



Prof. Dr. Viola Schmid / Stefan Ilie

## CyLaw-Report XXXIII: Strafbarkeit von „Abo-Fallen“- Betreibern am Beispiel der „kostenpflichtigen“ Vermittlung des Zugriffs auf eigentlich kostenlose Software (Freeware)?

[Beschluss des Landgerichts Frankfurt vom 05.03.2009 - Az.: 5/27 Kls 3330 Js 212484/07 KLS - 12/08 -<sup>1</sup>; Urteil des Amtsgerichts Wiesbaden vom 04.08.2008 – Az.: 93 C 619/08<sup>2</sup> und Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.07.2003, Az.: I ZR 259/00 \(2/2010\)<sup>3</sup>](#)

Die CyLaw-Reports I-XIX wurden im Rahmen eines vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Projekts ([SICARI](#) (2003 – 2007)) erstellt. Mit CyLaw-Report XX folgende wird dieses Online-Legal-Casebook vom Fachgebiet Öffentliches Recht an der Technischen Universität Darmstadt (Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)) fortgeführt. Die CyLaw-Reports sind keine „Living Documents“, die ständig aktualisiert werden. Zitierungen können deswegen veraltet sein. Die Rechtfertigung für diese klassische Perspektive ist, dass den in den CyLaw-Reports präsentierten Entscheidungen der Gerichte nur die jeweils geltende Rechtslage zu Grunde gelegt werden konnte. Der Aufgabe der Aktualisierung stellt sich der Lehrstuhl in der integrierten Veranstaltung „[Recht der Informationsgesellschaft](#)“. Hier wird das Methodenwissen von Studierenden der Technikwissenschaft so gefördert, dass sie in Übungen an der notwendigen Aktualisierung selbst mitwirken können.

Die Besonderheit dieses CyLaw-Reports ist, dass er in Ko-Autorschaft mit der wissenschaftlichen Hilfskraft des Fachgebiets Öffentliches Recht an der Technischen Universität Darmstadt, Herrn Rechtsreferendar Stefan Ilie, erstellt wurde. Herr Ilie ist Autor der Teile 2 B-G, Teil 3 und Teile 4-5. Hervorzuheben ist, dass das Hauptinteresse des Fachgebiets bei diesem CyLaw-Report nicht der wissenschaftlichen **Klärung** der aufgeworfenen Rechtsfragen insbesondere im Urheber-, Marken-, Kennzeichen- und Zivilrecht gilt, sondern vielmehr eine grundlagenforschungsorientierte **Darstellung der aufgeworfenen Fragen** angestrebt wird.

<sup>1</sup> Nicht rechtskräftig, da die Staatsanwaltschaft Beschwerde gegen den Nichteröffnungsbeschluss eingelegt hat (siehe allein: <http://www.kanzlei-hoenig.info/abofallen-sind-kein-betrug> oder <http://www.kanzlei-richter.com/internet-abofallen/lg-frankfurt-anklage-gegen-abofallenbetreiber-nicht-zugelassen.html> [24.03.2010]); der Nichteröffnungsbeschluss ist ebenso zu finden unter: LG Frankfurt MMR 2009, 421 ff.

<sup>2</sup> Ebenfalls nicht rechtskräftig.

<sup>3</sup> <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=68740985b652f0b28706480af31de377&nr=27035&pos=0&anz=1> (23.02.2010).

Dieser CyLaw-Report beschäftigt sich mit der (umstrittenen) Strafbarkeit von Internetseitenbetreibern, die „kostenpflichtig“ den Zugriff auf Freeware (kostenlos downloadbare Software) vermitteln. Typisch ist, dass die Anbieter dieser Vermittlungsdienste ein Entgelt unter der Begründung eines „Abonnements“ verlangen. Weil die Software auf den Seiten der Hersteller kostenlos downloadbar, mit der Verlinkung der Internetseitenbetreiber aber „kostenpflichtig“ wird, hat sich der Begriff „Abofallenbetreiber“ eingebürgert. Das „Pech“ des in die Abofalle Tappenden ist also, dass er die Herstellerseite nicht als Erstes gefunden und aufgesucht hat. Typisch ist, dass – wer auf die Seiten der „Abofallenbetreiber“ gelangt – sich vor dem Download der Software registrieren muss. Die Verbraucher, die sich registriert haben und dann mittels Verlinkung den eigentlich beim Hersteller/Anbieter kostenlosen Download in Anspruch nehmen, werden mit Rechnungen und (rechtsanwaltlichen) Mahnungen überzogen. Darauf hinzuweisen ist, dass die Seite der „Abofallenbetreiber“ bisweilen nur versteckt einen Hinweis enthält, dass es sich um eine „kostenpflichtige“ Vermittlung (Abonnement) einer Downloadoption handelt. Nach Ansicht des „Abofallenbetreibers“ besteht seine Leistung in der Vermittlung des Kontakts zur Seite des Herstellers – und unterstützt wird diese Auffassung durch Google-Adword-Links<sup>4</sup>: Gerade über Google Adwords werden Verbraucher auf solche „Abofallenhomepages“ geleitet. Nach Ansicht von Herstellern/Anbietern von kostenloser Software handelt es sich bei der „Vermittlungsleistung“ der „Abofallenbetreiber“ um wettbewerbswidrige Ausnutzung ihrer Marktchancen sowie strafbare (wirtschaftliche) „Verwertung“ ihrer Software

„Abofallen“ beschäftigen nicht nur die Staatsanwaltschaften und Gerichte, sondern auch die Medien.<sup>5</sup> Die aktuelle Brisanz dieses Themas zeigt die große Zahl der Strafanzeigen gegen die Betreiber und der Beschwerden bei den Verbraucherzentralen. Allein eine Sucheingabe bei Google mit dem Begriff „Abo-Falle“ führt zu 654.000 Ergebnissen.<sup>6</sup> Auch besteht das Bestreben der Staatsanwaltschaften die Frage obergerichtlich klären zu lassen.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Der Suchmaschinenbetreiber Google bietet die Möglichkeit, gegen Entgelt so genannte AdWord-Werbung zu betreiben. Der Werbekunde vergibt Schlüsselworte. Verwendet ein Suchmaschinen-Nutzer einen dieser Begriffe, wird die Werbung in einem mit der Überschrift „Werbung“ gekennzeichneten Bereich rechts neben der allgemeinen Trefferliste eingeblendet.

<sup>5</sup> Zu beiden Begriffen siehe allein: <http://www.ard.de/ratgeber/multimedia/computer-internet/abofallen-internet/-/id=274506/nid=274506/did=751822/1hbjgth/index.html> (09.12.09).

<sup>6</sup> <http://www.google.de/search?hl=de&source=hp&q=Abofalle&meta=&aq=f&oq=> (09.12.2009).

<sup>7</sup> Hierzu wurde eine Nichtzulassungsbeschwerde (§ 210 Abs. 2 StPO i.V.m. § 311 ff. StPO) gegen den o.g. Nichteröffnungsbeschluss des LG Frankfurt eingelegt, welcher durch das OLG Frankfurt (§ 1 StPO i.V.m. § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG) zu entscheiden sein wird (Quelle: <http://www.kanzlei-hoenig.info/abofallen-sind-kein-betrug>, <http://www.kanzlei-richter.com/internet-abofallen/lg-frankfurt-anklage-gegen-abofallenbetreiber-nicht-zugelassen.html> [25.02.2010]). Die Staatsanwaltschaft hat bei ungeklärten Rechtsfragen wie hier die Pflicht, die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens gerichtlich klären zu lassen. Ein solcher Verfolgungs- und Anklagezwang folgt aus dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO). Vgl. hierzu allein Meyer-Goßner § 152 Rn. 2.

Dieses „Geschäftsmodell“ – die (versteckt) „kostenpflichtige“ Vermittlung des Zugangs zu Freeware – ist ein Massengeschäft, weil eben doch einige abgemahnte Verbraucher für den „Vermittlungsdienst“ zu einer auf einer anderen Homepage kostenlos angebotenen Software zahlen. Intimidationsstrategien wie Anwaltsschreiben und Drohungen mit einem Schufa-Eintrag motivieren zur Zahlung. Wobei es auszureichen scheint, dass „nur“ eine geringe Zahl der betroffenen „Abonnenten“ die Jahresgebühr für die Nutzung der Internetseiten zahlt. Die Abofallenbetreiber machen sich die Vorteile des Internets zunutze, indem sie mit vergleichsweise geringen Kosten für die Erstellung und den Betrieb der Internetseiten eine sehr große Zahl von Nutzer erreichen. Ferner bieten sie Software an, die von den meisten PC-Nutzern nachgefragt wird und z.T. zum Öffnen bestimmter Dateien – etwa Adobe Reader für pdf.-Dateien – benötigt wird. Hinzu kommt, dass diese Software zumeist tatsächlich als Freeware auf den Herstellerseiten angeboten wird, so dass viele Nutzer davon ausgehen, dass sie stets kostenfrei angeboten wird. Hervorzuheben ist, dass die Software, die zum Download angeboten wird, nicht auf den Seiten des „Abofallenbetreibers“ gehostet wird, sondern der Download durch Verlinkung mit der Homepage des Softwareanbieters (und/oder Herstellers) erfolgt. Die Hersteller der Freeware selbst sind zum Teil sogar dazu übergegangen, auf ihren eigenen Homepages Warnhinweise vor „Abofallen“ aufzustellen.<sup>8</sup> Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob die Verbraucher in ihrem zivilrechtlichen Kampf gegen (anwaltliche) Mahnungen und Mahnbescheide allein gelassen werden sollen, oder sich die Strafverfolgungsbehörden um den Schutz „leichtfertiger Klicker und Downloader“ im Cyberspace kümmern sollen. Aus strafrechtlicher Sicht stellt sich die Frage nach der Reichweite des Betrugstatbestands (§ 263 StGB).

#### § 263 Abs. 1 StGB Betrug

(1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

#### FEX: Strafprozessuale Grundlagen

Die Staatsanwaltschaft hat von Amts wegen die Verpflichtung ein Ermittlungsverfahren zu eröffnen, wenn sie Kenntnis von einer Straftat erlangt hat. Sofern der Verdacht eine Verurteilung des Beschuldigten überwiegend wahrscheinlich macht (sog. hinreichender Tatverdacht), muss sie auch Anklage erheben (Legalitätsprinzip, §§ 152 Abs. 2, 203 StPO).

#### § 152 StPO

(1) Zur Erhebung der öffentlichen Klage ist die Staatsanwaltschaft berufen.

(2) Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, **verpflichtet**, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern **zureichende tatsächliche Anhaltspunkte** vorliegen

<sup>8</sup> Siehe allein: <http://de.openoffice.org/abgezockt/> (25.02.2010).

### § 203 StPO

Das Gericht beschließt die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint.

