zugleich Besprechung der BGH-Entscheidungen „Gewährleistungsausschluss im Internet“ und „Vollmachtsnachweis“, in: GRUR 2010, 1047-1053.
- Köhler, Helmut*: Richtlinienumsetzung im UWG – eine unvollendete Aufgabe, in: WRP 2013, 403-416.
- Köhler, Helmut*: Zum Vorenthalten wesentlicher Informationen am Beispiel der Impresumsangaben, in: WRP 2013, 1419-1425.
- Köhler, Helmut*: Zur „geschäftlichen Relevanz“ unlauterer geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, in: WRP 2014, 259-267.
- Köhler, Helmut*: Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UWG, in: WRP 2014, 1410-1418.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*: UWG, Kommentar, 33. Auflage, 2015.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Henning-Bodewig, Frauke*: Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, in: WRP 2002, 1317-1328.
- Köhler, Helmut/Lettl, Tobias*: Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, in: WRP 2003, 1019-1057.

- Köhler, Michael*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997.
- Koos, Stefan*: Grundsätze des Lauterkeitskollisionsrechts im Lichte der Schutzzwecke des UWG, in: WRP 2006, 499-509.
- Körber, Florian*: Rechtsradikale Propaganda im Internet – der Fall Töben, 2003.
- Köster, Oliver/Jürgens, Uwe*: Haftung professioneller Informationsvermittler im Internet – Eine Bestandsaufnahme nach der Novellierung der Haftungsregelungen, in: MMR 2002, 420-425.
- Kotthoff, Jost*: Die Anwendbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts auf Werbemaßnahmen im Internet, in: CR 1997, 676-683.
- Krack, Ralf*: Zur Versendung rechnungsähnlicher Vertragsofferten, in: JZ 2002, 613-615.
- Krack, Ralf*: Tatbestandsmäßigkeit des Irrtums bei Zweifeln des Opfers und Anforderungen an die Feststellung des Irrtums beim Betrug zum Nachteil von arbeitsteilig tätigen Unternehmen, Körperschaften und Personenmehrheiten, in: JR 2003, 384-386.
- Krack, Ralf*: Betrug durch Wettmanipulationen – Das Urteil des BGH zum Schiedsrichterskandal, in: ZIS 2007, 103-112.
- Krack, Ralf*: Betrug durch das Betreiben von Abofallen – Zur Entscheidung BGH, Urt. vom 5.3.2014 - 2 StR 616/12, in: ZIS 2014, 536-544.
- Krekel, Jan F.*: Diensteanbieter als Überwachungsgaranten? – Rechtliche und technische Grenzen der Kontrolle von (schutzrechtsverletzenden) Informationen im Internet, in: WRP 2009, 1029-1043.
- Kresse, Bernhard*: Die Auktion als Wettbewerbsverfahren, 2014.
- Kretschmer, Joachim*: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 30.04.2013 (3 StR 85/13, JR 2014, 39) – Zur strafrechtlichen Verantwortung des Wohnungsinhabers für Straftaten Dritter, in: JR 2014, 39-43.
- Kreutzer, Till, Napster: Gnutella & Co.*: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda – Teil 2, in: GRUR 2001, 307-312.
- Krey, Volker/Esser, Robert*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2012.
- Krey, Volker/Hellmann, Uwe/Heinrich, Manfred*: Strafrecht Besonderer Teil, 16. Auflage, 2012.
- Kubiciel, Michael*: Das „Lissabon“-Urteil und seine Folgen für das Europäische Strafrecht, in: GA 2010, 99-104.
- Kudlich, Hans*: Altes Strafrecht für Neue Medien?, in: Jura 2001, 305-310.
- Kudlich, Hans*: Die Neuregelung der strafrechtlichen Verantwortung von Internet Providern – Die Änderungen des TDG durch das EGG, insbesondere aus strafrechtlicher Sicht, in: JA 2002, 798-803.

- Kudlich*, Hans: Herkunftslandprinzip und internationales Strafrecht, in: HRRS 2004, 278-284.
- Kudlich*, Hans: Mobbing als Betriebsaufgabe? – Zur Geschäftsherrenhaftung eines „Vorarbeiters“ bei innerbetrieblichen Körperverletzungen – Anmerkung zur Entscheidung des BGH 4 StR 71/11 = HRRS 2012 Nr. 74, in: HRRS 2012, 177-180.
- Kudlich*, Hans: Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004.
- Kugler*, Adolf: Die strafbare Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) nach der UWG-Reform von 2004, 2008.
- Kühl*, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 2012.
- Kuhlen*, Lothar: Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, insbesondere bei den sogenannten Betriebsbeauftragten, in: Amelung, Knut (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, 2000, S. 71-94.
- Kuhlen*, Lothar: Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, in: JZ 1994, 1142-1147.
- Kulke*, Ulrich: Sittenwidrigkeit und Beschaffenheitsvereinbarungen bei Internetauktionen, in: NJW 2012, 2697-2700.
- Kuner*, Christoper: Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet, in: CR 1996, 453-458.
- Kunkel*, Carsten: Zur praktischen Bedeutung der strafbaren Werbung gemäß § 16 Abs 1 UWG vor dem Hintergrund der Ausgestaltung als Privatklagedelikt, in: WRP 2008, 292-295.
- Kunkel*, Carsten: Zur Strafwürdigkeit unwahrer, irreführender Absatzwerbung im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG – Eine Untersuchung zu Schutzzweck und praktischer Bedeutung der Vorschrift sowie alternativen Sanktionsmöglichkeiten im Lichte subsidiären Rechtsgüterschutzes, 2007.
- Küpper*, Georg: Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen, in: GA 1998, 519-529.
- Kur*, Annetta: Haftung für Rechtsverletzungen Dritter: Reformbedarf im europäischen IPR?, in: WRP 2011, 971-982.
- Kurth*, Frowin Jörg: Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984.
- Lackner*, Karl/*Kühl*, Kristian: Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, 2014.
- Lagodny*, Otto: Zur Behandlung von einem Ausländer auf einem ausländischen Server ins Internet eingestellter, in Deutschland abrufbarer volksverhetzender Äußerungen als nach deutschem Strafrecht strafbare Inlandstat, in: JZ 2001, 1198-1200.
- Lampe*, Ernst-Joachim: Strafrechtlicher Schutz gegen irreführende Werbung (§ 4 UWG), in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 455-475.

- Langkeit*, Jochen: Garantenpflicht der Mitglieder des Holding-Vorstandes auf Unterbindung von Straftaten der Geschäftsführer von Tochtergesellschaften?, in: Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 649-657.
- Lederer*, Beatrice: Das Verbraucherleitbild im Internet, in: NJOZ 2011, 1833-1838.
- Lehle*, Thomas: Der Erfolgsbegriff und die deutsche Strafrechtszuständigkeit im Internet, 1999.
- Leible*, Stefan/*Engel*, Andreas: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung – Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa, in: EuZW 2004, 7-17.
- Leible*, Stefan/*Müller*, Michael: Die Bedeutung von Websites für die internationale Zuständigkeit in Verbrauchersachen, in: NJW 2011, 495-497.
- Leible*, Stefan/*Sosnitza*, Olaf: Umgekehrte Versteigerungen im Internet, in: CR 2004, 293-294.
- Leible*, Stefan/*Sosnitza*, Olaf: „3 - 2 - 1 - meins!“ und das TDG – Zur Haftung von Internetauktionshäusern für rechtswidrige Inhalte, in: WRP 2004, 592-599.
- Leible*, Stefan/*Sosnitza*, Olaf (Hrsg.): Versteigerungen im Internet, 2004.
- Leible*, Stefan/*Wildemann*, Andree: Von Powersellern, Spaßbietern und einem Widerrufsrecht bei Internetauktionen, in: K&R 2005, 26-30.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch: Jescheck, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günther (Hrsg.), 6. Band, 10. Auflage, 1988.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch: Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Odersky, Walter (Hrsg.), 1. Band, 11. Auflage, 2003.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch: Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), 12. Auflage, 2006 ff.
- Leistner*, Matthias: Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung, in: GRUR-Beilage 1/2010, 1-32.
- Leistner*, Matthias: Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, in: ZUM 2012, 722-740.
- Leistner*, Matthias/*Stang*, Felix: Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten – Ein Siegeszug der Prüfungspflichten? – Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen Fortentwicklung des Maßstabs der Prüfungspflichten, in: WRP 2008, 533-555.
- Lement*, Cornelis: Zur Störerhaftung von Online-Auktionshäusern – Zugleich Anmerkung zum Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 29.10.2002 - 4 a O 464/01 – eBay, in: WRP 2003, 1058-1065.
- Lement*, Cornelis: Zur Haftung von Internet-Auktionshäusern – Anmerkung zum Urteil des BGH Internet-Versteigerung, in: GRUR 2005, 210-214.

- Lement, Cornelis*: Neuordnung der Täter- und Störerhaftung – Konsequenzen aus EuGH, 12.07.2011 - C-324/09, WRP 2011, 1129 ff. – L'Oréal gegen eBay, in: WRP 2012, 149-159.
- Lenckner, Theodor*: Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim Eingehungsbetrug, in: JZ 1971, 320-324.
- Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter* (Hrsg.): EU-Verträge, Kommentar, 6. Auflage, 2013.
- Lesch, Heiko*: Sportwetten via Internet – Spiel ohne Grenzen?, in: wistra 2005, 241-246.
- Lettl, Tobias*: Versteigerung im Internet – BGH, NJW 2002, 363, in: JuS 2002, 219-224.
- Lettl, Tobias*: Die „Verkehrsauffassung“ im Markenrecht, in: NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband 2003, 44-48.
- Lettl, Tobias*: Die wettbewerbswidrige Ad hoc-Mitteilung, in: ZGR 2003, 853-877.
- Lettl, Tobias*: Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, in: GRUR-Int. 2004, 85-96.
- Lettl, Tobias*: Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, in: GRUR 2004, 449-461.
- Lettl, Tobias*: Gemeinschaftsrecht und neues UWG, in: WRP 2004, 1079-1132.
- Lettl, Tobias*: Das neue UWG, in: GRUR-RR 2009, 41-45.
- Lettl, Tobias*: Das neue UWG – Eine Einführung, 2004.
- Leupold, Andreas/Bachmann, Peter/Pelz, Christian*: Russisches Roulette im Internet? – Zulässigkeit von Glücksspielen im Internet unter gewerbe- und strafrechtlichen Gesichtspunkten, in: MMR 2000, 648-655.
- Liebau, Tobias*: Cyber-Crime – die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet Providern nach dem TDG/MDSStV, in: Jura 2006, 520-527.
- Lienemann, Kerstin*: Verbraucherschutz bei Online-Auktionen, 2007.
- Lindenberg, Ina Maria*: Internetauktionen im Gewerbe- und Lauterkeitsrecht, 2007.
- Lindloff, Dirk/Fromm, Ingo E.*: Ist gekennzeichnete redaktionelle Werbung auf Webseiten strafbar? – Strafrechtliche Relevanz des Verschleierns von Werbehandlungen, in: MMR 2011, 359-363.
- Locher, Horst/Blind, Jörg*: Die strafrechtliche Beurteilung von Scheinangeboten und Scheinzuschlägen in der Kunstversteigerung, in: NJW 1970, 2290-2292.
- Löffler, Christian*: Störerhaftung oder Beihilfe durch Unterlassen? Allgemeine strafrechtliche Haftungskategorien als Grundlage für die Konkretisierung der Schuldnerstellung im gewerblichen Rechtsschutz und im Lauterkeitsrecht, in: Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 2014, S. 37-51.
- Löhnig, Martin*: „Verbotene Schriften“ im Internet, in: JR 1997, 496-498.
- Loos, Fritz*: Zum Begriff der Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB, in: JR 2002, 77-79.

- Luipold*, Ann: Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes, 1998.
- Lunk*, Markus: Internet-Auktionen – Aspekte des Gewerbe-, Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2006.
- Maennel*, Frithjof A.: Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinien-vorschlag der Europäischen Kommission, in: MMR 1999, 187-192.
- Mahnkopf*, Hans-Jürgen/*Sonnberg*, Anke: Betrug durch Versenden eines optisch als Rechnung aufgemachten Angebots?, in: NStZ 1997, 187-188.
- Mankowski*, Peter: Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: GRUR-Int. 1999, 909-921.
- Mankowski*, Peter: Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, in: GRUR-Int. 1999, 995-1003.
- Mankowski*, Peter: Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, in: RabelsZ 63 (1999), 203-294.
- Mansdörfer*, Marco: Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon – oder: Europäisierung des Strafrechts unter nationalstaatlicher Mitverantwortung, in: HRRS 2010, 11-23.
- Martin*, Jörg: Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht, in: ZRP 1992, 19-27.
- Matt*, Holger/*Renzikowski*, Joachim (Hrsg.): Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2013.
- Matthies*, Ulf: Providerhaftung für Online-Inhalte – Eine vergleichende Untersuchung zur Rechtslage in Deutschland, Österreich und England, 2004.
- Maurach*, Reinhart/*Gössel*, Karl Heinz/*Zipf*, Hans: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, 2014.
- Maurach*, Reinhart/*Schroeder*, Friedrich-Christian/*Maiwald*, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Auflage, 2009.
- Mayer*, Christian F./*Buchmann*, Felix: Die „Abo-Falle“ im Internet – Mitverschulden des Betrogenen und Europarecht, in: NJW 2014, 3342-3344.
- Medicus*, Dieter/*Petersen*, Jens: Bürgerliches Recht, 24. Auflage, 2013.
- Mehler*, Ulrich: Die Verantwortlichkeit des Betreibers von Internetauktionen für Markenverletzungen in Deutschland und den USA, in: WRP 2006, 819-829.
- Meurer*, Dieter: Betrug als Kehrseite des Ladendiebstahls – OLG Koblenz, NJW 1976, 63, in: JuS 1976, 300-305.
- Meyer*, Frank: Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG und das Strafrecht, in: NStZ 2009, 657-663.
- Meyer*, Olaf: Haftung der Internet-Auktionshäuser für Bewertungsportale, in: NJW 2004, 3151-3154.