Auf die Anklage der Staatsanwaltschaft hin, entscheidet das Gericht, ob es die Hauptverhandlung eröffnet. Das Gericht beschließt die Eröffnung des Hauptverfahrens nur dann, wenn nach dem Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint, d. h. eine spätere Verurteilung wahrscheinlich zu erwarten ist (§ 203 StPO). **Dies hat das LG Frankfurt vorliegend verneint und die Hauptverhandlung nicht eröffnet** (Nichteröffnungsbeschluss). Diese Entscheidung kann von der dadurch beschwerten Staatsanwaltschaft im Wege der Nichteröffnungsbeschwerde angegriffen werden (§ 210 Abs. 2 i.V.m. § 311 StPO).

### § 210 Abs. 2 StPO

(2) Gegen den Beschluß, durch den die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder abweichend von dem Antrag der Staatsanwaltschaft die Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung ausgesprochen worden ist, steht der Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde zu.

### § 311 StPO

(1) Für die Fälle der sofortigen Beschwerde gelten die nachfolgenden besonderen Vorschriften.

(2) Die Beschwerde ist binnen einer Woche einzulegen; die Frist beginnt mit der Bekanntmachung (§ 35) der Entscheidung.

(3) Das Gericht ist zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angefochtenen Entscheidung nicht befugt. Es hilft jedoch der Beschwerde ab, wenn es zum Nachteil des Beschwerdeführers Tatsachen oder Beweisergebnisse verwertet hat, zu denen dieser noch nicht gehört worden ist, und es auf Grund des nachträglichen Vorbringens die Beschwerde für begründet erachtet.

Diese Nichteröffnungsbeschwerde hat ebenso wie grundsätzlich alle Beschwerden einen sog. Suspensiveffekt, d.h. die Entscheidung ist nicht rechtskräftig und einen Devolutiveffekt. Das bedeutet die Zuständigkeit eines höherrangigen Gerichts wird für die Entscheidung über die Beschwerde eröffnet (hier: § 1 StPO i.V.m. § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG).

### § 1 StPO

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

### § 121 Abs. 1 Nr. 2 GVG

(1) Die Oberlandesgerichte sind in Strafsachen ferner zuständig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:

2. der Beschwerde gegen strafrichterliche Entscheidungen, soweit nicht die Zuständigkeit der Strafkammern oder des Bundesgerichtshofes begründet ist;

Hier ist das OLG Frankfurt als Beschwerdegericht in Zukunft daher berufen, über die Nichteröffnungsbeschwerde zu entscheiden.<sup>9</sup> Sollte es in der Sache keine hinreichende Verurteilungswahrscheinlichkeit erblicken, weist es die Beschwerde zurück. Ansonsten gibt es der Beschwerde statt und eröffnet das Hauptverfahren vor dem LG Frankfurt (§ 210 Abs. 3 StPO).

<sup>9</sup> Meyer-Goßner § 121 GVG Rn. 3.

### § 210 Abs. 3 StPO

(3) Gibt das Beschwerdegericht der Beschwerde statt, so kann es zugleich bestimmen, daß die Hauptverhandlung vor einer anderen Kammer des Gerichts, das den Beschluß nach Absatz 2 erlassen hat, oder vor einem zu demselben Land gehörenden benachbarten Gericht gleicher Ordnung stattzufinden hat. In Verfahren, in denen ein Oberlandesgericht im ersten Rechtszug entschieden hat, kann der Bundesgerichtshof bestimmen, daß die Hauptverhandlung vor einem anderen Senat dieses Gerichts stattzufinden hat.

Das OLG Frankfurt wird zu prüfen haben, inwieweit es der sofortigen Beschwerde (vom 11. und 16.3.2009) der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main gegen den Nichteröffnungsbeschluss des Landgerichts Frankfurt (vom 5.3.2009) stattgibt. Inzwischen hat das Amtsgericht Marburg (Urt. v. 8.2.2010 Az. 91 C 981/09 (81) – das völlig anderer Ansicht als das LG Frankfurt ist - entschieden, dass nicht nur der Betrug durch den „Abofallenbetreiber“ zu bejahen ist,

"Die kurze Produktbeschreibung kostenloser Software und eine redaktionelle Bewertung, die weit überwiegend positiv ist, kann nicht als adäquate Gegenleistung für den Abonnementpreis angesehen werden. So ist es vergleichsweise auch kein Mehrwert, wenn ein Autoverkäufer einem Kunden erzählt, er könne mit einem Pkw auch auf Straßen fahren."

sondern auch<sup>10</sup> der Rechtsanwalt der „Abofallenbetreiber“ für die außergerichtlichen Anwaltskosten der „Abofallenopfer“ entschädigungspflichtig ist (weil der Anwalt als Organ der Rechtspflege bei der Geltendmachung der Aboforderungen Beihilfe zum Betrug des Abofallenbetreibers leiste).

Darüber hinaus sah sich auch der Gesetzgeber zum Tätig werden veranlasst, der am 26.03.2009 das „Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen“ beschlossen hat und den Opfern von Abofallen ein „Widerrufsrecht“ bestätigt hat.

<sup>10</sup> Zur Entschädigungspflicht des „Abofallenbetreibers“ für die Anwaltskosten des „Abofallenopfers“ siehe LG Mannheim, Urt.v. 14.1.2010, Az. 10 S 53/09.

Teil 1: Sachverhalt.....	8
Teil 2: Strafbarkeit des A .....	15
A. Strafbarkeit des A wegen Betruges (§§ 263 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB) .....	15
I. Täuschung.....	15
II. Ausdrückliche Täuschung .....	16
III. Konkludente Täuschung.....	16
1. Erkennbarkeit der Kostenpflichtigkeit .....	17
2. Eingabe persönlicher Daten .....	18
3. Bestätigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (ABGs) .....	18
4. Registrierungspflicht.....	19
5. Sternchen-Hinweis .....	19
6. Kein allgemeiner Vertrauensschutz auf Unentgeltlichkeit von Internetangeboten – Vergleich mit der Realworld .....	20
7. Steht dem Ergebnis die Notwendigkeit zu „Scrollen“ entgegen?.....	21
8. Keine Vergleichbarkeit zu den vom BGH judizierten Fällen „rechnungsähnlicher Offerten“ .....	22
IV. Ergebnis .....	23
V. Grundsatzkritik .....	23
B. Strafbarkeit des A wegen unerlaubter Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke (§§ 106 Abs. 1, 108a Abs. 1 UrhG) .....	25
I. „Werk“ (§ 69a Abs. 3 UrhG).....	25
1. Computerprogramme als „Werk“ .....	26
2. Screenshots der Computerprogramme als „Werk“ .....	26
II. Tathandlungen: „Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe“ (§ 106 Abs. 1 UrhG) .....	27
1. „Vervielfältigung“ (§ 69 c Nr. 1 UrhG).....	27
2. „Verbreiten“ (§ 69 c Nr. 3 UrhG).....	29
a) „Anbieten“ als Form der Verbreitung (§ 69 c Nr. 3 UrhG).....	30
b) „Inverkehrbringen“ als Form der Verbreitung (§ 69 c Nr. 3 UrhG).....	30
3. „Öffentliche Wiedergabe“ (§ 69 c Nr. 4 UrhG) .....	31
III. Ergebnis .....	33
C. Strafbarkeit des A wegen Kennzeichenverletzung (§ 143 Abs. 1 und 2 MarkenG) .....	33
I. Markenschutz (§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 MarkenG) .....	34
II. Kennzeichenmäßiger Gebrauch (§ 143 MarkenG) oder bloße Markennennung .....	35
1. Argumente für einen kennzeichenmäßigen Gebrauch .....	36
2. Argumente gegen einen kennzeichenmäßigen Gebrauch .....	37
a) Nur beschreibende Angaben .....	38

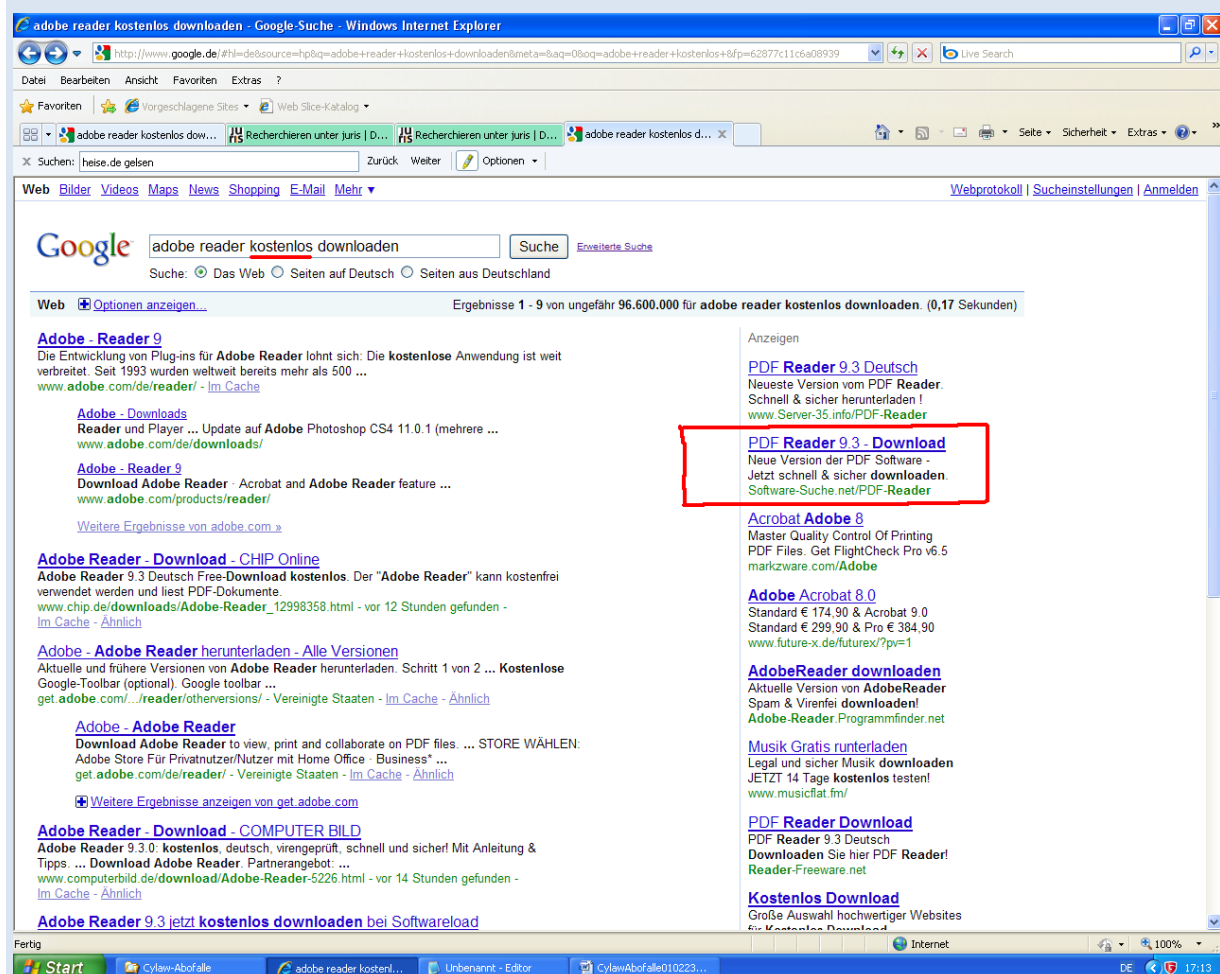
b)	Bezeichnung fremder Produkte – Keine Beeinträchtigung der Ursprungsgarantie.....	38
c)	Keine Dienstleistung des Beschuldigten im markenrechtlichen Sinne .....	40
3.	Zwischenergebnis .....	40
III.	Ergebnis .....	40
D.	Strafbarkeit des A wegen rechtswidriger gewerbsmäßiger Benutzung eines Geschmacksmuster (§ 51 Abs. 1, 2 GeschmMG) .....	40
E.	Strafbarkeit wegen strafbarer Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) .....	42
F.	Strafbarkeit wegen gewerbsmäßigem Wucher (§ 291 Abs. 1, 2 Nr. 2 StGB) .....	42
I.	„auffälliges Missverhältnis“ .....	43
II.	„Ausbeuten“ einer besonderen Schwächesituation („Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche“) .....	43
G.	Ergebnis .....	44
Teil 3:	Zivilrechtliche Fragen .....	44
A.	Wie kann man sich vom „Vertrag“ lösen?.....	44
B.	Weitere denkbare Anspruchsgrundlagen .....	46
I.	Als Privater Schadensersatzansprüche.....	46
II.	Als Mitbewerber.....	48
Teil 4:	Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen und aktuelle Initiativen .....	49
A.	Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen.....	49
B.	Aktuelle Initiative .....	51
Teil 5:	Schlussfolgerungen .....	51

## Teil 1: Sachverhalt

Der Internetnutzer B hatte bei Google nach „Microsoft Word Viewer Freeware kostenlos“ gesucht. B gelangt über Google-AdWords-Link auf eine Seite des A. A betreibt als verantwortlicher Geschäftsführer diverser Firmen im Internet verschiedene kostenpflichtige Websites.

### FÖR: Praxisbeispiel für eine Google-AdWord-Werbung eines „Abofallenbetreibers“<sup>11</sup>:

Hier wurde nach dem Standardprogramm Adobe Reader gesucht und explizit in der Suchmaske der Suchmaschine „kostenlos downloaden“ eingegeben. Das Programm ist Freeware von Adobe und wird auf unzähligen Homepages – u.a. auch auf der Homepage von Adobe – angeboten.



Quelle:

<http://www.google.de/#hl=de&source=hp&q=adobe+reader+kostenlos+downloaden&meta=&aq=0&oq=adobe+reader+kostenlos+&fp=62877c11c6a08939> (23.02.2010)

Alle Seiten des A weisen ein nahezu identisches Layout auf. Auf der Internetseite des A gab es o.g. Software scheinbar als Freeware zum Download. Sie wurde auch mittels eines Screenshots illustriert. Über dem Screenshot stand die Bezeichnung: „Microsoft Word Viewer

<sup>11</sup> Auf Seite 11 folgt ein Screenshot der entsprechenden Anmeldeseite des Betreibers mit den „versteckten“ Angaben zur Kostenpflichtigkeit des Angebots.



10“ sowie daneben der Download-Link. Dieser war bezeichnet als „Hersteller-Link“. Ein Klick hierauf führte zu einer Anmeldeseite, die in den ersten zwei Zeilen folgenden Text enthielt: „Bitte füllen Sie alle Felder vollständig aus. Nach der Anmeldung steht Ihnen „Microsoft Word Viewer 10“ zum Download zur Verfügung. Die Felder erforderten die Angabe persönlicher Daten wie Name, Anschrift etc.. Dass B mit seiner Anmeldung gleichzeitig ein kostenpflichtiges Abonnement abschloss, war erst nach genauerer Betrachtung der Seite erkennbar, da diese Informationen durch die grafische Aufmachung unstreitig in den Hintergrund traten. Die Kostenpflichtigkeit war nur im unteren Bereich der Seite in einem klein gedruckten Text sowie in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBs) geregelt.

**§ 305 Abs. 1 BGB Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag.**

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragspartei- en im Einzelnen ausgehandelt sind.

Nach diesen nicht auffällig zur Kenntnis zu nehmenden Texten wurde ein „Abonnement“ mit einer Mindestlaufzeit von 12 Monaten zu 96,00 EUR geschlossen. Der Betrag sei im Voraus fällig. Über diesem am Ende der Seite befindlichen Kostenhinweis befand sich der Anmeldebutton und ein Hinweis, dass zunächst ein Häkchen neben dem Feld: „Ich akzeptiere die AGBs und verzichte auf mein Widerrufsrecht“ gesetzt werden müsse, um mit dem Anmeldevorgang zu beginnen. Zudem fand sich neben dem Anmeldebutton ein Sternchen, welches sich auf den unten befindlichen Kostenhinweis bezog. B hatte seine Daten eingegeben und sich nach Erhalt der Anmeldedaten per E-Mail (nach erfolgter **Registrierung**) auch auf der Seite eingeloggt (**Anmeldung**). Sodann hatte er das gewünschte Programm mittels der angebotenen Verlinkung zur Herstellerseite runtergeladen. Kurze Zeit später erhielt er eine Rechnung, wonach er für einen 12-Monatszugang für die Internetseite des „Abofallenbetreibers“ 96,00 EUR zahlen sollte. B ist überrascht und erstattet Anzeige bei der zuständigen Staatsanwaltschaft. Diese beantragt sodann nach Prüfung des Sachverhalts Eröffnung des Hauptverfahrens unter Zulassung der Anklage. Die Staatsanwaltschaft argumentiert wie folgt:

Das Layout lasse durch seine Gestaltung die Kostenpflichtigkeit der jeweiligen Website sowie die Tatsache, dass eine Nutzung den Abschluss eines zwölfmonatigen Abonnements voraussetzt, in den Hintergrund treten. Direkt über diesen beiden Feldern befinde sich der eigentliche Anmeldebutton. Mit diesem „Button“ - so der Vorwurf der Anklageschrift - ende der für den durchschnittlichen Internetnutzer - bei einer den Umständen angemessenen Betrachtung - auf dem Bildschirm erkennbare Teil der Website. In einigem Abstand unter dem „Anmeldebutton“ befindet sich noch ein kleingedruckter, sechszeiliger Text, der auf die Kosten hinweist. Dadurch erweckte A bei den Nutzern den unzutreffenden Eindruck, der zugehörige Text enthalte Hinweise zum Ausfüllen der nachfolgenden Felder, ggf. Hinweise datenschutzrechtlicher Art. Der vorweg gefassten Absicht des A entsprechend, verleitete er damit selbst diejenigen Nutzer, die überhaupt bis zum Hinweistext vorgedrungen seien, dazu, das Lesen des Texts abzubrechen. A hätte die Websites bewusst so gestaltet, dass die Kostenpflichtigkeit der Seite und der Vertragsschluss weder offensichtlich noch deutlich erkennbar seien.

Hierbei hätte er sich vor allem zunutze gemacht, dass die auf den einzelnen Seiten angebotenen Leistungen im Internet für gewöhnlich kostenlos in Anspruch genommen werden könnten. Dies habe dazu geführt, dass die jeweiligen Nutzer sich weder der Tatsache bewusst gewesen seien, dass sie ein kostenpflichtiges Angebot genutzt hätten, noch des Umstands, dass sie womöglich eine vertragliche Verbindung von einiger Dauer eingegangen seien. Diesem Tatplan gemäß hätte B und unzählige weitere Geschädigte auf Grund der Gestaltung der Website die versteckte Kostenpflicht nicht wahrgenommen, hätten sich deshalb auf den Seiten angemeldet und auf diese Weise weder bewusst noch willentlich einen Vertrag über ein zwölfmonatiges Abonnement geschlossen. Tatsächlich hätten die jeweiligen Geschädigten erst Kenntnis von der Kostenpflichtigkeit der angebotenen Vermittlungsleistung und dem Abonnement erhalten, als sie die Rechnungen und Mahnungen des A erhalten hatten. Sodann wurden die entsprechenden Beträge z.T. gezahlt. Zudem habe A die Dateien von den Herstellern unter Verstoß gegen dessen Lizenzbedingungen angeboten. Die Staatsanwaltschaft beantragt die Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Betruges (§§ 263 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB), gewerbsmäßig unerlaubten Verwendens urheberrechtlich geschützter Werke (§§ 106, 108a UrhG), strafbarer gewerbsmäßiger Kennzeichenverletzung (§§ 143 Abs. 1, 2 MarkenG) sowie unerlaubter gewerbsmäßiger Nutzung von Geschmacksmustern (§§ 51 Abs. 1, 2 GeschmMG).

A<sup>12</sup> weist alle Vorwürfe von sich und erläutert, wie Nutzer den Vertrag abschließen würden. Dies geschehe über die Startseite [www.AdressederSeite.de](http://www.AdressederSeite.de) und von dort aus komme man auf die Anmeldeseite, auf der der Kostenhinweis und der Widerrufsverzicht erkennbar seien. Das Entgelt sei daher ebenso wirksam vereinbart worden wie der Verzicht auf das Widerrufsrecht. Zudem stelle er erkennbar nur eine Verlinkung zu einer fremden Downloadmöglichkeit her. Diese sei explizit als eine solche des Herstellers bezeichnet. A ist daher der Auffassung, sein Verhalten sei nicht strafbar.

### **FÖR-Praxis: Wie erkennt man sog. „Abo-Fallen“?**

Auf den ersten Blick erscheint das Angebot kostenlos und unverbindlich – zumindest fehlt ein auffälliger Kostenhinweis. Obwohl sich der Nutzer – unter Eingabe persönlicher Daten wie Namen, Anschrift usw. - registrieren muss, ist eine Angabe zu einer Zahlungsweise nicht vorgesehen. In den allgemeinen Geschäftsbedingungen, unter dem Anmeldebutton, inmitten oder am Ende eines klein „gedruckten“ Textes befinden sich dann die Kostenhinweise. Weitere typische Mittel, um die Aufmerksamkeit unbedarfter Nutzer auf die Seite zu leiten, sind:

#### 1. Das „Gratisgeschenk“

Es wird der Eindruck erweckt, es gäbe ein Geschenk oder eine bestimmte Gratisleistung. So soll der Nutzer z.B. gratis Warenproben erhalten, wenn er sich registriert.