- Meyer, Sebastian*: Zur Abgrenzung von Unternehmen und privaten Verkäufern bei eBay, in: K&R 2007, 572-578.
- Micklitz, Hans W./Keßler, Jürgen*: Europäisches Lauterkeitsrecht – Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrechts im europäischen Binnenmarkt, in: GRUR-Int. 2002, 885-901.
- Micklitz, Hans-W./Keßler, Jürgen*: Funktionswandel des UWG, in: WRP 2003, 919-936.
- Mießner, Sandra*: Providerhaftung, Störerhaftung und Internetauktion, 2008.
- Miller, Dennis/Rackow, Peter*: Transnationale Täterschaft und Teilnahme – Beteiligungsdogmatik und Strafanwendungsrecht, in: ZStW 117 (2005), 379-417.
- Mintas, Laila*: Glücksspiele im Internet – Insbesondere Sportwetten mit festen Gewinnquoten (Oddset-Wetten) unter strafrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und europarechtlichen Gesichtspunkten, 2009.
- Momsen, Carsten/Grützner, Thomas (Hrsg.)*: Wirtschaftsstrafrecht – Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2013.
- Morozinis, Ioannis*: Die Strafbarkeit der „Auschwitzlüge“ im Internet, insbesondere im Hinblick auf „Streaming-Videos“, in: GA 2011, 475-487.
- Morozinis, Ioannis*: Dogmatik der Organisationsdelikte – Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, 2010.
- Müller, Nadja*: Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Urteil vom 05.03.2014 (2 StR 616/12; NJW 2014, 2595) – Zum Leichtgläubigerschutz durch den Betrugstatbestand, in: NZWiSt 2014, 393-400.
- Müller, Stephanie*: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Hyperlinks nach deutschem und Schweizer Recht, 2011.
- Müller, Thomas*: Demoskopie in der Zitadelle des Strafrechts? – Das Merkmal der Irreführung in § 4 UWG und § 17 I 5b LMBG, in: GRUR 1986, 420-427.
- Müller-Christmann, Bernd*: Problematik des Vermögensschadens beim Betrug im Falle eines vereinbarten Rücktrittsrechts – BGH, NJW 1987, 388, in: JuS 1988, 108-114.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.), 6. Auflage, 2012 ff.
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG)*: Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen (Hrsg.), 2. Auflage, 2014.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*: Joecks, Wolfgang/ Miebach, Klaus (Hrsg.), 2. Auflage, 2011 ff.
- Muñoz Conde, Francisco*: Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen „nichtrechtsgelöster“ Organisationen?, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 609-624.

- Murmann, Uwe*: Tatherrschaft durch Weisungsmacht, in: GA 1996, 269-281.
- Nack, Armin*: Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe, in: GA 2006, 342-345.
- Naucke, Wolfgang*: Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug, in: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 109-120.
- Naucke, Wolfgang*: Keine Vermögensgefährdung als Tatbestandsmerkmal des Betruges bei wirtschaftlich gleichwertigem Rückerstattungsanspruch?, in: StV 1985, 187-188.
- Nestoruk, Igor Bartosz*: Strafrechtliche Aspekte des unlauteren Wettbewerbs – Strafrecht und Schutz der Wirtschaftsordnung, 2004.
- Nettlau, Harry*: Die kollisionsrechtliche Behandlung von Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerbsverhalten gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom II-VO, 2013.
- Neubauer, Matthias*: Haftung der Betreiber von Internet-Auktionsplattformen für (marken-) rechtsverletzende Inhalte Dritter – Anmerkungen zu BGH, Urteil v. 11.2.2004 - 1 ZR 304/01, K&R 2004, 486 Rolex/ ricardo.de, in: K&R 2004, 482-484.
- Nickels, Sven*: Neues Bundesrecht für den E-Commerce, in: CR 2002, 302-309.
- Niedermair, Harald*: Strafloße Beihilfe durch neutrale Handlungen?, in: ZStW 107 (1995), 507-544.
- Nill, Björn Erik*: Der strafrechtliche Täuschungsschutz gegen irreführende Werbung, 2001.
- Nippe, Wolfgang*: Liefer- und Versandkosten im Internet-Versandhandel, in: WRP 2009, 690-698.
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*: Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.), 4. Auflage, 2013.
- Nordemann, Jan Bernd*: Störerhaftung für Urheberrechtsverletzungen – Welche konkreten Prüfpflichten haben Hostprovider (Contentprovider)?, in: CR 2010, 653-661.
- Nordemann, Jan Bernd*: Haftung von Providern im Urheberrecht – Der aktuelle Stand nach dem EuGH-Urteil v. 12.7.2011 - C-324/09 – L'Oréal/eBay, in: GRUR 2011, 977-981.
- Obergfell, Eva Ines*: Die Onlineauktion als Chimäre des deutschen Vertragsrechts – Kritische Anmerkungen zur Ausweitung des Verbraucherschutzes auf spekulative Geschäfte, in: MMR 2005, 495-500.
- Ohly, Ansgar*: Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht, in: GRUR-Int. 2001, 899-908.
- Ohly, Ansgar*: Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, in: GRUR 2004, 889-900.
- Ohly, Ansgar*: Das Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angeglichenen Lauterkeitsrechts – Überlegungen zur Binnenmarktklausel der Richtlinie über unlautere

- Geschäftspraktiken und zum BGH-Urteil „Arzneimittelwerbung im Internet“, in: WRP 2006, 1401-1412.
- Ohly, Ansgar: Keyword Advertising auf dem Weg zurück von Luxemburg nach Paris, Wien, Karlsruhe und Den Haag, in: GRUR 2010, 776-785.
- Ohly, Ansgar: Nach der Reform ist vor der Reform – Anmerkungen zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des UWG, in: GRUR 2014, 1137-1144.
- Ohly, Ansgar: Der Regierungsentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, in: GRUR 2015, 318-323.
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf: UWG, Kommentar, 6. Auflage, 2014.
- Omsels, Hermann-Josef: Kritische Anmerkungen zur Bestimmung der Irreführungsfahr, in: GRUR 2005, 548-558.
- Oppermann, Bernd H./Müller, Sandra: Wie verbraucherfreundlich muss das neue UWG sein? – Eine Synopse lauterkeitsrechtlicher Instrumente, in: GRUR 2005, 280-289.
- Ott, Stephan: Informationspflichten im Internet und ihre Erfüllung durch das Setzen von Hyperlinks, in: WRP 2003, 945-955.
- Otto, Harro: Die Reform des strafrechtlichen Schutzes vor unwahrer Werbung – Dargestellt am Problem der Bekämpfung unwahrer Werbung für Adressbücher uä Verzeichnisse, in: GRUR 1979, 90-107.
- Otto, Harro: Die strafrechtliche Bekämpfung unlauterer Einflussnahmen auf öffentliche Versteigerungen durch Scheingebote, in: NJW 1979, 681-688.
- Otto, Harro: Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung, in: GRUR 1982, 274-283.
- Otto, Harro: Die neuere Rechtsprechung zu den Vermögensdelikten (Teil 2), in: JZ 1993, 652-663.
- Otto, Harro: „Vorgeleistete Strafvereitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweise als Beihilfe, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 193-225.
- Otto, Harro: Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen, in: Jura 1998, 409-418.
- Otto, Harro: Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, in: Jura 2001, 753-759.
- Otto, Harro: Spielgewinn ohne Spiel – Strafrecht als Mittel der Bekämpfung sozial lästiger Verhaltensweisen, in: Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, 2002, S. 263-282.
- Otto, Harro: Die neue Rechtsprechung zum Betrugstatbestand, in: Jura 2002, 606-615.
- Otto, Harro: Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 339-356.

- Otto, Harro*: Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970.
- Otto, Harro*: Die strafrechtliche Bekämpfung unseriöser Geschäftstätigkeit, 1990.
- Otto, Harro*: Strafrecht AT, Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, 2004.
- Otto, Harro*: Strafrecht BT, Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, 2005.
- Otto, Harro/Brammsen, Joerg*: Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens (I), in: Jura 1985, 530-542.
- Palandt, Otto*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 74. Auflage, 2015.
- Park, Tido*: Die Strafbarkeit von Internet-Providern wegen rechtswidriger Internet-Inhalte, in: GA 2001, 23-36.
- Paschke, Matthias*: Der Insertionsoffertenbetrug – Eine Untersuchung zur Strafbarkeit des Versendens von rechnungsähnlich aufgemachten Vertragsangeboten als Betrug im Sinne des § 263 StGB, 2007.
- Paul, Tobias*: Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internet Providern aus strafrechtlicher Sicht, 2005.
- Pawlik, Michael*: Betrügerische Täuschung durch die Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben? – Zugleich eine Auseinandersetzung mit BGHSt 47, 1 = StV 2001, 680, in: StV 2003, 297-301.
- Pawlik, Michael*: Strafe oder Gefahrenbekämpfung? – Das Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie, in: ZIS 2006, 274-292.
- Pawlik, Michael*: Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999.
- Peifer, Karl-Nikolaus*: Die Zukunft der irreführenden Geschäftspraktiken, in: WRP 2008, 556-563.
- Pelz, Christian*: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, in: ZUM 1998, 530-534.
- Pelz, Christian*: Die Strafbarkeit von Online-Anbietern – zugleich eine Besprechung AG München wistra 1999, 32, in: wistra 1999, 53-59.
- Peterek, Jörg*: Ausnutzen der Rechtsunkenntnis – Anwendungsfall des § 4 Nr. 2 UWG?, in: WRP 2008, 714-722.
- Peters, Sebastian*: Betrug und Steuerhinterziehung trotz Erklärung wahrer Tatsachen, 2010.
- Petershagen, Jörg*: Rechtsschutz gegen Negativkommentare im Bewertungsportal von Internetauktionshäusern – Einstweilige Verfügung oder Hauptsacheverfahren?, in: NJW 2008, 953-958.
- Petropoulos, Vasileios*: Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrugstatbestand, 2005.

- Pfaff*, Martina: Das Anlocken mit falschen Versprechungen – Die Strafbarkeit unwahrer und irreführender Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG bei „Kaffeefahrten“, im Versandhandel und beim Vertrieb von Zeitschriften, 2014.
- Pfeiffer*, Gerd: Strafbare Werbung (§ 4 UWG), in: Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70. Geburtstag, 1997, S. 207-221.
- Pichler*, Rufus: Haftung des Host-Provider für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, in: MMR 1998, 79-88.
- Piel*, Hannah Milena: Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 19.2.2014 (5 StR 510/13; NStZ 2014, 318) – Zur Bestimmung des Schadens beim Eingehungsbetrug und Anlagebetrugs, in: NStZ 2014, 399-400.
- Pierson*, Matthias: Online-Werbung nach der UWG-Reform (Teil I), in: K&R 2006, 489-495.
- Poenig*, Andreas: Die strafrechtliche Haftung des Linkanbieters im Ausland nach deutschem Recht, 2006.
- Poguntke*, David: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.10.2011 (4 StR 71/11; CCZ 2012, 157) – Zur Garantenstellung des Geschäftsherrn bei betriebsbezogenen Straftaten, in: CCZ 2012, 158-160.
- Popp*, Andreas: Strafbarkeit des regelwidrigen Mitbietens bei so genannten Internetauktionen?, in: JuS 2005, 689-694.
- Protzen*, Peer Daniel G.: „Prozessbetrug“ durch Behaupten abstrakter Rechtssätze, in: wistra 2003, 208-211.
- Puchinger*, Yvonne: Irreführung durch Informationspflichtverletzung, 2010.
- Ranft*, Otfried: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Mitglieder des Politbüros, in: JZ 2003, 582-584.
- Ransiek*, Andreas: Strafrecht im Unternehmen und Konzern, in: ZGR 1999, 613-658.
- Ransiek*, Andreas: Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers, in: AG 2010, 147-153.
- Ransiek*, Andreas: Unternehmensstrafrecht – Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, 1996.
- Ransiek*, Andreas/*Reichling*, Tilman: Vermögensnachteil bei Betrug und Untreue im Fall eines betrügerischen Risikogeschäfts, in: ZIS 2009, 315-318.
- Rath*, Jürgen: Internationales Strafrecht (§§ 3 ff. StGB) – Prüfungsschema, Auslandsbezug, Tatortbestimmung, in: JA 2006, 435-439.
- Rengier*, Rudolf: Gedanken zur Problematik der objektiven Zurechnung im Besonderen Teil des Strafrechts, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 811-826.
- Rengier*, Rudolf: Strafbare Werbung durch Unterlassen, in: Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 727-741.

- Rengier, Rudolf*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2014.
- Rengier, Rudolf*: Strafrecht Besonderer Teil 1, 16. Auflage, 2014.
- Rettenmaier, Felix/Kopf, Oliver*: Der unlautere Abschluss und Widerruf von Fernabsatzverträgen – Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB?, in: JR 2007, 226-231.
- Reuthal, Klaus-Peter*: Verstößt das deutsche Irreführungsverbot gegen Artikel 30 EGV?, in: WRP 1997, 1154-1161.
- Richter, Hans*: Strafbare Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen, in: wistra 1987, 117-120.
- Riemann, Thomas*: Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1998.
- Ringel, Kurt*: Rechtsextremistische Propaganda aus dem Ausland im Internet, in: CR 1997, 302-307.
- Rogall, Klaus*: Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), in: ZStW 98 (1986), 573-623.
- Römer, Nicole*: Verbreitungs- und Äußerungsdelikte im Internet – Eine Untersuchung zur strafrechtlichen Bewältigung von Normanwendungs- und Normauslegungsproblemen eines neuen Kriminalitätsfeldes, 2000.
- Rönnau, Thomas*: „kick-backs“: Provisionsvereinbarung als strafbare Untreue – Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, S. 239-261.
- Rönnau, Thomas*: Schadensfiktionen in der Rechtsprechung der Strafgerichte, in: Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag, 2011, S. 517-546.
- Rönnau, Thomas/Wegner, Kilian*: Grund und Grenzen der Einwirkung des europäischen Rechts auf das nationale Strafrecht – ein Überblick unter Einbeziehung aktueller Entwicklungen, in: GA 2013, 561-582.
- Rönnau, Thomas/Wegner, Kilian*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 05.03.2014 (2 StR 616/12; JZ 2014, 1060) – Zur restriktiven Auslegung des Betrugstatbestands sowie zur Vorlagepflicht zum EuGH, in: JZ 2014, 1064-1068.
- Rose, Frank*: Zusendung rechnungsähnlicher Vertragsofferten als (versuchter) Betrug – Zur strafrechtlichen Risikoverteilung im Geschäftsverkehr – zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.4.2001, 4 StR 439/00, in: wistra 2002, 13-17.
- Rössel, Markus*: Die Verantwortung des Betreibers einer Internet-Handelsplattform für markenrechtsverletzende Angebote – Zugleich Anmerkung zu OLG Hamburg, GRUR-RR 2008, 427 (L.) – Kinderstühle, in: GRUR-RR 2008, 419-422.
- Rössel, Markus*: Filterpflichten des Providers im Lichte des EuGH, in: CR 2011, 589-597.
- Rössel, Marcus/Rössel, Martina*: Filterpflichten des Providers – Drittschutz durch Technik, in: CR 2005, 809-815.