#### 2. Der kostenlose „Online-Test“

Der Nutzer soll kostenlos einen Psycho- oder Intelligenztest machen können, gleichwohl findet sich beim Ausfüllen der Maske ein versteckter Kostenhinweis.

#### 3. Das Gewinnspiel

Eine weitere praktizierte Möglichkeit ist die Koppelung eines kostenlosen Gewinnspiel mit einem Abonnement gekoppelt.

#### 4. Die Testphase

Es wird die Möglichkeit angeboten, einen Dienst vermeintlich kostenfrei zu testen. Wenn man dann, um von diesem Angebot Gebrauch zu machen, personenbezogene Daten über-

<sup>12</sup> FEX: Das Vorbringen des A vor der Staatsanwaltschaft wird hier wiedergegeben.

mittelt, meldet sich der Nutzer für ein Abonnement an, das automatisch kostenpflichtig wird, wenn er sich nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (z.B. bis Mitternacht desselben Tages) wieder abmeldet.

#### 5. Die irreführende Internetadresse

Manche Betreiber benutzen Domains wie [www.opendownload.de](http://www.opendownload.de), die eine Kostenfreiheit des Angebots suggerieren.

Quelle: [http://www.ecommerce-verbindungsstelle.de/ecommerce/pdf/Merkblatt\\_Abofalle\\_080514.pdf](http://www.ecommerce-verbindungsstelle.de/ecommerce/pdf/Merkblatt_Abofalle_080514.pdf) (11/2009)

#### **FEX: Beispiel: „Open Download“ von Freeware zum Preis von 192 EUR jährlich**

Ein Praxisbeispiel ist die Internetseite „[www.opendownload.de](http://www.opendownload.de)“. Hier wird eine auf anderen Seiten frei und kostenlos verfügbare Software zu dem nicht unerheblichen Preis von 192,00 EUR pro Jahr angeboten. Im Unterschied zu dem in diesem Cylaw-Report präsentierten Sachverhalt befindet sich allerdings der Registrierungsbutton unter dem Text mit dem Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit und ein Verzicht auf das Widerrufsrecht besteht nicht (stattdessen wird anerkannt, dass eine Belehrung über das Widerrufsrecht erfolgt ist).

#### **FEX: Praxisszenarien für die optische Gestaltung der Registrierungshomepages von „Abofallenbetreibern“**

Die gängige Praxis im Internet soll anhand von drei Beispielen illustriert werden:

- [www.opendownload.de](http://www.opendownload.de), wo vornehmlich Freeware kostenpflichtig angeboten wird;
- [www.software-suche.net](http://www.software-suche.net),
- [www.routenplaner-server.com](http://www.routenplaner-server.com), wo ein Routenplaner kostenpflichtig angeboten wird.

Rote Hervorhebung erfolgt von den Verfassern.

**OPENDOWNLOAD.DE**

Programmsuche:

STARTSEITE | NEUE DOWNLOADLINKS | TOP DOWNLOADLINKS | KATEGORIEN

- Sicherheit
- Grafik
- Multimedia
- System-Tools
- Hobby
- Internet
- Telekommunikation
- Büro
- Spiele
- Schule

**Vorteile als Member**

Als registrierter Benutzer bei opendownload.de erhalten Sie Zugriff auf redaktionell aufbereitete Inhalte zum Thema Software. Wir erarbeiten regelmäßig Verweise auf neue Programme.

**Inhalte**

Im Memberbereich erhalten Sie Zugriff auf redaktionell aufbereitete Inhalte zum Thema Software. Wir erarbeiten regelmäßig Verweise auf neue Programme.

Software Kategorien:

- Sicherheit
- Grafik
- Multimedia
- System-Tools
- Hobby
- Schule

### OpenOffice 3.2.0 ★★★★★

Ein Office-Paket mit Textverarbeitung, Tabellen-Kalkulation, Präsentations-Software, Zeichenprogramm, Datenbank-Verwaltung, Formel-Editor. OpenOffice kann übrigens problemlos mit Microsofts Office-Formaten umgehen.

Bitte füllen Sie alle Formularfelder vollständig aus.  
Nach der Anmeldung steht Ihnen OpenOffice 3.2.0 als Downloadlink zur Verfügung.

**Persönliche Daten**

Anrede:

Vorname:

Nachname:

**Adressdaten**

Straße / Nr.:

Postleitzahl:

Wohnort:

Land:

**sonstige Angaben**

Geburtsdatum:

E-Mailadresse:

Durch Drücken des Buttons "Anmelden" entstehen Ihnen Kosten in Höhe von 96,00 Euro incl. MwSt pro Jahr (12 Monate zu je 8 Euro), Vertragslaufzeit 2 Jahre, damit Kosten von insgesamt 192,00 Euro.

Ich akzeptiere die AGB und die Datenschutzerklärung und habe die Willensbeziehung zur Kenntnis genommen.

**Anmelden**

Folgende Inhalte erhalten Sie im Memberbereich:

Im Memberbereich erhalten Sie Zugriff auf redaktionell aufbereitete Inhalte zum Thema Software. Wir erarbeiten regelmäßig Verweise auf neue Programme.

Quelle: <http://www.opendownload.de/anmelden.php?name=OpenOffice> (23.02.2010)

## Adobe Reader Download

Die neue Version des PDF Readers aus dem Hause Adobe. Den Adobe PDF Reader können Sie hier direkt herunterladen. Einfach einloggen und schon steht Ihnen der Adobe Reader in der neuen Version und viele Software Programme mehr zum direkten Download zur Verfügung. Einfach, sicher und schnell von unseren Hochleistungsservern.

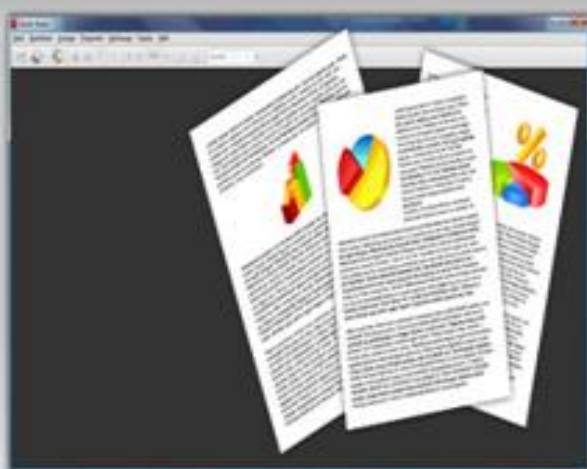
TOP OF SOFTWARE präsentiert

„Alles was man heute für den vollen Multimedia-Genuss benötigt und noch mehr! Top-Of-Software-Redaktion“



# Adobe Reader

DER BELIEBTE PDF-READER



Urheber	Adobe	Betriebssystem	Windows
Version	9.3	Lizenz	Freeware
Downloads	5000	Freeware ist Software, die vom Urheber zur kostenlosen Nutzung zur Verfügung gestellt wird	
Dateigröße	27.2 MB		

Folgende Inhalte erhalten Sie im Memberbereich

Durch Drücken des Buttons "Anmelden und zum Download" entstehen Ihnen Kosten von 96 Euro inkl. Mehrwertsteuer pro Jahr (12 Monate zu je 8 Euro), Vertragslaufzeit 2 Jahre.

## EINFACH ANMELDEN UND ADOBE READER HERUNTERLADEN:

Bitte eine Anrede wählen.

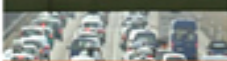
Anrede	Vorname	Nachname	Land	Geburtsdatum
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
Straße		Nr.	E-Mail	
<input type="text"/>		<input type="text"/>	<input type="text"/>	
PLZ	Ort	<input type="checkbox"/> Ich akzeptiere die <a href="#">AGB</a> und die <a href="#">Datenschutzutzerklärung</a> und habe die <a href="#">Willensbestätigung</a> zur Kenntnis genommen.		
<input type="text"/>	<input type="text"/>			

**ANMELDEN UND ZUM  DOWNLOAD**

Quelle: [www.software-suche.net](http://www.software-suche.net) (23.02.2010)

- » Gewinnspiel
- » Zoombare Stadtpläne
- » Landkarten
- » Weltkarten
- » Europakarten
- » Sehenswürdigkeiten
- » Radarfallen
- » Verkehrsinfos
- » Stauwarner
- » Fähren
- » Wetter
- » Kfz Kennzeichen
- » Kfz Versicherung Vergleich
- » Bussgelder

#### STAUWARNER



» In Stau stecken? Nicht mit uns - Hier finden Sie hilfreiche Tipps und Informationen!

#### RADARWARNER



» Aktuelle Informationen über Radarfallen und deren Standorte

## » ROUTE PLANEN UND GEWINNEN: WIR VERLOSEN 5 MAL EIN TOP NAVIGATIONSGERÄT!



### ONLINE ROUTENPLANER - SCHNELL & SICHER VON A NACH B

Nach der Anmeldung erhalten Sie Zugang zu unserem Memberbereich und können **Informationen** abrufen.

Zusätzlich haben Sie die Möglichkeit an unserem **Navigationsgeräte-Gewinnspiel** teilzunehmen.

Bitte füllen Sie alle Felder vollständig aus! \*

E-Mail-Adresse:	<input type="text"/>
Vorname:	<input type="text"/>
Nachname:	<input type="text"/>
Straße + Hausnummer:	<input type="text"/> <input type="text"/>
PLZ:	<input type="text"/>
Stadt:	<input type="text"/>
Land:	Bitte wählen... ▾
Geburtsdatum:	<input type="text"/> ▾ <input type="text"/> ▾ <input type="text"/> ▾

- Ich habe die **AGB & Verbraucherinformationen** gelesen und akzeptiert und erhalte ab sofort Zugriff auf **routenplaner-server.com**
- Ich möchte zusätzlich am **Navigationsgeräte - Gewinnspiel** beteiligt werden

**» ROUTE PLANEN**

\* Nur richtig eingegebene Daten nehmen am Gewinnspiel teil. Um Missbrauch und wissentliche Fälschungen zu vermeiden, wird Ihre IP-Adresse 130.83.209.115 bei der Teilnahme gespeichert. Anhand dieser Adresse sind Sie über Ihren Provider identifizierbar. Durch Betätigung des Button "ROUTE PLANEN" beauftrage ich routenplaner-server.com, mich für den Zugang zum Memberbereich freizuschalten und soweit gewünscht, mich für das Navigationsgeräte - Gewinnspiel zu registrieren. Der einmalige Preis für einen Zwölf-Monats-Zugang zu unserem Routenplaner beträgt 59,95 € inkl. gesetzlicher Mehrwertsteuer.

[» Login](#)   [» Zugangsdaten vergessen](#)   [» AGB/Verbraucherinformationen/Datenschutz](#)   [» Impressum](#)

Quelle: <http://routenplaner-server.com/index.php?w=&ac=tx567> (23.02.2010)

## Teil 2: Strafbarkeit des A

### A. Strafbarkeit des A wegen Betruges (§§ 263 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB)

#### § 263 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB Betrug

(1) Wer in der **Absicht, sich oder einem Dritten** einen **rechtswidrigen Vermögensvorteil** zu verschaffen, das **Vermögen eines anderen** dadurch **beschädigt**, daß er durch **Vorspiegelung** falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer **Tatsachen** einen **Irrtum** erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. **gewerbsmäßig** oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat,

A könnte sich wegen gewerbsmäßigen Betrugs (§§ 263 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB) strafbar gemacht haben, indem er auf den von ihm o.g. Internetseiten kostenpflichtige Software als Freeware anbot und die Kostenpflichtigkeit auf der von ihm betriebenen Internetseite nur im Kleingedruckten am Ende der Seite erkennen ließ. Dafür müsste er einen täuschungsbedingten Irrtum hervorgerufen haben, der bei den Nutzern der Seite zu einer Vermögensverfügung und einem –schaden führte. Zudem müsste er Bereicherungsabsicht und Vorsatz hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale und der rechtswidrigen Vermögensverfügung gehabt haben.

#### FEX: Objektiver und subjektiver Tatbestand

Grundsätzlich ist zwischen objektiven und subjektiven Tatbestand bei der strafrechtlichen Prüfung zu unterscheiden. Dieser Cylaw-Report begnügt sich darstellungspragmatisch mit der Prüfung des objektiven Tatbestands, weil die Gerichte bisher bereits bei diesem Prüfungskriterium (Täuschungsmerkmal im objektiven Tatbestand) eine Strafbarkeit verneinen.

#### I. Täuschung

##### FEX: „Täuschung“

„Die gesetzliche Aufgliederung der Täuschungshandlung in die drei genannten Modalitäten ist irreführend, da sie letztlich keine verschiedenartigen Formen darstellen (so schon Binding Lehrb. 1, 348), sondern weitgehend ineinander übergehen. Auf der Grundlage der geläufigen Definitionen wird deutlich, dass das Vorspiegeln einer nichtbestehenden Tatsache zugleich die Unterdrückung der in Wahrheit bestehenden Tatsache ist. Weiter beinhaltet jede Entstellung von Tatsachen ein Vorspiegeln nichtbestehender oder ein Unterdrücken bestehender Tatsachen, wohingegen die Unterdrückung einer Tatsache gleichzeitig das Vorspiegeln eines Tatsachenbildes ohne die unterdrückte Tatsache enthält.“<sup>13</sup>

Zusammengefasst: „Täuschung“ ist der in Rechtsprechung und Dogmatik verwandte Oberbegriff für die Vorspiegelung falscher oder die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen.

<sup>13</sup> Cramer in Schönke/Schröder § 263, Rn.6.

Eine Täuschung ist jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines andern einwirkt und sich auf Tatsachen bezieht.<sup>14</sup> Es genügt also jedes Verhalten, durch das im Wege einer Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über die Realität erregt werden kann.<sup>15</sup>

## II. Ausdrückliche Täuschung

Da ein ausdrückliches Vorspiegeln und damit eine ausdrückliche Täuschung voraussetzt, dass der Täter die Unwahrheit expressis verbis (mit seinen Worten) zum Ausdruck bringt (die unwahre Tatsache zum Gegenstand der Aussage macht)<sup>16</sup> liegt hier keine solche Täuschungshandlung vor. **A hat an keiner Stelle erklärt, die Nutzung der Seite, insbs. der Download der Software, sei völlig kostenlos.**

## III. Konkludente Täuschung

Es könnte eine konkludente Täuschung (sogenanntes schlüssiges Verhalten) vorliegen. Entscheidend ist, welcher Erklärungswert dem Gesamtverhalten des A nach der Verkehrsan-schauung zukommt.<sup>17</sup> So könnte hier auf Grund des prägenden Gesamteindrucks bzw. des Gesamterklärungswerts der Websites eine Täuschung über die Kostenpflichtigkeit der Nutzung der Website und damit des Zugangs zum Download der Software vorliegen. In solchen Fällen liegt eine konkludente Täuschung vor, wenn der Täter die Eignung der - inhaltlich richtigen - Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein "äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens" gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt. Dann ist die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung.<sup>18</sup>

### LG Frankfurt:<sup>19</sup>

„(...) auch eine konkludente Täuschung durch den **planmäßig erweckten Gesamteindruck** der Aufmachung (ist – Anm. d. Verf.) möglich (BGHSt 47, 1 ff., Rdnr. 13). Eine Täuschung folgt hierbei nicht bereits automatisch daraus, dass Empfänger etwa ein Schreiben missverstehen könnten und dies dem Täter auch bewusst ist. Da die Täuschungshandlung nach der Tatbestandsstruktur des § 263 Abs. 1 StGB die eigentliche deliktische Handlung ist, die ihrerseits Bedingung für den auf ihr beruhenden Irrtum sein muss, ist es ausgeschlossen, die Täuschung bereits aus dem Irrtum als solchem herzuleiten (BGH, a.a.O., Rdnr. 14). Die Annahme einer Täuschung setzt vielmehr ein Verhalten des Täters voraus, das **objektiv geeignet und subjektiv bestimmt** ist, beim Adressaten eine **Fehlvorstellung** über tatsächliche Umstände **hervorzurufen**. Dies aber kann selbst dann gegeben

<sup>14</sup> Fischer, StGB, § 263 Rn. 10.

<sup>15</sup> Cramer in Schönke/Schröder § 263, Rn.6.

<sup>16</sup> Cramer in Schönke/Schröder § 263, Rn.13.

<sup>17</sup> Cramer in Schönke/Schröder § 263, Rn.14; BGH NJW 2001, 2187, 2188.

<sup>18</sup> BGH Urt. v. 26.04.2001, Az.: 4 StR 439/00 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=cc2fe6756a91a77cfff4a412c20952fd&nr=21266&pos=0&anz=1> [25.02.2010]) sowie Urt. 04.12.2003, Az.: 5 StR 308/03 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=5ec4b0fc5c9a805ef5b337046fb8e24d&nr=27886&pos=0&anz=1> [25.02.2010]).

<sup>19</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 422.



sein, wenn die Adressaten bei sorgfältiger Prüfung den wahren Charakter des „Angebots“ hätten erkennen können (BGH, a.a.O., Rdnr. 14).

Zur tatbestandlichen Täuschung wird ein Verhalten hierbei dann, wenn der Täter die **Eignung einer - inhaltlich richtigen - Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein „äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens“ gezielt die Schädigung der Adressaten verfolgt** (BGH, a.a.O., Rdnr. 15; BGH NStZ-RR, 2004, 110 f.; OLG Frankfurt/M. NJW 2003, 3215 ff.; LG Frankfurt/M. WRP 2005, 642 ff.).

### **FEX: Praxisszenario: Open Download**

Bereits mit dem Namensbestandteil "Open" könnte insoweit bereits die Erwartung geweckt werden, die betreffenden Internetseiten seien Teil der Open Source-Szene, die bekanntlich Software der Allgemeinheit vollkommen kostenlos zur Verfügung stellt.

### **§ 263 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB Betrug**

(1) Wer in der **Absicht, sich oder einem Dritten** einen **rechtswidrigen Vermögensvorteil** zu verschaffen, das **Vermögen eines anderen** dadurch **beschädigt**, daß er durch **Vorspiegelung** falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer **Tatsachen** einen **Irrtum** erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Grundsätzlich könnte – so man in der Terminologie von § 263 Abs. 1 StGB verharrt – entweder eine „Vorspiegelung falscher Tatsachen“ – nämlich der Kostenlosigkeit des Angebots – oder eine „Entstellung wahrer Tatsachen“ – nämlich der Kostenpflichtigkeit des Angebots – vorliegen. Hauptsächlich zwei Kritiken richten sich gegen das Geschäftsmodell von A:

- zum Einen klärt A unterhalb des Registrierungsbuttons und des AGB-Datenschutzhäkchens über einen wichtigen Vertragsbestandteil – den Preis für sein Angebot (sog. essentialia negotii) – auf;
- zum anderen bietet A eine Leistung an, die ohne seine Vermittlung auf anderen Seiten im Internet kostenlos verfügbar ist.

Beide Kritiken überzeugen das LG Frankfurt aus folgenden Gründen nicht:

### **1. Erkennbarkeit der Kostenpflichtigkeit**

#### **LG Frankfurt:<sup>20</sup>**

„Daraus, dass die **Kostenpflichtigkeit** möglicherweise **nicht auf den ersten Blick erkennbar** ist, folgt allerdings **nicht**, dass es sich hierbei um eine **Täuschung** handelt. So gibt es **keinen allgemeinen Vertrauensschutz** dahingehend, dass man bei Dienstleistungen - sei es im Internet oder auch im sonstigen Leben - **auf den ersten Blick erkennen können muss, dass es sich um ein kostenpflichtiges Angebot** handelt. Es ist vielmehr keineswegs unüblich, dass derartige Angaben - oder auch solche über die Höhe des Entgelts - erst bei genauerem Lesen des Angebots erkennbar sind.“

<sup>20</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 422.

### LG Frankfurt:<sup>21</sup>

„Der den Hinweis enthaltende Text ist ferner nur wenige Zeilen lang und der **Preis** der Leistungen ist zudem optisch durch Fettdruck und durch die Wahl der Position am Satzen-  
de hervorgehoben. Auch beim bloßen Überfliegen kann er also **problemlos zur Kenntnis  
genommen werden**.

## 2. Eingabe persönlicher Daten

Das LG Frankfurt nimmt zudem die Eingabe persönlicher Daten bei der Registrierung als Indiz dafür, dass eine erhöhte Sorgfaltspflicht des Nutzers bestehe, nunmehr die Internetseite aufmerksam zu lesen. Hierbei wäre dann die Kostenpflichtigkeit ersichtlich gewesen. Dabei rekurriert das Gericht auf einen Vergleich mit dem Lesen eines Papierformulars. Dort sei auch eine erhöhte Aufmerksamkeit zumutbar und erforderlich.