- Roth, Alexander*: Strafbare Werbung und die Neuen Medien – Sanktionen gegen irreführende Werbung nach deutschem und US-amerikanischem Recht im Zeitalter des E-Commerce, 2004.
- Rotsch, Thomas*: Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, in: ZStW 112 (2000), 518-562.
- Rotsch, Thomas*: Neutrale Beihilfe – Zur Fallbearbeitung im Gutachten, in: Jura 2004, 14-21.
- Rotsch, Thomas*: Neues zur Organisationsherrschaft, in: NStZ 2005, 13-18.
- Rotsch, Thomas*: Materielle Strafrechtsdogmatik und strafprozessuale Zuständigkeit – Zur Kollision von Zuständigkeitskumulation und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, in: ZIS 2006, 17-28.
- Rotsch, Thomas*: Der Handlungsort i.S.d. § 9 Abs. 1 StGB – Zur Anwendung deutschen Strafrechts im Falle des Unterlassens und der Mittäterschaft, in: ZIS 2010, 168-174.
- Rotsch, Thomas/Heissler, Marie*: Internet-„Auktionen“ als strafbares Glücksspiel gem. § 284 StGB?, in: ZIS 2010, 403-417.
- Roxin, Claus*: Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, in: GA 1963, 193-207.
- Roxin, Claus*: Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystems, in: ZStW 83 (1971), 369-404.
- Roxin, Claus*: Zum Strafgrund der Teilnahme, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 365-382.
- Roxin, Claus*: Was ist Beihilfe, in: Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 501-517.
- Roxin, Claus*: Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: ZIS 2006, 293-300.
- Roxin, Claus*: Strafrecht Allgemeiner Teil I – Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, 2006.
- Roxin, Claus*: Strafrecht Allgemeiner Teil II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003.
- Roxin, Claus*: Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Auflage, 2006.
- Rücker, Daniel*: Notice and take down-Verfahren für die deutsche Providerhaftung? – Zur Begrenzung der Unterlassungshaftung von Online-Diensten durch das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten, in: CR 2005, 347-355.
- Rudolphi, Hans Joachim*: Betrug bei Mitgliederwerbung für eine gemeinnützige Organisation, wenn die Werbung entgegen der Annahme der Eintretenden nicht durch ehrenamtlich, sondern durch mit hohen Kosten kommerziell arbeitende Personen geschieht?, in: NStZ 1995, 289-290.
- Rüfner, Thomas*: Virtuelle Marktordnungen und das AGB-Gesetz, in: MMR 2000, 597-602.

- Ruhs, Svenja*: Neue Wege für das Betrugsstrafrecht, in: Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag, 2011, S. 567-583.
- Ruhs, Svenja*: Strafbare Werbung – Die strafbare Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG im Spiegel nationaler Reformbedürfnisse und europarechtlicher Einflüsse, 2006.
- Rüther, Werner*: Entwicklung und Struktur der Betrugsdelikte im Internet – Zum Stand des empirischen Wissens aus kriminologischer Sicht (abrufbar: http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Kriminologisches_Seminar/E_S_der_Betrugsdelikte_im_Internet.pdf).
- Sack, Rolf*: Die Präzisierung des Verbraucherleitbildes durch den EuGH, in: WRP 1999, 399-402.
- Sack, Rolf*: Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, in: WRP 2000, 269-289.
- Sack, Rolf*: Die relevante Irreführung im Wettbewerbsrecht, in: WRP 2004, 521-529.
- Sack, Rolf*: Internationales Lauterkeitsrecht nach der Rom II-VO, in: WRP 2008, 845-865.
- Sack, Rolf*: Internetwerbung – ihre Rechtskontrolle außerhalb des Herkunftslandes des Werbenden, in: WRP 2013, 1407-1414.
- Sack, Rolf*: Internetwerbung – ihre Rechtskontrolle im Herkunftsland des Werbenden, in: WRP 2013, 1545-1553.
- Säcker, Christoph*: Die Haftung von Diensteanbietern nach dem Entwurf des EGG, in: MMR-Beilage 9/2001, 2-4.
- Safferling, Christoph*: Internationales Strafrecht, 2011.
- Saliger, Frank*: Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik, in: ZIS 2011, 902-918.
- Saliger, Frank/Rönnau, Thomas/Kirch-Heim, Claudio*: Täuschung und Vermögensschaden beim Sportwettenbetrug durch Spielteilnehmer – Fall Hoyzer, in: NStZ 2007, 361-368.
- Samson, Erich*: Grundprobleme des Betrugstatbestandes (1. Teil), in: JA 1978, 469-475.
- v. Samson-Himmelstjerna, Fabian*: Haftung von Internetauktionshäusern, 2008.
- Satzger, Helmut*: Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte, in: NStZ 1998, 112-117.
- Satzger, Helmut*: Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Zugangsvermittlern, in: CR 2001, 109-117.
- Satzger, Helmut*: Wettbewerbswidrige Preisabsprachen, in: JR 2002, 391-393.
- Satzger, Helmut*: Strafrechtliche Providerhaftung, in: Heermann, Peter W./Ohly, Ansgar (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Netz, 2003, S. 161-180.
- Satzger, Helmut*: Probleme des Schadens beim Betrug, in: Jura 2009, 518-528.

- Satzger*, Helmut: Das deutsche Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB) – Teil 1, in: Jura 2010, 108-116.
- Satzger*, Helmut: Das deutsche Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB) – Teil 2, in: Jura 2010, 190-196.
- Satzger*, Helmut: Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Auflage, 2013.
- Satzger*, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter (Hrsg.): Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Auflage, 2014.
- Schaal*, Alexander: Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001.
- Schall*, Hero: Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 267-283.
- Schall*, Hero: Geschäftsherrenhaftung und Mobbing, in: Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 417-432.
- Schapiro*, Leo: Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen – Zugleich ein Beitrag zugunsten einer Aufgabe der Störerhaftung im Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht, 2011.
- Scheinfeld*, Jörg: Betrug durch unternehmerisches Werben? – Zur Divergenz zwischen Wettbewerbsrecht und Absichtskriterium des BGH, in: wistra 2008, 167-173.
- Scherer*, Inge: Divergenz und Kongruenz der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Verbraucherwerbung, in: WRP 1999, 991-997.
- Scherer*, Inge: Normative Bestimmung von Verwechslungs- und Irreführungsfahr im Markenrecht, in: GRUR 2000, 273-279.
- Scherer*, Inge: Schutz „leichtgläubiger“ und „geschäftlich unerfahrener“ Verbraucher in § 4 Nr. 2 UWG n. F. – Wiederkehr des alten Verbraucherleitbildes „durch die Hintertür“?, in: WRP 2004, 1355-1358.
- Scherer*, Inge: Abschied vom „psychischen Kaufzwang“ – Paradigmenwechsel im neuen Unlauterkeitsrecht, in: WRP 2005, 672-676.
- Scherer*, Inge: Case law in Gesetzesform – Die Schwarze Liste als neuer UWG-Anhang, in: NJW 2009, 324-331.
- Scherer*, Inge: Lauterkeitsrecht und Leistungsstörungenrecht – Veränderung des Verhältnisses durch § 2 I Nr. 1 UWG?, in: WRP 2009, 761-767.
- Scherer*, Inge: Der EuGH und der mündige Verbraucher – eine Beziehungskrise?, in: WRP 2013, 705-709.
- Scherer*, Inge: Die Leerformel vom „hohen Verbraucherschutzniveau“, in: WRP 2013, 977-980.
- Schlömer*, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2005, in: K&R 2006, 102-107.

- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2006/I, in: K&R 2006, 373-378.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2006/II, in: K&R 2007, 117-124.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2007/I, in: K&R 2007, 432-441.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2007/II, in: K&R 2008, 129-137.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2008, in: K&R 2009, 145-154.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2009, in: K&R 2010, 148-159.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2010, in: K&R 2011, 159-170.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2011, in: K&R 2012, 160-169.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2012, in: K&R 2013, 158-165.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2013, in: K&R 2014, 228-235.*
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg: eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2014, in: K&R 2015, 150-158.*
- Schlösser, Jan: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Subjektivierung des Schadensbegriffes – Zur jüngsten Rechtsprechung des BVerfG zur Untreue und ihren Folgen für eine Schadensbegründung im Rahmen des Betruges, in: HRRS 2011, 254-264.*
- Schlösser, Jan: Die Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung durch den BGH, in: NZWiSt 2012, 281-286.*
- Schlösser: Jan, Soziale Tatherrschaft – Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, 2004.*
- Schmidt, Fabian/Brönneke, Tobias: Das Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften – Neuerungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie, in: VuR 2013, 448-456.*
- Schmidt-Salzer, Joachim: Verbraucherschutz, Produkthaftung, Umwelthaftung, Unternehmensverantwortung, in: NJW 1994, 1305-1315.*
- Schmidt-Salzer, Joachim: Konkretisierungen der strafrechtlichen Produkt- und Umweltverantwortung, in: NJW 1996, 1-8.*
- Schmitz, Florian/Laun, Stefan: Die Haftung kommerzieller Meinungsportale im Internet, in: MMR 2005, 208-213.*

- Schmitz, Peter/Dierking, Laura*: Inhalte- und Störerverantwortlichkeit bei Telekommunikations- und Telemediendiensten – Anregungen für das geplante neue Telemediengesetz, in: CR 2005, 420-428.
- Schmoller, Kurt*: Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises – Zur wirtschaftlichen Relevanz subjektiver Nützlichkeitsvorstellungen, in: ZStW 103 (1991), 92-135.
- Schneider, Hendrik*: Konkludente Täuschung trotz anderslautender ausdrücklicher Erklärung, in: StV 2004, 537-539.
- Schneider, Hendrik/Gottschaldt, Peter*: Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen, in: ZIS 2011, 573-577.
- Schneider, Jürgen*: Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des § 5 TDG, in: GRUR 2000, 969-973.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, 2001.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, 2010.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage, 2014.
- Schrader, Leif U.*: Zur gewerberechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Internetauktionen, in: MMR 2001, 767-768.
- Schricker, Gerhard*: Rechtsvergleichende Bemerkungen zum strafrechtlichen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb – Ein Beitrag zu Reform des § 4 UWG, in: GRUR-Int. 1975, 33-51.
- Schröder, Christian*: Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht – Eine Untersuchung über den Einfluss europäischer Richtlinien gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV auf das deutsche Strafrecht, 2002.
- Schröder, Horst*: Betrug durch Behauptung wahrer Tatsachen, in: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 153-161.
- Schröder, Peter J.*: Ein Plädoyer gegen den Missbrauch des „Fliegenden Gerichtsstands“ im Online-Handel – Bemerkungen zu dem Vorschlag des Bundesministeriums der Justiz zur Änderung des § 14 Abs. 2 UWG, in: WRP 2013, 153-160.
- Schulze, Martin*: Internetauktionen aus vertragsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, 2004.
- Schumann, Heribert*: Betrug und Betrugsbeihilfe durch wahre Behauptungen?, in: JZ 1979, 588-592.
- Schünemann, Bernd*: Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, in: GA 1974, 231-242.
- Schünemann, Bernd*: Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 117-132.

- Schünemann*, Bernd: Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik, in: Schneider, Hans Joachim (Hrsg.), Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, 1982, S. 407-421.
- Schünemann*, Bernd: Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, in: wistra 1982, 41-50.
- Schünemann*, Bernd: Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, in: ZStW 96 (1984), 287-320.
- Schünemann*, Bernd: in: Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht, in: Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, S. 357-372.
- Schünemann*, Bernd: Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, in: NStZ 1986, 439-443.
- Schünemann*, Bernd: Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, in: Gimbernat, Enrique/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, S. 49-82.
- Schünemann*, Bernd: Unternehmenskriminalität, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht, 2000, S. 621-646.
- Schünemann*, Bernd: Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen, in: ZIS 2006, 301-308.
- Schünemann*, Bernd: Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie, in: ZIS 2014, 1-18.
- Schünemann*, Bernd: Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte – zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, 1971.
- Schünemann*, Bernd: Unternehmenskriminalität und Strafrecht – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, 1979.
- Schünemann*, Wolfgang B.: Die wettbewerbsrechtliche „Störer“-Haftung – Ein Konstrukt zwischen „praktischer Notwendigkeit“ und dogmatischer Begründbarkeit, in: WRP 1998, 120-124.
- Schütze*, Kai: Fernabsatzrechtliche Informationspflichtverstöße immer „spürbar“ – Warum die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG fernabsatzrechtliche Informationspflichtverstöße über die Bagatellschwelle des § 3 Abs. 1 UWG hebt, in: CR 2009, 443-446.
- Schwarz*, Torsten: Die Mitverantwortung des Opfers beim Betrug, 2013.
- Schwarz*, Volker: Die strafrechtliche Erfassung irreführender Werbung, 2001.
- Schwarze*, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Hrsg.): EU-Kommentar, 3. Auflage, 2012.