### LG Frankfurt:<sup>22</sup>

„Spätestens bei der für die Anmeldung erforderlichen **Eingabe der persönlichen Daten** ist auch aus **Sicht eines durchschnittlichen Internetnutzers eine sorgfältigere Befassung mit den Inhalten der jeweiligen Website angezeigt**. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des angebotenen Gewinnspiels. Denn selbst wenn Internetnutzer einen Zusammenhang der Dateneingabe mit dem Gewinnspiel vermutet haben sollten, so gebietet allein das Eingeben von sensiblen Daten - im Gegensatz zum bloßen Abrufen von Informationen -, dass man zuvor eine sorgfältigere Prüfung des Hintergrunds des Erfordernisses dieser Eingabe vornimmt. Hierzu gehört auch, die Website genauer als beim „bloßen Surfen“ zur Kenntnis zu nehmen. So ist die Eingabe der Daten in ein Formular im Internet durchaus vergleichbar mit dem Ausfüllen eines Papierformulars, bei der man grds. auch mit **erhöhter Aufmerksamkeit** den Inhalt des Schriftstücks prüft bzw. zur Kenntnis nimmt. Dieses Maß an Sorgfalt bzw. Aufmerksamkeit ist auch einem möglicherweise nur flüchtig aufmerksamen Internetnutzer spätestens in dem Moment, in dem er persönliche Daten eingeben soll, zuzumuten.“

## 3. Bestätigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBs)

Auch durch die Notwendigkeit ein Häkchen bei dem Button: „Ich akzeptiere die AGBs“ setzen zu müssen, sei eine erhöhte Aufmerksamkeit des Lesers gefordert. Dieser müsste in der Folge die Kostenpflichtigkeit sodann wahrnehmen können.

### LG Frankfurt:<sup>23</sup>

„Dies gilt umso mehr, da der Nutzer hier **nicht nur die eigenen Daten eingeben** muss, sondern auch durch **Setzen eines Hakens bestätigen** muss, dass er die **AGB** - in denen

<sup>21</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 422.

<sup>22</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 422.

<sup>23</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 423.

wiederum **ebenfalls die Entgeltlichkeit enthalten** ist - **zur Kenntnis genommen** hat, bevor ihm überhaupt die Inanspruchnahme der Leistung möglich ist.“

#### 4. Registrierungspflicht

Die Registrierungspflicht hätte bei den Nutzern auch zu erhöhter Aufmerksamkeit bei Bestätigung der AGBs und Ausfüllen der Registrierungsfelder führen müssen, da eine solche gerade im Internet bei kostenlosen Angeboten unüblich sei.

##### LG Frankfurt:<sup>24</sup>

„Es ist auch nicht etwa so, dass sich ein Nutzer des Internet bei jedem - auch kostenlosen Angebot - **registrieren** muss. So ist dies etwa beim Besuchen von **kostenlosen** Bewertungsportalen oder Routenplanern oft **gerade nicht der Fall**.“

#### 5. Sternchen-Hinweis

Auch der Hinweis auf die Entgeltlichkeit des Angebots mittels eines Sternchens spreche gegen eine konkludente Täuschung. Ein solcher sei üblich und werde im alltäglichen Leben vielfach bei unterschiedlichsten Angeboten verwendet.

##### LG Frankfurt:<sup>25</sup>

Der Sternchenhinweis wiederum mag zwar von vielen Internetnutzern nicht zur Kenntnis genommen werden, dies ändert aber ebenso wenig wie der Umstand, dass viele Menschen heutzutage möglicherweise AGB nicht lesen, nichts daran, dass die **Angaben zur Entgeltlichkeit** in für **jeden erkennbarer Form vorhanden** sind.

So ist es inzwischen, z.B. auch bei der Bewerbung und Angebotsantragung zum Abschluss von Abonnements von spezifischen Dienstleistungen für Mobiltelefone - etwa Klingeltönen - nicht nur im Internet, sondern auch im Fernsehen und in den Printmedien **üblich**, dass der Kunde regelmäßig mit einer Vielzahl von vertragsrelevanten Informationen **nicht auf den ersten Blick**, sondern lediglich im unter dem eigentlichen Angebot befindlichen Kleingedruckten konfrontiert wird. Auf dieses wiederum wird er oft ebenfalls mit einem Sternchen oder mit kleinen Ziffern verwiesen. Hierdurch wird deutlich, dass es **keinesfalls unüblich oder überraschend ist**, dass vertragsrelevante Informationen, auch hinsichtlich der Preisgestaltung, gerade nicht hervorgehoben - etwa über dem Angebot - angezeigt werden, sondern an anderer Stelle. Hierbei sollen Kunden etwa zunächst für das Angebot inhaltlich interessiert werden, bevor sie Informationen zur genauen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses erhalten. Mit einer solchen Vorgehensweise müssen angesichts der vielfältigen Verwendung im Alltag **auch** mit dem Internet **wenig erfahrene Nutzer rechnen**. Im Gegensatz zum hiesigen Fall handelt es sich dabei oft auch noch um Abonnements im klassischen Sinne, die sich automatisch verlängern, wenn man nicht rechtzeitig vor Ablauf einer bestimmten Frist kündigt.

<sup>24</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 423.

<sup>25</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 423.

### FÖR- Kritik:

Der Hinweis auf die **Üblichkeit** entsprechender Angebote mit „verstecktem“ Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit beziehungsweise die Ausführungen zu intransparenten Homepages des LG Frankfurt überzeugen nicht ohne Weiteres. Es drängt sich der Eindruck auf, dass hier ergebnisorientiert argumentiert wird, statt mit der Rechtsprechung einen Weg zu transparenten Online-Vertragsangeboten zu ebnen. Auch hat der BGH (Bundesgerichtshof) bereits entschieden, dass die Leichtgläubigkeit des Opfers oder die Erkennbarkeit der Täuschung die Schutzbedürftigkeit nicht entfallen lässt (BGH Urt. v. 22.10.1986, Az.: 3 StR 226/86; BGH NStZ-RR 2004, 110, 111.). Deshalb soll nach FÖR-Ansicht - da auf den Empfängerhorizont abzustellen ist - eine grundsätzliche Erkennbarkeit der Täuschung über den kostenpflichtigen Charakter des Angebots der Annahme einer tatbestandsmäßigen Täuschungshandlung i.S. des § 263 StGB nicht per se entgegenstehen.

## 6. Kein allgemeiner Vertrauensschutz auf Unentgeltlichkeit von Internetangeboten – Vergleich mit der Realworld

Ein allgemeiner Vertrauensschutz auf die Unentgeltlichkeit von Angeboten im Internet bestehe laut dem LG Frankfurt nicht. Es gäbe zwar Seiten, deren Nutzung kostenlos angeboten werde, die sich aber anders, etwa mittels Werbung finanzieren. Es sei hingegen vielmehr verstärkt zu beobachten, dass zahlreiche kostenpflichtige Angebote existieren, wie etwa Jobbörsen. Gegen einen solchen Vertrauensschutz spreche zudem, dass in der Realworld Angebote i.d.R. immer mit einer Entgeltlichkeit verbunden sind.

### LG Frankfurt:<sup>26</sup>

„Es gibt des Weiteren **keinen allgemeinen Vertrauensschutz** dahingehend, dass jegliche **Information im Internet kostenlos** zur Verfügung gestellt wird. Ein solcher Grundsatz gilt auch nicht in Fällen, in denen ähnliche oder gleichartige Leistungen von andern Anbietern kostenlos angeboten werden. So mag es zwar sein, dass viele Websites vergleichbare Leistungen kostenlos zur Verfügung stellen, weil sie sich etwa anderweitig finanzieren. Eine Gesetzmäßigkeit ist hieraus aber nicht herzuleiten. Es gibt vielmehr **auch zahlreiche kostenpflichtige Angebote und Dienste im Internet**, wie etwa Partnervermittlungen, Verbrauchertests, Jobbörsen und E-mailkontendienste, obwohl auch hierzu weiterhin kostenlose Angebote existieren. Bei Dienstleistungen, die **außerhalb des Internet** angeboten werden, entspricht es hingegen sogar vielfach der **Regel, dass eine Leistung mit einer entsprechenden Gegenleistung korrespondiert**, ohne dass jemand dies in Frage stellen würde.“

### FÖR-Kritik:

Abgesehen davon, dass die Preisangabenverordnung in § 1 Abs. 1 und 6 PAngV zu diesem Thema anderes besagt (und ein Verstoß hiergegen nach § 10 PAngV als Ordnungswidrigkeit geahndet wird), ist nicht erkennbar, warum mit dieser Begründung eine strafrechtlich relevante Täuschungshandlung sollte verneint werden können.

<sup>26</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 423.

### **§ 1 Abs. 1 und 6 PAngV Grundvorschriften**

(1) Wer Letztverbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Waren oder Leistungen anbietet oder als Anbieter von Waren oder Leistungen gegenüber Letztverbrauchern unter Angabe von Preisen wirbt, hat die **Preise anzugeben**, die einschließlich der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile zu zahlen sind (Endpreise).

(6) Die Angaben nach dieser Verordnung müssen der allgemeinen Verkehrsauffassung und den Grundsätzen von **Preisklarheit und Preiswahrheit** entsprechen. Wer zu Angaben nach dieser Verordnung verpflichtet ist, hat diese dem Angebot oder der Werbung eindeutig zuzuordnen sowie leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar zu machen. Bei der Aufgliederung von Preisen sind die Endpreise hervorzuheben.

### **§ 10 Abs. 1 Nr. 1 PAngV Ordnungswidrigkeiten**

(1) Ordnungswidrig im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954 handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1.entgegen § 1 Abs. 1 Satz 1 Preise nicht, nicht richtig oder nicht vollständig angibt.

### **FEX: andere Auffassung aus der Rechtsprechung**

So gibt es zahlreiche zivilrechtliche Rechtsprechung hierzu, wie etwa die des LG Rostocks (LG Rostock, Urteil vom 28.05.2008, Az. 1 S 174/07), die auch insoweit hinzugezogen werden kann:

Das LG Rostock hat entschieden, dass das Verstecken der Kostenpflichtigkeit eines „Angebots“ im so genannten Kleingedruckten nicht zur Zahlungspflicht des insoweit überrumpelten Vertragspartners führt. AGB-Klauseln, die den anderen Vertragsteil überraschen, sind rechtswidrig. Bei der Kostenpflichtigkeit eines Angebots handelt es sich um einen wesentlichen Vertragsbestandteil, von dem allgemein erwartet wird, dass dieser deutlich hervortritt und einfach zu finden ist. Dies ist nach Ansicht des Gerichts auch „bei Formularverträgen, die sich an Selbständige und Freiberufler richten, üblich“.

Zusammenfassend ist dem LG Frankfurt entgangen, dass das Angebot von Freeware im Internet von manchen Herstellern durchweg üblich ist und der Internetnutzer, der sich bewusst und informiert dieser Freeware bedient, von der Kostenpflichtigkeit des „Dienstes“ des „Abofallenbetreibers“ völlig überrascht wird.

### **FÖR: Perspektive des Cyberlaw**

Dem LG Frankfurt entgeht, dass das Regel- Ausnahmeverhältnis von Entgeltlichkeit und Nichtentgeltlichkeit in Realworld und Cyberspace unterschiedlich zu beurteilen sein könnte. In der Realworld erfolgt der Austausch von Produkten (Waren und Dienstleistungen) unter Nicht-Verwandten und Nicht-Bekanntem in der Regel nur gegen Entgelt. Im Cyberspace werden Produkte (v.a. Dienstleistungen) in einer Fülle von Anwendungen für den Abnehmer entgeltlos angeboten (siehe etwa Routenplanung, Suchmaschinen, Social Networks, Freeware ...). Über die Maßstäbe der Realworld hinausgehend liegt deswegen nach FÖR-Ansicht die Transparenz- und Beweislast für die Kostenpflichtigkeit des Angebots im Cyberspace in verstärktem Maße beim Anbieter.

## **7. Steht dem Ergebnis die Notwendigkeit zu „Scrollen“ entgegen?**

Auch die Notwendigkeit, den Bildschirm bis ans Ende der Seite scrollen zu müssen, um die Kostenpflichtigkeit des Angebots zu erkennen ist angesichts der Notwendigkeit der Eingabe

persönlicher Daten und des Setzens eines Häkchens nach dem LG Frankfurt kein Anhalt zu einer anderen Bewertung.

**LG Frankfurt:**<sup>27</sup>

„Es mag zwar sein, dass bei vielen Computerbildschirmauflösungen erst durch „Scrollen“ der Sternchentext unterhalb des „Buttons“ sichtbar wird. Dies ändert aber nichts daran, dass jedenfalls auch in diesem Fall an **der klar erkennbaren Option des „Scrollens“** - klar sichtbar durch den Balken am rechten Rand - **deutlich wird, dass noch „etwas“ nachfolgt**, da es sonst des „Scrollens“ nicht bedürfte. Angesichts der vor Nutzung der Leistung vom Kunden unbedingt erforderlichen Dateneingabe, des **Setzens des Hakens** und des zur Üblichkeit von Verteilung von Informationen „über den gesamten Text“ Ausgeführten, ist es hierbei auch für den Durchschnittsnutzer **angezeigt, im Vorfeld zu prüfen, ob sich auch** - und gerade - **im unteren Bereich einer Website noch erhebliche Informationen** im derzeit möglicherweise nicht sichtbaren Bereich des Bildschirms befinden.“

**8. Keine Vergleichbarkeit zu den vom BGH judizierten Fällen „rechnungsähnlicher Offerten“**

Zudem liege keine sog. „rechnungsähnliche Offerte“, die eine konkludente Täuschung darstellen kann, vor. Dort wird durch Rücksendung der „Offerte“ erst ein Angebot zum Vertragsabschluss angenommen, obwohl die Betroffenen annehmen, dass es sich nur um eine Rechnung für einen bereits geschlossenen Vertrag handelt.<sup>28</sup> Hier wird hingegen für eine noch zu erbringende Leistung ein Angebot über die Internetseite erbracht, was mit Anmeldung angenommen werden kann.

**LG Frankfurt:**<sup>29</sup>

„Da es sich nicht um vergleichbare Sachverhalte handelt, ist die oben zur **„konkludenten Täuschung durch den prägenden Gesamteindruck“** zit. **Rspr. auch vorliegend nicht übertragbar.**

Dieser Rspr. liegen Fälle zu Grunde, bei denen durch Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben bzw. Scheinrechnungen bei den Empfängern der unzutreffende Eindruck erweckt wurde, es handele sich um Rechnungen für bereits erbrachte Dienstleistungen, obwohl es sich tatsächlich um (neue) Angebote handelte. In der vorliegenden Konstellation haben die Angeschuldigten ... gerade **nicht vorgegeben, eine Leistung, die nun nachträglich bezahlt werden müsse, sei bereits erfolgt.** Es wird vielmehr **erst für eine noch zu erbringende Leistung** ein Vertragsschluss angeboten. Die Grundsituationen und Grundhaltungen der Kunden bzw. Nutzer sind also verschiedene. Denn anders als hier, hatten die Nutzer in den der Rspr. zu Grunde liegenden Fällen ursprünglich gerade kein Interesse an (erneuter) Inanspruchnahme der Leistung, sondern glaubten, sie würden für eine bereits erbrachte Dienstleistung bezahlen.“

<sup>27</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 423.

<sup>28</sup> Auch als Fälle sog. Branchenbuch- oder Adressbuchschwindels bekannt.

<sup>29</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 423.

## IV. Ergebnis

Eine konkludente Täuschung als Täuschung mit wahren Angaben auf Grund des prägenden Gesamteindrucks bzw. des Gesamterklärungswerts der Websites liegt nach dieser Rechtsprechung nicht vor.

### LG Frankfurt:<sup>30</sup>

„Auch eine einzig hier in Betracht zu ziehende konkludente Täuschung liegt indes **nicht** vor. (...) Da die genannten Websites jeweils die **Kostenpflichtigkeit in welcher Form auch immer anführen**, ist jedoch allenfalls eine Täuschung mit wahren Angaben auf Grund des prägenden Gesamteindrucks bzw. des Gesamterklärungswerts der Websites denkbar. Auch eine solche liegt allerdings **nicht vor**. (...) Mag das Verhalten der Anschuldigten auch sozialetisch fragwürdig, verbraucherfeindlich sowie zivilrechtlich und wettbewerbsrechtlich - wie sich auch aus den insoweit ergangenen zivilrechtlichen Entscheidungen ergibt - angreifbar sein, und sich zudem in einer rechtlichen Grauzone bewegen, ein strafrechtlich relevantes Verhalten ist hierin jedoch - jedenfalls i.R.d. vorliegend angeklagten Fallkonstellationen, bei denen die Nutzer die Leistung tatsächlich in Anspruch genommen haben - nicht zu sehen.“

Diese Rechtsprechung liegt auf einer Linie mit dem AG Wiesbaden, das verlangte, dass der Nutzer erst recht hätte aufmerksam sein müssen, als er zur Eingabe seiner Daten aufgefordert wurde<sup>31</sup> und deswegen eine Täuschungshandlung verneinte.

Ähnlich judizierte jüngst das AG Karlsruhe<sup>32</sup> und verneinte die Betrugsstrafbarkeit eines Abo-Fallenbetreibers. Es führte aus, dass allein die Tatsache, dass die Kostenpflichtigkeit nicht an einer beim Betrachten der Website sofort ins Auge springenden Stelle erkennbar war, spreche nicht für eine konkludente Täuschung. Der Hinweis könne vielmehr beim Internetnutzer ein Mindestmaß an Aufmerksamkeit verlangen und zum Lesen des Sternchenhinweises – und damit der Kenntnisnahme des Preises- ein Scrollen ganz nach unten erfordern – ohne, dass sich der Gesamteindruck der Internetseite als konkludente Täuschung über die Entgeltlichkeit darstelle. Explizit führte es aus, dass nicht jedes den allgemeinen Moralvorstellungen widersprechende, etwa listige, Geschäftsgebaren auch strafrechtlich relevant sei.

## V. Grundsatzkritik

**FÖR:** Die Entscheidung des LG Frankfurt und der zwei anderen genannten Gerichte setzt sich in Wertungswiderspruch zur *zivilrechtlichen* Rechtsprechung des Frankfurter Oberlandesgerichts. Bei fast identischem Sachverhalt hatte das OLG Frankfurt a.M. in seinem Urteil vom 04.12.2008, Az. 6 U 187/07 eine wettbewerbsrechtswidrige Irreführung über die Entgeltlichkeit angenommen und den Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung für die betroffenen Verbraucher bejaht. Die Betreiber der Website hätten von Anfang an in der Absicht gehandelt, die Verbraucher über die Entgeltlichkeit des Angebots zu täuschen. Somit lag direkter Vorsatz vor. Denn nur so sei die Gestaltung des Internetauftritts, der insgesamt darauf angelegt sei, den Verbraucher von der Wahrnehmung der Kostenpflichtigkeit abzuhalten, zu

<sup>30</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 423.

<sup>31</sup> AG Wiesbaden, Urteil vom 04.08.2008, Az. 93 C 619/08.

<sup>32</sup> AG Karlsruhe, Urteil vom 18.2.2010, Az. 7 C 261/09,

erklären. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der durchschnittlich verständige Internetnutzer bei solchen Angeboten nicht mit einer Kostenpflichtigkeit rechnet, weshalb an den erforderlichen Hinweis erhöhte Anforderungen zu stellen seien. Die Erklärung, warum in diesem zivilrechtlich arglistigen Täuschungsverhalten strafrechtlich keine Täuschung zu sehen sein soll, bleibt das LG hier schuldig. Mit guten Argumenten könnte eine konkludente Täuschung bejaht werden. Dies sieht wohl auch die StA Frankfurt und ihre Schwerpunktabteilung für Wirtschaftskriminalität so, da gegen den Nichteröffnungsbeschluss des LG Frankfurt Beschwerde eingelegt wurde.<sup>33</sup> Jedenfalls nach einer Literaturauffassung<sup>34</sup> sollen die übrigen Tatbestandsmerkmale des täuschungsbedingten Irrtums, der Vermögensverfügung, des Vermögensschadens sowie Vorsatz und Bereicherungsabsicht wären gegeben, so dass eine Strafbarkeit (§ 263 Abs. 1 StGB) zu bejahen sein. Sogar die Qualifikation (§ 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB) wäre erfüllt, da sich A eine dauerhafte Einnahmequelle vom Betrieb der Internetseiten versprach.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das LG Frankfurt sowie die ihm folgenden unterinstanzlichen Gerichte den A und die von ihm beauftragten Rechtsanwälte mit ihrem Intimidationsmodell „unterstützt, in dem eine Strafbarkeit verneint wird. A (s.u.) hat nach der unterinstanzlichen Rechtsprechung zivilrechtlich keinen Anspruch gegen B auf Vergütung – trotzdem muss B sich gegebenenfalls verklagen lassen, um seine Rechte durchzusetzen. A nutzt mit seinem Geschäftsmodell damit die Unerfahrenheit der Internetnutzer, die an ihn zahlen, zweifach aus:

- zum einen klärt er nicht ausreichend über die „Kostenpflichtigkeit“ seiner „Leistung“ auf;
- zum anderen nimmt er Vergütungen entgegen, die ihm rechtlich nicht zustehen.

Insbesondere in einer volkswirtschaftlichen Perspektive ist nicht einsehbar, was ein solches Geschäftsmodell zur Produktivität beiträgt – außer als Beschäftigungsinitiative für Rechtsanwälte entweder auf der Seite des A (Versuch der „Rechtsdurchsetzung“) oder des B (Kosten und Risiko der Rechtsverteidigung). Hinzukommt, dass das Internet durch Homepages von „Abofallenbetreiber“ intransparent und „verstopft“ wird. Wenn A strafbar wäre, würden voraussichtlich viele Homepages von „Abofallen“ entfallen und damit wäre der Zugang zu den originären Anbietern kostenloser Produkte einfacher und schneller.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach der bisher vorliegenden Rechtsprechung eine Betrugstrafbarkeit von „Abofallenbetreibern“ nicht zu bejahen ist. Es stellt sich deswegen die Frage, inwieweit eine Strafbarkeit nach anderen Gesetzen bejaht werden könnte.