- Schweizer, Robert*: Die normative Verkehrsauffassung – ein doppeltes Missverständnis, in: GRUR 2000, 923-933.
- Seibert, Thomas*: Die Garantenpflichten beim Betrug, 2007.
- Seibt, Katrin*: Das europäische Verbraucherleitbild – ein Abschied von der Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage?, in: GRUR 2002, 465-478.
- Seichter, Dirk*: Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: WRP 2005, 1087-1095.
- Seichter, Dirk*: Anforderungen und Reichweite von wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten, in: jurisPR-WettbR 4/2009 Anm. 4.
- Seier, Jürgen*: Prozessbetrug durch Rechts- und ungenügende Tatsachenbehauptungen, in: ZStW 102 (1990), 563-595.
- Seifert, Bernd*: Zulässigkeit der Anonymität gewerblicher Anbieter bei Internetauktionen, in: K&R 2003, 244-246.
- Selbmann, Marten*: Einordnung des BGH-Urteils vom 20 Oktober 2011 - 4 StR 71/11 = HRRS 2012 Nr 74 in die Dogmatik zur Geschäftsherrenhaftung, in: HRRS 2014, 235-249.
- Sessinghaus, Karel*: BGH-„Internet-Versteigerung“ – ein gemeinschaftsrechtswidriges Ablenkungsmanöver? – Ein Beitrag zur Störerhaftung von Telediensteanbietern unter dogmatischer Beleuchtung des BGH-Urteils „Internet-Versteigerung“ vom 11.3.2004 - I ZR 304/01, GRUR 2004, 860 = WRP 2004, 1287, in: WRP 2005, 697-703.
- Sester, Peter*: Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen, in: CR 2001, 98-108.
- Sieber, Ulrich*: Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (1) – Neue Herausforderungen des Internet, in: JZ 1996, 429-442.
- Sieber, Ulrich*: Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (2) – Neue Herausforderungen des Internet – Fortsetzung und Schluss, in: JZ 1996, 494-507.
- Sieber, Ulrich*: Anmerkung zu AG München, Urteil vom 28.5.1998 – 8340 Ds 465 Js 173158/95, in: MMR 1998, 438-448.
- Sieber, Ulrich*: Internationales Strafrecht im Internet – Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspace, in: NJW 1999, 2065-2073.
- Sieber, Ulrich*: Verantwortlichkeit im Internet, Technische Kontrollmöglichkeiten und multimedienrechtliche Regelungen – Zugleich eine Kommentierung von § 5 TDG und § 5 MDStV, 1999.
- Sobola, Sabina/Kohl, Katrin*: Haftung von Providern für fremde Inhalte – Haftungsprivilegierung nach § 11 TDG – Grundsatzanalyse und Tendenzen der Rechtsprechung, in: CR 2005, 443-450.

- Sonnen*, Bernd-Rüdeger: Strafrecht Besonderer Teil: Vermögensschaden beim Betrug trotz vereinbarten Rücktrittsrechts – BGH, Urt. vom 22.10.1986 - 3 StR 226/86, in: JA 1987, 212-214.
- Sonnen*, Bernd-Rüdeger/*Hansen-Siedler*, Thomas: Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung, in: JA 1988, 17-27.
- Sosnitza*, Olaf: Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Voll- oder Teilharmonisierung?, in: WRP 2006, 1-7.
- Sosnitza*, Olaf: Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Recht zum Schutz geografischer Herkunftsangaben in Deutschland, in: GRUR 2007, 462-468.
- Sosnitza*, Olaf: Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: WRP 2008, 1014-1034.
- Soyka*, Till: Einschränkungen des Betrugstatbestands durch sekundäres Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, in: wistra 2007, 127-133.
- Soyka*, Till: Zur strafbaren Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) in Fällen der Zusendung von Gewinnmitteilungen – Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07 = BGH HRRS 2008 Nr. 591, in: HRRS 2008, 418-429.
- Spätgens*, Klaus: Irreführende Werbung – Verbraucherleitbild – Marktforschung, in: WRP 2000, 1023-1028.
- Spindler*, Gerald: Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, in: NJW 1997, 3193-3199.
- Spindler*, Gerald: Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, in: MMR 1999, 199-207.
- Spindler*, Gerald: E-Commerce in Europa – Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, in: MMR-Beilage 7/2000, 4-21.
- Spindler*, Gerald: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Internetauktionshäusern – Haftung für automatisch registrierte und publizierte Inhalte?, in: MMR 2001, 737-743.
- Spindler*, Gerald: Vertragsabschluss und Inhaltskontrolle bei Internet-Auktionen, in: ZIP 2001, 809-819.
- Spindler*, Gerald: Internet, Kapitalmarkt, und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie, in: ZHR 165 (2001), 324-361.
- Spindler*, Gerald: Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht – Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung? Die Folgen der Richtlinie im elektronischen Geschäftsverkehr für das Kollisionsrecht, in: RabelsZ 66 (2002), 633-709.
- Spindler*, Gerald: Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, in: NJW 2002, 921-927.
- Spindler*, Gerald: Die Verantwortlichkeit der Provider für Sich-zu-Eigen-gemachte Inhalte und für beaufsichtigte Nutzer, in: MMR 2004, 440-444.

- Spindler*, Gerald: Präzisierungen der Störerhaftung im Internet – Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, in: GRUR 2011, 101-108.
- Spindler*, Gerald: Europarechtliche Rahmenbedingungen der Störerhaftung im Internet, in: MMR 2011, 703-707.
- Spindler*, Gerald/Schmitz, Peter/Geis, Ivo: Kommentar zum Teledienstgesetz, 2004.
- Spindler*, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 2. Auflage, 2011.
- Spindler*, Gerald/Wiebe Andreas (Hrsg.): Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Auflage, 2005.
- Spring*, Patrick: Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung – Unterlassungshaftung betrieblich Vorgesetzter für Straftaten Untergebener, 2009.
- Stadler*, Thomas: Haftung für Informationen im Internet, 2. Auflage, 2005.
- Staudinger*, Ansgar/Schmidt-Bendun, Rüdiger: Kein Ausschluss des Widerrufsrechts des Verbrauchers im Rahmen einer Internetauktion – eBay, in: BB 2005, 732-734.
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Angabe der Jahreszahl in Klammern zitiert).
- Steinbeck*, Anja: Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Irreführende Geschäftspraktiken – Umsetzung in das deutsche Recht, in: WRP 2006, 632-639.
- Steinbeck*, Anja: Irrwege bei der Irreführung durch Unterlassen, in: WRP 2011, 1221-1225.
- Stern*, Michael: Zum Bestehen eines Widerrufsrechts bei Online-Auktionen, in: CR 2005, 57-59.
- Stögmüller*, Thomas: Glücksspiele, Lotterien und Sportwetten im Internet, in: K&R 2002, 27-33.
- Streinz*, Rudolf: Werbung für Lebensmittel – Verhältnis Lebensmittel- und Wettbewerbsrecht, in: GRUR 1996, 16-31.
- Striepling*, Ingo: Verbraucherschutz bei Online-Auktionen, 2011.
- Stuckenberg*, Carl-Friedrich: Zur Strafbarkeit von „Phishing“, in: ZStW 118 (2006), 878-912.
- Swoboda*, Sabina: Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, in: ZStW 122 (2010), 24-50.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: Rudolphi, Hans Joachim/Wolter, Jürgen, (Gesamtredaktion), Loseblattsammlung.
- Szczesny*, Michael/Holthusen, Christop: Aktuelles zur Unternehmereigenschaft im Rahmen von Internet-Auktionen, in: NJW 2007, 2586-2591.
- Tag*, Brigitte: Beihilfe durch neutrales Verhalten, in: JR 1997, 49-57.
- Tenckhoff*, Jörg: Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, in: Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 677-693.

- Tettenborn, Alexander/Bender, Gunnar/Lübbers, Natalie/Karenfort, Jörg*: Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, in: K&R 2001, Beilage 1 zu Heft 12, 1-40.
- Thomma, Susanne*: Die Grenzen des Tatsachenbegriffs, insbesondere bei der betrügerischen Täuschungshandlung, 2003.
- Tiedemann, Klaus*: Anmerkung zu Urteil des KG vom 1.3.1973 – (2) Ss 286/72 (105/72), in: JR 1973, 429-430.
- Tiedemann, Klaus*: Literaturbericht: Nebenstrafrecht einschließlich Ordnungswidrigkeitenrecht (Wettbewerbsrecht), in: ZStW 86 (1974), 990-1033.
- Tiedemann, Klaus*: Das Betrugsstrafrecht in Rechtsprechung und Wissenschaft, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht, 2000, S. 551-567.
- Tiedemann, Klaus*: Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 905-918.
- Tiedemann, Klaus*: Wettbewerbsstrafrecht, in: Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich Rechtspolitik – Freiburg-Symposium, 2002, S. 279-293.
- Tiedemann, Klaus*: Kein Liebesverbot für Brüssel und Straußburg – oder Gedanken zur europarechtsfreundlichen Auslegung im Strafrecht, in: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014, S. 1107-1118.
- Tiedemann, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität Allgemeiner Teil, 1976.
- Tiedemann, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität Besonderer Teil, 1976.
- Tiedemann, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, 2011.
- Tiedemann, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2014.
- Tiedemann, Klaus/Kindhäuser, Urs*: Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?, in: NStZ 1988, 337-346.
- Tilman, Winfried*: Irreführende Werbeangaben und täuschende Werbung, in: GRUR 1976, 544-556.
- Tilman, Winfried/Ohde, Hans-Jürgen*: Die Mindestirreführungsquote im Wettbewerbsrecht und im Gesundheitsrecht (Teil 2), in: GRUR 1989, 301-312.
- Többers, Hans W.*: Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§§ 16-19 UWG), in: WRP 2005, 552-561.
- Tonner, Klaus*: Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – unionsrechtlicher Hintergrund und Überblick, in: VuR 2013, 443-448.
- Trinks, Peter*: Widerrufsrecht bei Internetauktionen, in: MMR 2004, 500-502.

- Trinks, Peter*: Die Online-Auktion in Deutschland: eine rechtliche Darstellung wesentlicher Problemkonstellationen, 2004.
- Ufer, Frederic*: Die zivilrechtliche Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz, 2007.
- Ulbrich, Sebastian*: Der BGH auf dem Weg zum normativen Verbraucherleitbild?, in: WRP 2005, 940-953.
- Ulbrich, Sebastian*: Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Lauterkeits- und Markenrecht – Empirische oder normative Feststellung, 2005.
- Ullmann, Eike*: Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, in: GRUR 2003, 817-825.
- Ullmann, Eike (Hrsg.)*: juris PraxisKommentar UWG, 2. Auflage, 2009.
- v. Ungern-Sternberg, Joachim*: Wirtschaftskriminalität beim Handel mit ausländischen Aktien, in: ZStW 88 (1976), 653-711.
- Urban, Carolin*: Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft – Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen, 2004.
- Vassilaki, Irini E.*: Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach dem TDG – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Einordnung des § 5 TDG im Strafrechtssystem, in: MMR 1998, 630-638.
- Vassilaki, Irini E.*: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers von CompuServe Deutschland für pornographische Internetinhalte, in: NSTZ 1998, 521-522.
- Vassilaki, Irini E.*: Strafrechtliche Haftung nach §§ 8 ff. TDG, in: MMR 2002, 659-662.
- Velten, Petra*: Grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte, in: Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 329-346.
- Vergho, Raphael*: Das Leitbild eines verständigen Durchschnittsverbrauchers und das Strafrecht – ein inkongruentes Verhältnis, in: wistra 2010, 86-92.
- Vergho, Raphael*: Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht, 2009.
- Vogel, Joachim*: Betrug durch konkludente Täuschung: „Recht auf Wahrheit“ oder kommunikative Verkehrssicherungspflichten, in: Gedächtnisschrift für Rolf Keller, 2003, S. 313-324.
- Volk, Annete*: Glücksspiel im Internet, 2005.
- Volk, Klaus*: Täuschung durch Unterlassen beim Betrug – OLG Köln, NJW 1980, 2336, in: JuS 1981, 878-883.
- Volkman, Christian*: Die Unterlassungsvollstreckung gegen Störer aus dem Online-Bereich – Zur Durchsetzung von Unterlassungstiteln nach § 890 ZPO und dem Verbot von Überwachungspflichten nach §§ 8 Abs. 2 S. 1 TDG/ 6 Abs. 2 S. 1 MDStV, in: CR 2003, 440-447.

- Volkman*, Christian: Haftung des Internet-Auktionsveranstalters für markenrechtsverletzende Inhalte Dritter, in: K&R 2004, 231-233.
- Volkman*, Christian: Verkehrspflichten für Internet-Provider, in: CR 2008, 232-238.
- Wabnitz*, Heinz-Bernd/*Janovsky*, Thomas (Hrsg.): Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Auflage, 2014.
- v. *Walter*, Axel/*Kluge*, Antje: Identitätsangaben nach § 5a Abs. 3 Nr. 2 UWG – Ein Plädoyer gegen das Impressumsdenken, in: WRP 2013, 866-873.
- Walter*, Tonio: Submissionsbetrug, in: JZ 2002, 254-256.
- Walter*, Tonio: Inwieweit erlaubt die Europäische Verfassung ein europäisches Strafgesetz?, in: ZStW 117 (2005), 912-933.
- Walter*, Tonio: Einführung in das internationale Strafrecht, in: JuS 2006, 870-873.
- Walter*, Tonio: Die Kompensation beim Betrug (§ 263 StGB), in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag, 2008, S. 763-776.
- Warneke*, Nikolai: Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten, in: NStZ 2010, 312-317.
- Waßmer*, Martin Paul: Die Harmonisierung des Europäischen Strafrechts, in: JZ 1999, 1099-1101.
- Waßmer*, Martin Paul: Betrug durch Abschluss von Versicherungen? – Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.12.2011 (2 BvR 2500/09, 2 BvR 1857/10) = HRRS 2012 Nr. 27, in: HRRS 2012, 368-373.
- Waßmer*, Martin Paul/*Kießling*, Sebastian: Anmerkung zum Beschluss des OLG Bamberg vom 08.03.2012 (3 Ws 4/12, NZWiSt 2012, 310) – Zur Frage des Betrugs durch Unterlassen bei Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten sowie zu den Anforderungen im Klageerzwingungsverfahren beim Unterlassungsdelikt, in: NZWiSt 2012, 313-316.
- Weigend*, Thomas: Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht, in: ZStW 116 (2004), 275-303.
- Weißer*, Bettina: Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996.
- Welp*, Jürgen: Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968.
- v. *Welser*, Marcus: Wettbewerbs- und urheberrechtliche Probleme bei Online-Auktionen, in: ZUM 2000, 472-477.
- Wenzel*, Henning: Vertragsabschluss bei Internet-Auktion – ricardo-de, in: NJW 2002, 1550-1551.
- Werle*, Gerhard/*Jeßberger*, Florian: Grundfälle zum Strafanwendungsrecht (Teil 1), in: JuS 2001, 35-39.

- Werle, Gerhard/*Jeßberger*, Florian: Grundfälle zum Strafanwendungsrecht (Teil 2), in: JuS 2001, 141-144.
- Wessels, Johannes/*Beulke*, Werner/*Satzger*, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Auflage, 2015.
- Wessels, Johannes/*Hillenkamp*, Hillenkamp: Strafrecht Besonderer Teil 2, 36. Auflage, 2013.
- Westermann, Ingo: Bekämpfung irreführender Werbung ohne demoskopische Gutachten, in: GRUR 2002, 403-407.
- v. Westphalen, Friedrich Graf: AGB-Recht im Jahr 2006, in: NJW 2007, 2228-2236.
- Wiebe, Andreas: Vertragsschluss bei Online-Auktionen, in: MMR 2000, 323-329.
- Wiebe, Andreas: Zum Bestehen eines Widerrufsrechts bei Online-Auktionen, in: CR 2005, 56-57.
- Wiebe, Andreas: Providerhaftung in Europa: Neue Denkanstöße durch den EuGH (Teil 1), in: WRP 2012, 1182-1189.
- Wiebe, Andreas: Providerhaftung in Europa: Neue Denkanstöße durch den EuGH (Teil 2), in: WRP 2012, 1336-1341.
- Wimmer-Leonhardt, Susanne: Eine neue Welt des Einkaufs: die Internetauktion, in: JR 2005, 353-359.
- Wiring, Roland: § 5 UWG über irreführende geschäftliche Handlungen: Eine Norm, die irreführt?, in: NJW 2010, 580-582.
- Wittig, Petra: Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, 2014.
- Wittig, Petra: Das tatbestandsmäßige Verhalten des Betrugs – ein normanalytischer Ansatz, 2005.
- Wohlleben, Marcus: Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996.
- Wuttke, Tobias: Die Konvergenz des nationalen und des europäischen Irreführungsbegriffs, in: WRP 2004, 820-828.
- Zaczyk, Rainer: Die „Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate“ und der BGH, in: GA 2006, 411-415.
- Zielasko, Vera: Rechtliche Einordnung des eBay-Bewertungssystems: staatlicher Rechtsschutz von Persönlichkeitsrechten innerhalb selbstorganisierter gesellschaftlicher Teilsysteme, 2012.
- Zieschang, Frank: Das Verbandsstrafgesetzbuch – Kritische Anmerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, in: GA 2014, 91-106.
- Zimmermann, Frank: Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Jura 2009, 844-851.
- Züllighoven, Volker: Verbraucherschutz durch Informationspflichten im Wettbewerbsrecht – Am Beispiel der Irreführung durch Unterlassen, 2010.

RECHTSPRECHUNGSREGISTER

StIGH

StIGHE 5, 71 – Lotus: Fn. 1557; 1558; 1559.

EuGH

EuGH BeckEuRS 1974, 40237 – Dassonville: Fn. 380.

EuGH BeckEuRS 1979, 74722 – Cassis de Dijon: Fn. 381; 383; 1621.

EuGH BeckEuRS 1993, 197884 – Keck: Fn. 382.

EuGH BeckRS 2004, 74578 – Strafverfahren gegen Nilsson: Fn. 1665.

EuGH BeckRS 2005, 70929 – Deutsche Milchkontor: Fn. 1665.

EuGH BeckRS 2006, 70196 – Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie: Fn. 398.

EuGH GRUR 2007, 69 – Lidl Belgium/Colruyt: Fn. 351.

EuGH GRUR 2010, 244 – Plus Warenhandelsgesellschaft: Fn. 1077.

EuGH GRUR 2010, 445 – Google und Google France: Fn. 1293; 1294; 1330; 1331.

EuGH GRUR 2011, 76 – Mediaprint: Fn. 387; 749; 1116.

EuGH GRUR 2011, 159 – Lidl/Vierzon Distribution: Fn. 351.

EuGH GRUR 2011, 930 – Konsumentombudsmann/Ving Sverige: Fn. 351.

EuGH GRUR 2011, 1025 – L'Oréal/eBay: Fn. 1293; 1294; 1295; 1296; 1313; 1329; 1330; 1331; 1496; 1497.

EuGH GRUR 2012, 300 – eDate-Advertising: Fn. 1606; 1607; 1608; 1609.

EuGH GRUR 2012, 1269 – Purely Creative: Fn. 388; 528; 1069; 1077; 1111.

EuGH GRUR 2013, 1157 – CHS Tour Services/Team4 Travel: Fn. 749.

EuGH GRUR 2013, 1159 – BKK Mobil Oil: Fn. 388; 642.

EuGH GRUR 2014, 196 – Trento Sviluppo/AGCM: Fn. 388; 900.

EuGH GRUR-Int. 1991, 215 – Pall Corp./P.J. Dahlhau: Fn. 368.

EuGH GRUR-Int. 1994, 614 – „Ideal Standard II“: Fn. 1616.

EuGH GRUR-Int. 1995, 804 – Mars: Fn. 368; 560.

EuGH GRUR-Int. 1998, 795 – Gut Springenheide: Fn. 351; 994; 995; 996; 1008.

EuGH GRUR-Int. 1999, 345 – Sektkellerei Kessler: Fn. 351.

EuGH GRUR-Int. 1999, 734 – Lloyd: Fn. 351; 559.

EuGH GRUR-Int. 2000, 354 – Estée Lauder/Lancaster: Fn. 351.

EuGH GRUR-Int. 2000, 756 – d’arbo naturrein: Fn. 532; 533.

EuGH GRUR-Int. 2003, 533 – LTJ Diffusion: Fn. 559.

EuGH GRUR-Int. 2003, 742 – Pippig Augenoptik/Hartlauer: Fn. 351.

EuGH NJW 1978, 479 – Bouchereau: Fn. 1630.

EuGH NJW 2010, 1941 – Heinrich Heine: Fn. 864.

EuGH NJW 2011, 505 – Pammer und Hotel Alpenhof: Fn. 1721; 1735.

EuGH NStZ 2008, 702 – Rahmenbeschluss Umweltstrafrecht: Fn. 396.

EuGH NStZ 2008, 703 – Rahmenbeschluss Meeresverschmutzung: Fn. 397.

EuGH Slg. 1984, 1299 – Prantl: Fn. 347.

BVerfG

BVerfG GRUR 2001, 170 – Benetton-Werbung I: Fn. 1.

BVerfG GRUR 2003, 442 – Benetton Werbung II: Fn. 1; 1007.

BVerfG NJW 2009, 2267 – Lissabon: Fn. 402; 403.

BVerfG NJW 2010, 3209 – Verfassungsrechtliche Anforderungen an den strafrechtlichen Untreuetatbestand: Fn. 81; 101; 169; 171.

BVerfG NJW 2012, 907 – Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungen: Fn. 74; 79; 82; 83; 131; 132; 201; 925.

BVerfG NJW 2013, 365 – Begriff des Nachteils: Fn. 111.

BGHSt

BGHSt 3, 69 – Hingabe eines ungedeckten Schecks als Betrug: Fn. 468; 1011; 1132.

BGHSt 3, 99 – Gewinnaussicht bei einer Verlosung: Fn. 246; 313.

BGHSt 3, 203 – Pflicht zum Handeln aufgrund vorausgegangenen Tuns: Fn. 1384.

BGHSt 4, 1 – Verbotsirrtum: Fn. 1581.

BGHSt 4, 44 – Blindenware: Fn. 1141.

BGHSt 8, 46 – Hopfen-Fall: Fn. 113.

BGHSt 12, 347 – Deutsche Markenbutter: Fn. 114.

BGHSt 16, 220 – Zellwollhosen-Fall: Fn. 104; 121; 168; 773; 935.

BGHSt 16, 321 – Melkmaschinen-Fall: Fn. 98; 112; 121.

BGHSt 17, 147 – Betrug durch Täuschung einer Vergabestelle: Fn. 182.

BGHSt 19, 37 – Betrug durch unwahre Erklärungen bei Zeichnung von VW-Aktien: Fn. 164; 182.

BGHSt 21, 18 – Verschuldeter Verbotsirrtum bei Kartellordnungswidrigkeiten: Fn. 1168.

BGHSt 21, 112 – Notwendigkeit einer Prozessführung als Vermögensschaden: Fn. 78.

BGHSt 21, 384 – Betrug durch Provisionsvertreter: Fn. 143.

BGHSt 23, 300 – Zeitschriftenabonnement: Fn. 115; 233.

BGHSt 24, 286 – Fortgesetzter Betrug mehrerer Familienmitglieder gegenüber Kaufhaus: Fn. 1408.

BGHSt 25, 218 – Keine Garantenstellung eines verkehrsgerechten Kraftfahrers gegenüber dem Unfallopfer: Fn. 1384.

BGHSt 27, 10 – Garantenstellung des Wohnungsinhabers I: Fn. 1394; 1396.

BGHSt 27, 30 – Anwendung des Weltrechtsprinzips auf unbefugten Betäubungsmittelvertrieb: Fn. 1561.

BGHSt 27, 293 – Branchen- und Telexverzeichnisse: Fn. 1146.

BGHSt 30, 391 – Garantenstellung des Wohnungsinhabers II: Fn. 1266; 1371; 1390; 1392.

BGHSt 32, 22 – Höhe des Vermögensschadens bei Waretermingeschäft: Fn. 121.

BGHSt 32, 38 – Sirius-Fall: Fn. 311.

BGHSt 32, 211 – Fassadenbau-Fall: Fn. 106.

BGHSt 33, 50 – Bandenchef: Fn. 1232.

BGHSt 34, 1 – Erwerb von Betäubungsmitteln im Ausland: Fn. 1508; 1577.

BGHSt 34, 82 – Garantenstellung des Unfallbeteiligten Kraftfahrers: Fn. 1384.

BGHSt 34, 101 – Verstoß gegen Lenk- und Ruhezeiten im Ausland: Fn. 1522.

BGHSt 34, 199 – Wundermittel-Fall: Fn. 218; 219; 223; 225; 227; 249; 254; 312; 424.

BGHSt 34, 394 – Erzwungene Hingabe eines Schuldscheins: Fn. 78.

BGHSt 36, 255 – Abfüllanlage: Fn. 1550.

BGHSt 36, 363 – Beihilfe zur Aufforderung zu Straftaten durch Scheinherausgeber: Fn. 1287.

BGHSt 37, 106 – Lederspray-Fall: Fn. 1192; 1237; 1384; 1396. BGHSt 37, 289 – Mord in Mittäterschaft: Fn. 1224.

BGHSt 38, 186 – Betrug bei der Vergabe von Bauleistungen: Fn. 174; 175.

BGHSt 38, 325 – Garantenstellung der Bürgermeisters für Abwasserbeseitigung: Fn. 1548.

BGHSt 39, 88 – Tatort für Straftat des Mittäters: Fn. 1751.

BGHSt 39, 392 – Abheben eines zu viel überwiesenen Betrages: Fn. 796; 1123.

BGHSt 40, 218 – Mauerschützen-Fall: Fn. 1195.

BGHSt 40, 299 – Münzhändler-Fall: Fn. 1407; 1409.

BGHSt 42, 65 – Todesschüssen an der innerdeutschen Grenze: Fn. 1197.

BGHSt 43, 219 – Abfallbeseitigungs-Fall: Fn. 1196.

BGHSt 44, 52 – Strafvereitelung durch Aufnahme von RAF-Terroristen: Fn. 1518.

BGHSt 45, 1 – Betrug durch Nichtoffenbarung der Stasitätigkeit: Fn. 76; 77.

BGHSt 45, 270 – Mitglieder der Politbüro der SED: Fn. 1197.

BGHSt 46, 107 – Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Bankmitarbeiter: Fn. 1366.

BGHSt 46, 196 – Betrug durch Vorlage eines Überweisungsformulars: Fn. 832.

BGHSt 46, 212 – Auschwitzlüge im Internet: Fn. 73; 1544; 1562; 1702.

BGHSt 47, 1 – Insertionsoffertenbetrug: Fn. 246; 313; 517; 519; 584; 586; 879; 951; 952; 1060; 1064; 1147.

BGHSt 47, 83 – Ausschreibungsbetrug: Fn. 174; 175.

BGHSt 48, 77 – Politbüro II: Fn. 1197; 1234.

BGHSt 48, 331 – betrügerische Einwerbung von Kapitaleinlagen: Fn. 1196.

BGHSt 49, 147 – Bremer-Vulkan: Fn. 1196.

BGHSt 49, 177 – gewerbsmäßiger Bandenbetrug bei gleichartiger Tateinheit: Fn. 1229.

BGHSt 51, 165 – Fall „Hoyzer“: Fn. 76; 77; 84; 464; 1019.

BGHSt 52, 227 – Strafbare Werbung im Versandhandel: Fn. 35; 267; 289; 521; 584; 914; 940; 1067; 1143; 1464.

BGHSt 52, 323 – Siemens: Fn. 101.

BGHSt 53, 38 – Verkehrssicherungspflichten bei Abbrucharbeiten: Fn. 1387; 1461.

BGHSt 53, 199 – Vermögensschaden bei betrügerisch veranlasstem Risikogeschäft: Fn. 85; 103; 179.

BGHSt 54, 44 – Berliner Stadtreinigung: Fn. 1244.

BGHSt 54, 69 – Lebensversicherungsbetrug: Fn. 103; 121; 451; 1409.

BGHSt 55, 288 – Fall Siemens/AUB: Fn. 103.

BGHSt 56, 277 – Schönheitsoperations-Fall: Fn. 1349. BGHSt 57, 42 – Mobbing-Fall: Fn. 1244; 1267; 1269.

BGHSt 57, 95 – Abrechnungsbetrug eines privatliquidierenden Arztes: Fn. 103; 310; 1132.

BGHSt 58, 102 – Schadensfeststellung beim Sportwettenbetrug: Fn. 103; 108; 121; 131; 157; 923; 924.

BGHSt 58, 205 – Schadensbestimmung beim Eingehungsbetrug: Fn. 103; 131; 134.

BGH

BGH BeckRS 2014, 03755 – „Neutrale“ Beihilfe: Fn. 1366.

BGH BeckRS 2014, 15319 – Betrug durch Versendung von „Angebotsrechnungen“: Fn. 310; 519; 586; 1103.

BGH BeckRS 2014, 20657 – Betrug bei der Immobilienvermittlung: Fn. 167; 310; 828.

BGH BeckRS 2014, 23462 – Call-Center: Fn. 1131.

BGH GA 1966, 311 – Schwarzwälder Kirschwasser: Fn. 151.

BGH GA 1978, 332 – Mut zum Erfolg „MZE“: Fn. 181.

BGH GRUR 1955, 37 – Cupresa-Seide: Fn. 930; 987.

BGH GRUR 1955, 97 – Constanze II: Fn. 1424.

BGH GRUR 1957, 600 – Westfalen-Blatt I: Fn. 423.

BGH GRUR 1958, 30 – Außenleuchte: Fn. 1240.

BGH GRUR 1959, 365 – Englisch-Lavendel: Fn. 928.

BGH GRUR 1960, 567 – Kunstglas: Fn. 345; 930.

BGH GRUR 1962, 243 – Kindersaugflaschen: Fn. 1651; 1671.

BGH GRUR 1963, 270 – Bärenfang: Fn. 989.

BGH GRUR 1964, 316 – Stahlexport: Fn. 1651.

BGH GRUR 1969, 280 – Scotch-Whisky: Fn. 308.

BGH GRUR 1969, 415 – Kaffeerösterei: Fn. 928.

BGH GRUR 1970, 425 – Melitta-Kaffee: Fn. 928.

BGH GRUR 1971, 153 – Tampax: Fn. 1651; 1695; 1746.

BGH GRUR 1973, 361 – sanRemo: Fn. 1022.

BGH GRUR 1977, 672 – Weltweit-Club: Fn. 1651.

BGH GRUR 1979, 716 – Kontinent-Möbel: Fn. 1022.

BGH GRUR 1980, 306 – Preisgegenüberstellung III: Fn. 637.

BGH GRUR 1981, 71 – Lübecker Marzipan: Fn. 987; 1022.

BGH GRUR 1981, 654 – Testpreiswerbung: Fn. 637.

BGH GRUR 1982, 437 – Test Gut: Fn. 775; 934.

BGH GRUR 1982, 495 – Domgarten-Brand: Fn. 1651; 1746.

BGH GRUR 1983, 451 – Ausschank unter Eichstrich I: Fn. 875.

BGH GRUR 1985, 140 – Größtes Teppichhaus der Welt: Fn. 989.

BGH GRUR 1985, 932 – Veralteter Test: Fn. 621.

BGH GRUR 1986, 816 – Widerrufsbelehrung bei Teilzahlungskauf I: Fn. 877.

BGH GRUR 1987, 52 – Tomatenmark: Fn. 720.

BGH GRUR 1987, 171 – Schlussverkaufwerbung: Fn. 1022.

BGH GRUR 1987, 180 – Ausschank unter Eichstrich II: Fn. 875, 878.

BGH GRUR 1987, 444 – Laufende Buchführung: Fn. 989.

BGH GRUR 1988, 453 – Champagner unter den Mineralwässern: Fn. 1651.

BGH GRUR 1988, 459 – Teilzahlungsankündigung: Fn. 345.

BGH GRUR 1988, 690 – Kristallfiguren: Fn. 1242.

BGH GRUR 1990, 373 – Schönheits-Chirurgie: Fn. 1447.

BGH GRUR 1990, 604 – Dr. S.-Arzneimittel: Fn. 345.

BGH GRUR 1991, 463 – Kauf im Ausland: Fn. 1651; 1655.

BGH GRUR 1991, 546 – „... aus Altpapier“: Fn. 345.

BGH GRUR 1991, 679 – Fundstellenangaben: Fn. 620.

BGH GRUR 1991, 680 – Porzellanmanufaktur: Fn. 1022.

BGH GRUR 1991, 852 – Aquavit: Fn. 1022.

BGH GRUR 1992, 66 – Königl.-Bayerische-Weiße: Fn. 1022.

BGH GRUR 1992, 70 – 40% weniger Fett: Fn. 1022.

BGH GRUR 1992, 406 – Beschädigte Verpackung I: Fn. 989.

BGH GRUR 1992, 450 – Beitragsrechnung: Fn. 345.

BGH GRUR 1994, 126 – Folgeverträge I: Fn. 880.

BGH GRUR 1995, 60 – Napoléon IV: Fn. 1022.

BGH GRUR 1995, 358 – Folgeverträge II: Fn. 880.

BGH GRUR 1996, 367 – Umweltfreundliches Bauen: Fn. 597.

BGH GRUR 1996, 910 – Der meistverkaufte Europas: Fn. 352.

BGH GRUR 1996, 985 – PVC-frei: Fn. 1022.

BGH GRUR 1997, 313 – Architektenwettbewerb: Fn. 1447.

BGH GRUR 1998, 419 – Gewinnspiel im Ausland: Fn. 1651; 1655; 1746.

BGH GRUR 1998, 945 – Co-Verlagsvereinbarung: Fn. 1651; 1655.

BGH GRUR 1998, 951 – Die große deutsche Tages- und Wirtschaftszeitung: Fn. 423.

BGH GRUR 1998, 1041 – Verkaufsveranstaltung in Aussiedlerwohnheim: Fn. 1073.

BGH GRUR 1999, 261 – Handy-Endpreis: Fn. 567.

BGH GRUR 1999, 264 – Handy für 0,00 DM: Fn. 567.

BGH GRUR 1999, 594 – Holsteiner Pferd: Fn. 988.

BGH GRUR 1999, 757 – Auslaufmodelle I: Fn. 782.

BGH GRUR 1999, 760 – Auslaufmodelle II: Fn. 782; 803.

BGH GRUR 1999, 923 – Tele-Info-CD: Fn. 1242.

BGH GRUR 1999, 1122 – EG-Neuwagen I: Fn. 782.

BGH GRUR 1999, 1125 – EG-Neuwagen II: Fn. 781; 782.

BGH GRUR 2000, 76 – Shareware-Version: Fn. 772.

BGH GRUR 2000, 239 – Last-Minute-Reise: Fn. 988.

BGH GRUR 2000, 436 – Ehemalige Herstellerpreisempfehlungen: Fn. 632.

BGH GRUR 2000, 613 – Klinik-Sansscucci: Fn. 1447.

BGH GRUR 2000, 616 – Auslaufmodelle III: Fn. 782.

BGH GRUR 2000, 619 – Orient-Teppichmuster: Fn. 353; 368; 544; 548; 555; 556; 562.

BGH GRUR 2000, 820 – Space Fidelity Peep-Show: Fn. 426.

BGH GRUR 2000, 911 – Computerwerbung I: Fn. 554.

BGH GRUR 2000, 1076 – Abgasemissionen: Fn. 27; 694.

BGH GRUR 2001, 73 – Stich den Buben: Fn. 988.

BGH GRUR 2001, 78 – Falsche Herstellerpreisempfehlung: Fn. 635.

BGH GRUR 2002, 81 – Anwalts- und Steuerkanzlei: Fn. 544; 549.

BGH GRUR 2002, 160 – Warsteiner III: Fn. 561.

BGH GRUR 2002, 550 – Elternbriefe: Fn. 997; 1029.

BGH GRUR 2002, 618 – Meißner Dekor: Fn. 1414; 1446.

BGH GRUR 2002, 709 – Entfernung der Herstellungsnummer III: Fn. 1242.

BGH GRUR 2002, 715 – Scanner-Werbung: Fn. 542; 544; 554; 596.

BGH GRUR 2002, 828 – Lottoschein: Fn. 426.

BGH GRUR 2002, 902 – Vanity-Nummer: Fn. 1447.

BGH GRUR 2002, 976 – Koppelungsangebot I: Fn. 596.

BGH GRUR 2002, 982 – Die Steinzeit ist vorbei: Fn. 426.

BGH GRUR 2002, 1093 – Kontostandauskunft: Fn. 876; 878.

BGH GRUR 2003, 163 – Computerwerbung II: Fn. 554; 582; 583; 1061.

BGH GRUR 2003, 247 – Thermal Bad: Fn. 1029.

BGH GRUR 2003, 249 – Preis ohne Monitor: Fn. 547; 554; 582; 1061.

BGH GRUR 2003, 361 – Sparvorwahl: Fn. 596.

BGH GRUR 2003, 446 – Preisempfehlung für Sondermodelle: Fn. 632.

BGH GRUR 2003, 538 – Gesamtpreisangebot: Fn. 565; 566.

BGH GRUR 2003, 626 – Umgekehrte Versteigerung II: Fn. 24; 544; 545; 552; 556.

BGH GRUR 2003, 800 – Schachcomputerkatalog: Fn. 597; 599.

BGH GRUR 2003, 807 – Buchpreisbindung: Fn. 1426.

BGH GRUR 2003, 889 – Internet-Reservierungssystem: Fn. 568; 680; 1095.

BGH GRUR 2003, 969 – Ausschreibung von Vermessungsleistungen: Fn. 1426; 1447.

BGH GRUR 2004, 162 – Mindestverzinsung: Fn. 550; 597; 599; 1023; 1029.

BGH GRUR 2004, 244 – Marktführerschaft: Fn. 542; 998.

BGH GRUR 2004, 246 – Mondpreise?: Fn. 632; 635.

BGH GRUR 2004, 249 – Umgekehrte Versteigerung im Internet: Fn. 25; 544; 552; 556; 609.

BGH GRUR 2004, 343 – Playstation: Fn. 582; 1061.

BGH GRUR 2004, 344 – Treuepunkte: Fn. 582; 1061.

BGH GRUR 2004, 435 – FrühlingsgeFlüge: Fn. 546; 568; 1095.

BGH GRUR 2004, 693 – Schöner Wetten: Fn. 1426.

BGH GRUR 2004, 860 – Internet-Versteigerung I: Fn. 479; 1174; 1179; 1180; 1185; 1186; 1188; 1313; 1415; 1488; 1489.

BGH GRUR 2004, 961 – Grundbucheintrag online: Fn. 534.

BGH GRUR 2004, 1035 – Rotpreis-Revolution: Fn. 1651.

BGH GRUR 2005, 171 – Ausschreibung von Ingenieurdienstleistungen: Fn. 1426.

BGH GRUR 2005, 431 – Hotel Maritime. Fn. 1714.

BGH GRUR 2005, 438 – Epson-Tinte: Fn. 593; 598; 601; 602.

BGH GRUR 2005, 690 – Internet-Versandhandel: Fn. 596; 598; 728-

BGH GRUR 2006, 161 – Zeitschrift mit Sonnenbrille: Fn. 1071.

BGH GRUR 2006, 513 – Arzneimittelwerbung im Internet: Fn. 1635; 1651; 1714; 1729.

BGH GRUR 2006, 776 – Werbung für Klingeltöne: Fn. 1071.

BGH GRUR 2006, 875 – Rechtsanwalts-Ranglisten: Fn. 1426.

BGH GRUR 2007, 67 – Pietra di Soln: Fn. 1635; 1714.

BGH GRUR 2007, 159 – Anbieterkennzeichnung im Internet: Fn. 594; 664; 666; 668; 685; 816.

BGH GRUR 2007, 603 – UVP: Fn. 633; 634.

BGH GRUR 2007, 708 – Internet-Versteigerung II: Fn. 472; 1179; 1185; 1186; 1188; 1189; 1313; 1415; 1485; 1486; 1487; 1489.

BGH GRUR 2007, 724 – Meinungsforum: Fn. 1156; 1313.

BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien bei eBay: Fn. 31; 1179; 1180; 1185; 1313; 1411; 1427; 1430; 1431; 1432; 1433; 1434; 1435; 1436; 1437; 1438; 1440; 1441; 1442; 1443; 1444; 1445; 1450; 1481; 1482.

BGH GRUR 2007, 978 – Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer: Fn. 824; 825.

BGH GRUR 2007, 1079 – Bundesdruckerei: Fn. 1029.

BGH GRUR 2008, 84 – Versandkosten: Fn. 594; 668; 681; 684.

BGH GRUR 2008, 530 – Nachlass bei der Selbstbeteiligung: Fn. 1439.

BGH GRUR 2008, 532 – Umsatzsteuerhinweis: Fn. 647; 681; 698.

BGH GRUR 2008, 534 – ueber18.de: Fn. 1281.

BGH GRUR 2008, 702 – Internet-Versteigerung III: Fn. 472; 473; 1185; 1188; 1313; 1489.

BGH GRUR 2008, 729 – Werbung für Telefondienstleistungen: Fn. 535.

BGH GRUR 2008, 810 – Kommunalversicherer: Fn. 471.

BGH GRUR 2008, 923 – Faxanfrage im Autohandel: Fn. 871.

BGH GRUR 2008, 925 – FC Troschenreuth: Fn. 871.

BGH GRUR 2008, 1097 – Namensklau im Internet: Fn. 1185.

BGH GRUR 2009, 597 – Halzband: Fn. 1449.

BGH GRUR 2009, 845 – Internet-Videorecorder: Fn. 885.

BGH GRUR 2009, 881 – Überregionaler Krankentransport: Fn. 885.

BGH GRUR 2009, 888 – Thermoroll: Fn. 270; 1029.

BGH GRUR 2009, 982 – Dr. Clauder's Hufpflege: Fn. 682.

BGH GRUR 2009, 1093 – Focus-Online: Fn. 1313.

BGH GRUR 2009, 1180 – 0,00 Grundgebühr: Fn. 742.

BGH GRUR 2009, 1189 – Blutspendedienst: Fn. 885.

BGH GRUR 2010, 161 – Gib mal Zeitung: Fn. 426.

BGH GRUR 2010, 248 – Kamerakauf im Internet: Fn. 681.

BGH GRUR 2010, 251 – Versandkosten bei Froogle I: Fn. 759.

BGH GRUR 2010, 253 – Fischdosendeckel: Fn. 1439.

BGH GRUR 2010, 261 – www.rainbow.at I: Fn. 1605; 1702.

BGH GRUR 2010, 458 – Heute wird offen gelogen: Fn. 1292.

BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de: Fn. 1289; 1290.

BGH GRUR 2010, 628 – Vorschaubilder: Fn. 1331.

BGH GRUR 2010, 633 – Sommer unseres Lebens: Fn. 1414; 1415; 1429.

BGH GRUR 2010, 847 – Ausschreibungen in Bulgarien: Fn. 1651; 1675.

BGH GRUR 2010, 852 – Gallardo Spyder: Fn. 742.

BGH GRUR 2010, 855 – Folienrolles: Fn. 1439.

BGH GRUR 2010, 1110 – Versandkosten bei Froogle II: Fn. 759; 813.

BGH GRUR 2010, 1117 – Gewährleistungsausschluss im Internet: Fn. 717; 730.

BGH GRUR 2010, 1120 – Vollmachtnachweis: Fn. 890.

BGH GRUR 2010, 1125 – Femur-Teil: Fn. 885.

BGH GRUR 2010, 1142 – Holzhocker: Fn. 656; 742; 759; 816; 858.

BGH GRUR 2011, 82 – Preiswerbung ohne Umsatzsteuer: Fn. 463; 742; 806.

BGH GRUR 2011, 152 – Kinderhochstühle im Internet I: Fn. 30; 1179; 1188; 1190; 1313; 1413; 1414; 1415; 1428; 1429; 1451; 1471.

BGH GRUR 2011, 321 – Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetportal: Fn. 1179; 1180; 1415.

BGH GRUR 2011, 638 – Werbung mit Garantie: Fn. 710; 711; 712; 759; 885.

BGH GRUR 2011, 846 – Kein Telekom-Anschluss nötig: Fn. 535; 778; 801.

BGH GRUR 2011, 1018 – Automobil-Onlinebörse: Fn. 1413; 1414; 1415.

BGH GRUR 2011, 1038 – Stiftparfüm: Fn. 1178; 1180; 1185; 1187; 1313; 1415; 1429.

BGH GRUR 2011, 1050 – Ford-Vertragspartner: Fn. 353; 544; 552; 553; 556; 583.

BGH GRUR 2011, 1151 – Original Kanchipur: Fn. 806.

BGH GRUR 2012, 81 – Innerhalb 24 Stunden: Fn. 564.

BGH GRUR 2012, 184 – Branchenbuch Berg: Fn. 527; 1062.

BGH GRUR 2012, 208 – 10% Geburtstags-Rabatt: Fn. 270.

BGH GRUR 2012, 215 – Zertifizierter Testamentsvollstrecker: Fn. 1005.

BGH GRUR 2012, 286 – Falsche Suchrubrik: Fn. 765; 973.

BGH GRUR 2012, 304 – Basler Haar-Kosmetik: Fn. 1413.

BGH GRUR 2012, 311 – Blog-Eintrag: Fn. 1180; 1187; 1281; 1313; 1314; 1414; 1415.

BGH GRUR 2012, 621 – Oscar: Fn. 1714.

BGH GRUR 2012, 643 – Überschrift zur Widerrufsbelehrung: Fn. 655; 816.

BGH GRUR 2012, 751 – RSS-Feeds: Fn. 1187; 1291; 1292.

BGH GRUR 2012, 842 – Neue Personenkraftwagen: Fn. 742.

BGH GRUR 2012, 850 – www.rainbow.at II: Fn. 1608.

BGH GRUR 2012, 943 – Call-by-Call: Fn. 535; 755; 801.

BGH GRUR 2012, 949 – Missbräuchliche Vertragsstrafe: Fn. 717.

BGH GRUR 2012, 1053 – Marktführer Sport: Fn. 353; 1029.

BGH GRUR 2012, 1273 – Stadtwerke Wolfsburg: Fn. 270.

BGH GRUR 2012, 1279 – Das „grosse“ Rätselheft: Fn. 1005.

BGH GRUR 2013, 301 – Solarinitiative: Fn. 1428.

BGH GRUR 2013, 370 – Alone in the Dark: Fn. 1175; 1179; 1185; 1188; 1189; 1281; 1313; 1415; 1429.

BGH GRUR 2013, 401 – Biomineralwasser: Fn. 1005.

BGH GRUR 2013, 417 – Medikamentenkauf im Versandhandel: Fn. 1659; 1670; 1717.

BGH GRUR 2013, 739 – Barilla: Fn. 561.

BGH GRUR 2013, 751 – „Autocomplete“-Funktion: Fn. 1180; 1187; 1415.

BGH GRUR 2013, 818 – Die Realität: Fn. 1281.

BGH GRUR 2013, 945 – Standardisierte Mandatsbearbeitung: Fn. 892; 897.

BGH GRUR 2013, 1030 – File-Hosting-Dienst: Fn. 1175; 1179; 1185; 1187; 1313; 1415; 1429.

BGH GRUR 2013, 1169 – Brandneu von der IFA: Fn. 707; 741.

BGH GRUR 2013, 1229 – Kinderhochstühle im Internet II: Fn. 30; 1175; 1179; 1180; 1185; 1188; 1281; 1415; 1429.

BGH GRUR 2013, 1254 – Matratzen Factory Outlet: Fn. 521; 596; 998.

BGH GRUR 2014, 94 – Pflichtangaben im Internet: Fn. 594; 598; 602; 661; 662; 668; 675.

BGH GRUR 2014, 181 – Terminhinweis mit Kartenausschnitt: Fn. 1478.

BGH GRUR 2014, 298 – Runes of Magic: Fn. 577; 594; 598; 602; 668; 669; 675.

BGH GRUR 2014, 584 – Typenbezeichnung: Fn. 761; 762.

BGH GRUR 2014, 601 – englischsprachige Pressemitteilung: Fn. 32; 1592; 1653.

BGH GRUR 2014, 657 – BearShare: Fn. 1414; 1429.

BGH GRUR 2014, 706 – Rezeptsammlung: Fn. 1439.

BGH GRUR 2014, 879 – Good News II: Fn. 353.

BGH GRUR 2014, 883 – Geschäftsführerhaftung: Fn. 1244; 1413; 1414; 1415; 1428.

BGH GRUR 2014, 886 – Routenplaner: Fn. 121; 246; 310; 313; 371; 576; 579; 584; 1079; 1103; 1133.

BGH GRUR 2014, 1013 – Original Bach-Blüten: Fn. 526.

BGH GRUR 2014, 1114 – Nickelfrei: Fn. 283.

BGH GRUR-RR 2012, 475 – Werbung für nicht lieferbare Ware im Internet: Fn. 729.

BGH JR 1958, 106 – Prozessbetrug: Fn. 828; 838.

BGH MDR/D 1971, 546: Fn. 226.

BGH MMR 2013, 586 – Werbung mit Herstellergarantie bei eBay: Fn. 710.

BGH MMR 2015, 103 – Wirksamkeit eines via eBay geschlossenen Gebraucht-wagenkaufvertrages bei grobem Missverhältnis zwischen Leistung und Ge-genleistung: Fn. 1083.

BGH MMR 2015, 167 – Vorzeitiger Abbruch einer noch länger als 12 Stunden laufen-den eBay-Auktion: Fn. 15; 16.

BGH NJW 1966, 1763 – Garantenstellung einer Gastwirtschaft: Fn. 1393.

BGH NJW 1977, 1875 – Haftung der Bundesrepublik für Folgen des Fluglot-senstreiks: Fn. 1312.

BGH NJW 1979, 1449 – keine Anrechnung von Steuervorteilen auf Schadenser-satzanspruch: Fn. 1284.

BGH NJW 1992, 2014 – Zwangsvollstreckung in Sicherungseigentum eines wei-teren Gläubigers: Fn. 1312.

BGH NJW 1992, 2167 – Missbrauch einer „Kreditkarte“ im Zwei-Partner-System: Fn. 164.

BGH NJW 1995, 539 – Betrügerische Mitgliederwerbung für gemeinnützige Organisation: Fn. 164.

BGH NJW 1995, 2933 – Glykol-Skandal: Fn. 1227.

BGH NJW 1997, 1148 – „Stern TV“: Fn. 1287.

BGH NJW 1999, 2129 – Gefährdungsgeeignetheit einer Handlung im Außenwirtschaftsstrafrecht: Fn. 1543.

BGH NJW 2000, 3013 – Zur Garantenpflicht bei Verkauf eines Grundstücks als Bauland: Fn. 1126.

BGH NJW 2002, 363 – ricardo.de: Fn. 14; 1082; 1086.

BGH NJW 2002, 3415 – Kaffeefahrt: Fn. 35; 936; 1075.

BGH NJW 2003, 3764 – Haftung des Internetproviders für Inhalt von Internet-seiten: Fn. 1158.

BGH NJW 2005, 53 – Vertragsabschluss bei eBay: Fn. 15; 209; 210; 843.

BGH NJW 2007, 1683 – Grenzen der Verkehrssicherungspflicht: Fn. 1457.

BGH NJW 2009, 66 – Belastung mit Hinsendekosten nach Verbraucherwiderruf im Fernabsatz: Fn. 863.

BGH NJW 2010, 989 – Kontrolle von „Rückgabe-AGB“ in Kaufverträgen via eBay: Fn. 858.

BGH NJW 2010, 2651 – Hinsendekosten beim Widerruf eines Fernabsatzvertrages: Fn. 865.

BGH NJW 2011, 1061 – Anforderungen an die formelle Gestaltung einer Widerrufsbelehrung: Fn. 653; 654; 858.

BGH NJW 2011, 2421 – Handeln unter fremden Namen bei Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos: Fn. 15; 18; 1086; 1091.

BGH NJW 2011, 2643 – Vorzeitige Beendigung einer Internetauktion: Fn. 15; 17; 21; 157; 1091.

BGH NJW 2012, 2723 – Handy aus Weißgold: Fn. 15; 21; 89; 148; 157; 1083; 1091.

BGH NJW 2012, 3177 – Beihilfe des Prokuristen einer GmbH zu einer von deren Geschäftsführer verübten unerlaubten Anlagevermittlung: Fn. 1312.

BGH NJW 2012, 3298 – Wirksamkeit der Widerrufsbelehrung nach dem Muster der BGB-InfoV: Fn. 653.

BGH NJW 2012, 3439 – Keine Garantenpflicht von Vorstandsmitgliedern oder Geschäftsführern gegenüber Dritten zur Verhinderung von Vermögensschäden: Fn. 1244.

BGH NJW 2014, 2022 – Kein Schutz des AGB-Verwenders bei individueller Anpassung der Widerrufsbelehrung: Fn. 653; 654.

BGH NJW 2014, 2054 – Betrugsstrafbarkeit von „Ping-Anrufen“: Fn. 1131.

BGH NJW 2014, 2104 – Verkehrssicherungspflicht bei eingeschränkter Gehwegnutzung wegen Baustelle: Fn. 1457.

BGH NJW-RR 2012, 183 – Formularmäßige Verwendung einer textlich von der Musterbelehrung abweichenden Widerrufsbelehrung: Fn. 653.

BGH NStZ 2003, 313 – Irrtum des Opfers beim Betrug: Fn. 310.

BGH NStZ 2007, 213 – Abrechnungsbetrug durch Kassenärzte: Fn. 1132.

BGH NStZ 2012, 629 – Plagiatsfolgen: Fn. 66; 67; 103; 107; 109; 124; 125; 127; 129; 135; 152.

BGH NStZ 2013, 422 – Umfang der Beweisaufnahme bei Serienbetrug: Fn. 1131.

BGH NStZ 2014, 215 – Nachweis einer täuschungsbedingten Fehlvorstellung beim Betrug: Fn. 1131.

BGH NStZ 2014, 318 – Eingehungsbetrug bei Erwerb von Inhaberschuldverschreibungen: Fn. 103; 111.

BGH NStZ 2014, 459 – Serienbetrug im Lastschriftverfahren: Fn. 1131.

BGH NStZ 2015, 81 – Öffentliches Verwenden von Kennzeichen durch Upload bei „YouTube“ und „Facebook“: Fn. 1526; 1544; 1556.

BGH NStZ-RR 2001, 41 – Subjektiver Schadenseinschlag: Fn. 121.

BGH NStZ-RR 2004, 110 – Scheinrechnungen: Fn. 951.

BGH NZG 2012, 427 – Keine Vermittlungsprovision nach wirksam widerrufen-ner Vermittlungsgebührenvereinbarung: Fn. 653; 858.

BGH wistra 1986, 169 – Individualisierung des Schadensbegriffs beim Betrug: Fn. 121.

BGH wistra 2003, 230 – gutgläubiger Erwerb: Fn. 138.

BGH wistra 2008, 149 – Eingehungsbetrug durch Vermittlung von Börsenspekulationsgeschäften durch unerfahrene Kapitalanleger: Fn. 77; 121; 1008.

BGH wistra 2011, 387 – Prozessrisiko beim gutgläubigen Erwerb: Fn. 138; 171.

RGSt

RGSt 16, 1 – Vermögensbeschädigung beim Betrug: Fn. 75; 111.

RGSt 35, 235: Fn. 1138.

RGSt 36, 430 – Prima Qualität: Fn. 774.

RGSt 38, 369: Fn. 1138.

RGSt 39, 169: Fn. 1138.

RGSt 47, 280: Fn. 1138. RGSt 47, 417: Fn. 1138.

RGSt 48, 40: Fn. 1138.

RGSt 58, 130 – Fahrradexport: Fn. 1244.

RGSt 58, 279 – Die Bedeutung des Begriffs des mittelbaren Täters für die Mittäterschaft: Fn. 1224.

RGSt 63, 120: Fn. 1138.

OGH

OGH GRUR-Int. 2013, 1163 – VfG Versandapotheke für Österreich: Fn. 1650.

BayObLGSt

BayObLGSt 1986, 62 – Vermögensschaden bei Abzahlungsgeschäften: Fn. 228.

BayObLG

BayObLG GRUR 1972, 659 – Weingut: Fn. 1142.

BayObLG NJW 1987, 2452 – Betrug beim Pkw-Verkauf: Fn. 116.

BayObLG NJW 1994, 1078 – Pflichtangaben im Gebrauchtwagenhandel: Fn. 1122.

BayObLG NSTZ 1989, 235 – Fotomodell: Fn. 1142.

VGH

VGH Baden-Württemberg, MMR 2014, 496 – Countdown-Auktion im Internet: Fn. 3.

KG/OLG

KG GRUR 2015, 101 – Haftungsprivileg des Diensteanbieters auch im Strafrecht: Fn. 1150; 1302; 1421; 1623.

KG GRUR-Int. 2002, 448 – Knoblauch-Kapseln: Fn. 1703; 1704. KG JR 1968 433 – Kredit für Jedermann: Fn. 974.

KG K&R 2007, 406 – Anbieterkennzeichnung über zwei Links: Fn. 663.

KG MMR 2005, 466 – Rügefrist für Mängel in Online-AGB: Fn. 817.

KG MMR 2007, 185 – Dauer des Widerrufsrechts bei eBay-Auktion: Fn. 656.

KG MMR 2014, 46 – Umfang der Prüfpflicht bei Hotel-Bewertungsportal: Fn. 1475; 1748.

KG NJW 1999, 3500 – Zeigen des „Hitlergrußes“ bei Fußballspiel im Ausland: Fn. 1536.

KG NJW 2001, 3272 – „Internet-Auktion“ für Grundstücke: Fn. 23.

KG WRP 2012, 102 – Zusatzkosten für Kreditkartenzahlungen: Fn. 1703; 1717.

KG WRP 2013, 1058 – Online-Kontaktformular: Fn. 538.

OLG Brandenburg JurionRS 2006, 20297 – Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes aufgrund eines Verstoßes gegen die Informationspflicht im Rahmen einer Präsentation bei eBay: Fn. 678.

OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 481 – AGB-Klausel zu den Kosten einer Rücksendung: Fn. 859.

OLG Celle WRP 1984, 148 – Werbeverkaufsfahrt: Fn. 1068.

OLG Celle, Urteil vom 30.7.2009 - 13 U 77/09: Fn. 638.

OLG Dresden, Urteil vom 03.06.2011 - 8 U 122/11 – Klausel mit unrichtiger Information über das Widerrufsrecht: Fn. 855.

OLG Düsseldorf GRUR 2006, 782 – Internetangaben eines Spielvermittlers: Fn. 818.

OLG Düsseldorf NJW 1991, 1841 – Vermögensschaden beim Kauf eines unfallbeschädigten Gebrauchtwagens: Fn. 116.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.9.2008 - I-20 U 144/07 – Master of Science Kieferorthopädie: Fn. 551.

OLG Frankfurt a.M. GRUR 2004, 1043 – eBay Handel/Cartier-Stil: Fn. 470.

OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2007, 56 – sprechender Link: Fn. 673; 881.

OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2012, 392 – Screen Scraping: Fn. 1714.

OLG Frankfurt a.M. K&R 2011, 414 – irreführende Werbung trotz Aufklärungszusatz mittels „Mouseover-Effekt“: Fn. 669.

OLG Frankfurt a.M. MMR 2001, 529 – Pflichtangaben beim Fernabsatz: Fn. 684.

OLG Frankfurt a.M. MMR 2007, 378 – Unternehmereigenschaft eines „PowerSellers“ bei eBay: Fn. 476.

OLG Frankfurt a.M. MMR 2007, 603 – Widerrufsbelehrung in einer Scrollbox: Fn. 676.

OLG Frankfurt a.M. MMR 2009, 194 – Internetportal für kostenlose anonyme Kleinanzeigen: Fn. 1468; 1469.

OLG Frankfurt a.M. MMR 2011, 800 – AGB-Klausel über Lieferfrist und Versandkosten ins Ausland: Fn. 718.

OLG Frankfurt a.M. NJW 1971, 811 – Werbung für Kaffeefahrten mit Verkaufswerbeveranstaltungen: Fn. 1068.

OLG Frankfurt a.M. NJW 2001, 1434 – Irreführende Bezeichnung von Verkaufsveranstaltungen im Internet: Fn. 23.

OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 – Betrug durch „Abo-Falle“ im Internet: Fn. 310; 433; 570; 571; 575; 576; 578; 579; 581; 585; 963.

OLG Hamburg GRUR 2000, 530 – CSE-Hemmer: Fn. 622.

OLG Hamburg GRUR-Int. 1999, 780 – Oldies: Fn. 536.

OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 302 – Mindesthaltbarkeit: Fn. 557.

OLG Hamburg MMR 2001, 748 – Auktionspreise „ab DM 1,-“: Fn. 639.

OLG Hamburg MMR 2003, 105 – Impressums- und Kennzeichnungspflichten: Fn. 667; 674.

OLG Hamburg MMR 2007, 530 – Vertragsabschluss und Widerrufsrecht bei eBay-Shops: Fn. 860.

OLG Hamburg MMR 2008, 44 – Wettbewerbswidrige Belehrung gemäß BGB-InfoV: Fn. 727.

OLG Hamburg MMR 2010, 320 – 40-Euro-Klausel muss doppelt verwendet werden: Fn. 690.

OLG Hamburg MMR 2013, 173 – Grundpreis bei eBay-Plattform: Fn. 693.

OLG Hamburg NJOZ 2001, 611 – Preis-Leistungs-Sieger: Fn. 624.

OLG Hamburg WRP 2007, 557 – Werbung mit Testhinweisen Dritter: Fn. 625.

OLG Hamburg WRP 2008, 1569 – Haftung des Betreibers einer Internetplattform: Fn. 1181; 1182; 1451; siehe auch 1451.

OLG Hamm BeckRS 2012, 25508 – Doppelte Vertragsstrafe/eBay: Fn. 722; 725; 726.

OLG Hamm GRUR-RR 2011, 218 – Verstoß gegen eBay-Grundsätze: Fn. 611; 724.

OLG Hamm GRUR-RR 2012, 282 – Anforderungen an Garantierklärung auf Auktionsplattform: Fn. 713.

OLG Hamm MMR 2005, 540 – Widerrufsbelehrung in eBay-Angebot unter „mich“: Fn. 672.

OLG Hamm MMR 2009, 555 – „Lieferzeit auf Nachfrage“ in Onlineshop-Werbung: Fn. 729.

OLG Hamm MMR 2010, 330 – Überwälzung durch Rücksendekosten für den Fall des Widerrufs: Fn. 690.

OLG Hamm MMR 2010, 697 – Lieferfristklausel in AGB eines Onlinehändlers: Fn. 729.

OLG Hamm MMR 2013, 241 – Lieferfrist „in der Regel 3-4 Arbeitstage nach Zahlungseingang“: Fn. 719.

OLG Hamm MMR 2014, 175 – Impressumspflicht nach § 5 TMG für Anbieter aus Nicht-EU-Staaten: Fn. 1685.

OLG Hamm, 15.2.2007 - 4 U 165/06 – Werbung mit Testergebnissen der Stiftung Warentest: Fn. 626.

OLG Hamm, Urteil vom 15.12.2011 - I-4 U 116/11 – Verkaufsangebot auf eBay mit der Angabe „Garantie“: Fn. 711.

OLG Jena GRUR-RR 2006, 283 – Pflichtangaben und Widerrufsbelehrung in Internetplattform: Fn. 672; 848.

OLG Jena GRUR-RR 2008, 83 – Kundenreklamation: Fn. 877; 878. OLG Karlsruhe GRUR-RR 2001, 217 – HochrheinStrom: Fn. 537.

OLG Karlsruhe JZ 2004, 101 – Betrug durch rechtliche Beratung: Fn. 828.

OLG Karlsruhe MMR 2002, 618 – Geschäftsbesorgung durch Weiterleitung von Lottotipps: Fn. 684.

OLG Karlsruhe MMR 2008, 46 – Hinsendekosten bei Fernabsatzverträgen: Fn. 865.

OLG Karlsruhe NJW 1982, 59 – Vertrauenserschleichung als Vorbereitungshandlung zum Betrug: Fn. 453.

OLG Koblenz MMR 2010, 330 – Vereinbarung über Tragung von Rücksendekosten bei Widerruf: Fn. 690.

OLG Koblenz NJW 2001, 1364 – Kein Prozessbetrug durch wahrheitswidrige Behauptung eines Rechtsanwalts: Fn. 837; 838.

OLG Köln BeckRS 2014, 16140: Fn. 1287.

OLG Köln GRUR 2015, 75 – 50 De-Mails inklusive: Fn. 806.

OLG Köln MDR 1975, 244: Fn. 224; 225; 227.

OLG Köln MMR 2007, 713 – Widerrufsfrist bei eBay und Wirksamkeit der Muster-Widerrufsbelehrung: Fn. 656.

OLG Köln NJOZ 2003, 3311 – Kinderfahrradhelm: Fn. 623.

OLG Köln NJW 1968, 954 – Unterhalt: Fn. 1554.

OLG München GRUR-RR 2013, 388 – Kleine-Partysonne: Fn. 1714.

OLG München MMR 2012, 370 – Widerrufsrecht in AGB des Verkäufers: Fn. 690; 861.

OLG München WRP 2014, 591 – Irreführung durch Angabe „Geschäftsführer“ im Impressum eines Einzelunternehmens: Fn. 706; 709.

OLG Oldenburg MMR 2003, 270 – Händlerangebote bei Internetauktion: Fn. 705.

OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868: Fn. 799.

OLG Schleswig GRUR-RR 2007, 400 – irreführende Internetwerbung für Hotelzimmer: Fn. 590.

OLG Stuttgart MMR 2008, 616 – Verbraucherbelehrung auf „Mich“-Seite von eBay: Fn. 656.

OLG Stuttgart MMR 2010, 284 – Abmahnkostenerstattung bei teilberechtigter Abmahnung: Fn. 690.

OLG Stuttgart NJW 1979, 2573 – Betrug durch Geltendmachung von Ehemaklerlohn: Fn. 829.

OLG Zweibrücken, WRP 2007, 1005 – Internetauftritt eines professionellen Händlers bei eBay: Fn. 478.

OLG Zweibrücken WRP 2008, 1476 – baugleiches Produkt: Fn. 622.

LG/AG

LG Arnsberg WRP 2004, 792 – Bekleidung im Fernabsatz: Fn. 856.

LG Aurich WRP 2009, 1579 – Drei-Sterne-Hotel: Fn. 764.

LG Berlin MMR 2007, 401 – Kleingewerbliche Tätigkeit bei eBay: Fn. 480.

LG Berlin, Beschluss vom 9.10.2007 - 15 S 5/07: Fn. 673.

LG Berlin, Urteil vom 20.8.2007 - 52 O 110/07: Fn. 638.

LG Dortmund BeckRS 2006, 08514: Fn. 844.

LG Dortmund BeckRS 2011, 09872: Fn. 850.

LG Dresden GRUR-RR 2007, 25 – EU-GmbH: Fn. 590.

LG Düsseldorf MMR 2006, 833 – Unwirksame Klauseln in den AGB eines Onlineshops: Fn. 852.

LG Düsseldorf, Urteil vom 25.8.2004 - 34 O 97/04 – Software-CD: Fn. 558.

LG Frankfurt a.M. BeckRS 2009, 19470: Fn. 677.

LG Hamburg BeckRS 2009, 23910: Fn. 721.

LG Hamburg K&R 2012, 66 – Wettbewerbsverstoß durch unzureichende Grundpreisangaben bei eBay: Fn. 683.

LG Hamburg MMR 2012, 96 – Rechtswahl in AGB: Fn. 854.

LG Hamburg MMR 2014, 612 – Versandkosten-Anzeigen bei Google Shopping: Fn. 669.

LG Karlsruhe, Urteil vom 16.12.2011 - 14 O 27/11 – Wettbewerbsverstoß eines niederländischen Versandhändlers über die Internetverkaufsplattform eBay: Fn. 851; 853; 859; 867; 1638; 1640; 1642; 1643.

LG Köln CR 2001, 417 – Gefälschte Rolex-Uhren bei der Online-Auktion: Fn. 1283; 1284.

LG Konstanz WRP 2006, 1156 – Widerrufsrecht im Fernabsatz: Fn. 849.

LG Leipzig, Urteil vom 23.12.2010 – 8 O 2315/10 – Irreführung des Verbrauchers durch Verweisung an den Hersteller bei Gewährleistungsansprüchen: Fn. 855.

LG Lübeck MMR 2008, 554 – Informationspflichten eines eBay-Shops: Fn. 679.

LG Mainz MMR 2006, 51 – Powerseller: Fn. 477.

LG Mannheim MMR 2009, 568 – Abofalle und AGB von Download-Angeboten: Fn. 846.

LG München NJW 2000, 1051 – Strafflosigkeit der reinen Zugangsvermittlung „harder“ Pornografie im Internet: Fn. 1162.

LG Osnabrück CR 2003, 293 – Händlereigenschaft des Verkäufers bei eBay: Fn. 704.

LG Siegen MMR 2013, 722 – Keine Impressumspflicht für ägyptischen Reiseveranstalter auf deutschsprachiger Webseite: Fn. 1684.

LG Waldshut-Tiengen WRP 2003, 1148 – Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen: Fn. 857.

LG Wiesbaden MMR 2000, 376 – Extralot: Fn. 569.

AG Pforzheim K&R 2007, 487 – Schnäppchenjäger als Hehler: Fn. 150.