---

<sup>33</sup> Siehe Fn. 1.

<sup>34</sup> Seidl, Keine Strafbarkeit von Abo-Fallen im Internet bei Angabe der Kostenpflichtigkeit, jurisPR-ITR 24/2009 Anm. 3.



## B. Strafbarkeit des A wegen unerlaubter Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke (§§ 106 Abs. 1, 108a Abs. 1 UrhG)

A könnte sich wegen unerlaubter Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke (Microsoft viewer) strafbar gemacht haben,

- indem er als Betreiber der o.g. Internetportale urheberrechtlich geschützte Software als Freeware angeboten und
- den Kunden nach Anmeldung und Abschluss eines kostenpflichtigen Abonnementvertrages
- diese „Freeware“ mittels einer Direktverlinkung zur Hersteller-Homepage zum Download bereitgestellt hat (§§ 106 Abs. 1, 108a Abs. 1 UrhG).

### FEX: Direktverlinkung

Unter Direktverlinkung wird hier verstanden, dass der Nutzer nach Registrierung und anschließender Anmeldung beim Anklicken des Downloadlinks auf der Internetseite des „Abfall-Betreibers“ nicht erkennt, dass ein Download nicht von dessen Seite erfolgt sondern unmittelbar von der Seite des Freeware-Herstellers. Dabei wird auch kein neues Fenster mit der Homepage des Freeware-Herstellers geöffnet sondern sofort der Download von dessen Server begonnen.

Dazu müsste er gewerbsmäßig urheberrechtlich geschützte Werke unerlaubt vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben haben.

#### § 106 UrhG Unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke

(1) Wer **in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ohne Einwilligung** des Berechtigten ein **Werk** oder eine Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes **vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergibt**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

#### § 108a UrhG Gewerbsmäßige unerlaubte Verwertung

(1) Handelt der Täter in den Fällen der §§ 106 bis 108 **gewerbsmäßig**, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

(2) Der Versuch ist strafbar.

### I. „Werk“ (§ 69a Abs. 3 UrhG)

Tatobjekt des § 106 Abs. 1 UrhG ist ein „Werk“ oder eine „Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes“. Mit dem Begriff des Werkes knüpft das Gesetz an das Erfordernis persönlicher geistiger Schöpfung in § 2 Abs. 2 UrhG - bei Computerprogrammen das der eigenen geistigen Schöpfung (§ 69 a Abs. 3 UrhG) - an (BT-Drucks. IV/270 S. 108). Das „Werk“ muss

also persönlich in wahrnehmbarer Form geschaffen worden sein, einen geistigen Gehalt, Individualität sowie die erforderliche Gestaltungshöhe aufweisen.<sup>35</sup>

#### § 2 Abs. 2 UrhG Geschützte Werke

(2) Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur **persönliche geistige Schöpfungen**.

#### § 69a UrhG Gegenstand des Schutzes

(1) Computerprogramme im Sinne dieses Gesetzes sind Programme **in jeder Gestalt**, einschließlich des Entwurfsmaterials.

(2) Der gewährte **Schutz gilt für alle Ausdrucksformen** eines Computerprogramms. Ideen und Grundsätze, die einem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrundeliegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht geschützt.

(3) Computerprogramme werden geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, daß sie das Ergebnis der eigenen **geistigen Schöpfung ihres Urhebers** sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien, insbesondere nicht qualitative oder ästhetische, anzuwenden.

(4) Auf Computerprogramme finden die für Sprachwerke geltenden Bestimmungen Anwendung, soweit in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt ist.

(5) Die Vorschriften der §§ 95a bis 95d finden auf Computerprogramme keine Anwendung.

## 1. Computerprogramme als „Werk“

Microsoft Word Viewer weist die für Computerprogramme erforderliche Gestaltungshöhe auf und ist persönliche geistige Schöpfung. Es ist damit ein Werk (§ 69a Abs. 3 UrhG) und unterliegt dem Schutz des UrhG. Anhaltspunkte für einen Ablauf der Schutzdauer (§ 64 UrhG), mit der Folge, dass die Werke gemeinfrei geworden wären, liegen nicht vor.

#### § 64 UrhG Allgemeines

Das Urheberrecht erlischt siebenzig Jahre nach dem Tode des Urhebers.

## 2. Screenshots der Computerprogramme als „Werk“

Zweifelhaft ist, ob die von A verwendeten Screenshots des Computerprogramms Werke im Sinne des UrhG darstellen und als Computerprogramme Schutz genießen. Dies wird kontrovers diskutiert.

#### LG Frankfurt:<sup>36</sup>

„Unter den Ausdrucksformen eines Computerprogramms gemäß § 69 a II S. 1 ist nur der Programmcode sowie die innere Gestaltung in Form der Struktur und Organisation des Programms zu verstehen. Benutzeroberflächen werden technisch durch das Programm bzw. dessen Befehle und Grafikdaten generiert und dementsprechend erst durch den Programmablauf sichtbar gemacht.“

<sup>35</sup> Kaiser in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 2 UrhG Rn. 2.

<sup>36</sup> LG Frankfurt CR 2007, 424, 424.

Nach einer Rechtsprechungsansicht unterfallen Screenshots dem urheberrechtlichen Schutz als Computerprogramm nicht,<sup>37</sup> da die Screenshots das Ergebnis eines Programms sind und nur dieses schutzfähig sei. Dagegen ließe sich anführen, dass Computerprogramme (§ 69 a Abs. 1 UrhG) „in jeder Gestalt“ und (Abs. 2) auch in ihrer „Ausdrucksform“ geschützt seien. Diese Argumentation verkennt jedoch, dass es schon am Computerprogramm fehlt und folglich unter der Ausdrucksform i. S. v. § 69a UrhG nur der Programmcode sowie die innere Gestaltung in Form der Struktur und Organisation des Programms zu verstehen sind.<sup>38</sup> Im Übrigen muss Kontrollüberlegung zur Abgrenzung sein, ob es technisch möglich ist, das gleiche Ergebnis auch mit verschiedenen Computerprogrammen zu erzeugen<sup>39</sup>. Die Benutzeroberflächen und Bildschirmmasken werden erst durch den Programmablauf generiert und damit sichtbar, sind also das Ergebnis des Programmbetriebs und nicht Programme.<sup>40</sup> Im Übrigen gibt es keinen Bedarf für einen solchen zusätzlichen urheberrechtlichen Schutz von Screenshots, da das Computerprogramm als solches bereits vom Urheberrecht geschützt ist. Somit sind die Screenshots nicht nach dem UrhG schutzfähig.

## **II. Tathandlungen: „Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe“ (§ 106 Abs. 1 UrhG)**

Tathandlungen sind die „Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe“ (§ 106 Abs. 1 UrhG). A hat die o.g. Werke angeboten und den Kunden nach Registrierung und Abschluss eines Abonnementvertrages dieselben mittels einer Direktverlinkung zur Microsoft Homepage zum Download bereitgestellt.

### **1. „Vervielfältigung“ (§ 69 c Nr. 1 UrhG)**

Es könnte eine Vervielfältigungshandlung vorliegen (§ 69 Nr. 1 UrhG). Vervielfältigung ist jede körperliche Festlegung des Werks, die geeignet ist, dieses den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen (§ 16 UrhG).<sup>41</sup>

#### **§ 16 UrhG Vervielfältigungsrecht**

(1) Das Vervielfältigungsrecht ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl.

(2) Eine Vervielfältigung ist auch die Übertragung des Werkes auf Vorrichtungen zur wiederholbaren Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen (Bild- oder Tonträger), gleichviel, ob es sich um die Aufnahme einer Wiedergabe des Werkes auf einen Bild- oder Tonträger oder um die Übertragung des Werkes von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen handelt.

Bei Computerprogrammen ist jede –zustimmungsbedürftige (§ 69 c UrhG) - dauerhafte oder vorübergehende, vollständige oder teilweise Vervielfältigung mit jedem Mittel und in jeder Form erfasst.

<sup>37</sup> LG Düsseldorf ZUM 2007, 559, 563; OLG Düsseldorf CR 2000, 184, 186.

<sup>38</sup> OLG Düsseldorf CR 2000, 184, 186.

<sup>39</sup> Wiebe/Funkat MMR 1998, 69, 71.

<sup>40</sup> LG Frankfurt CR 2007, 424, 425.

<sup>41</sup> Kaiser in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 106 UrhG, Rn. 12.

### § 69c UrhG Zustimmungspflichtige Handlungen

Der Rechteinhaber hat das ausschließliche Recht, folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten:

1. die **dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung**, ganz oder teilweise, eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. Soweit das Laden, Anzeigen, Abfragen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erfordert, bedürfen diese Handlungen der Zustimmung des Rechteinhabers;

(...).

Bereits das einmalige Herunterladen eines urheberrechtlich geschützten Werks aus dem Internet in einen Datenspeicher stellt nach einer Rechtsprechungsansicht eine Vervielfältigung dar.<sup>42</sup>

### OLG Köln:<sup>43</sup>

„Schon das **Aufrufen einer Webseite** aus dem Internet führt nämlich dazu, dass diese - zumindest vorübergehend - **im Arbeitsspeicher** des von dem Nutzer verwendeten PC gespeichert wird. Die Speicherung im Arbeitsspeicher erfüllt indes bereits die Anforderungen an **die körperliche Fixierung**. Das ergibt sich für Computerprogramme aus § 69 c Abs. 1 Nr. 1 UrhG und gilt auch für andere elektronisch übermittelte Informationen.“

Gleichwohl erfolgte hier nur eine „Zurverfügungstellung“ einer Downloadmöglichkeit – per Direktverlinkung zur Hersteller-Homepage – die keine körperliche Festlegung des Werkes darstellt. Die „Zurverfügungstellung“ einer Downloadmöglichkeit kann nicht mit dem Herunterladen auf die Festplatte oder in den Arbeitsspeicher eines Computers gleichgestellt werden kann, so dass keine Vervielfältigung (§ 16 UrhG) vorliegt. A fertigte keine Kopie der Software von Microsoft an. Stattdessen wurde per Hyperlink auf die entsprechende Download-Internetseite von Microsoft (Urheber) zugegriffen, mithin **lediglich eine elektronische Verknüpfung zu diesem Werk** erstellt.<sup>44</sup> Das bloße Setzen eines Hyperlinks auf eine Datei stellt **keine Vervielfältigung eines darin enthaltenen Werkes dar**,<sup>45</sup> da ein Link lediglich eine elektronische Verknüpfung der den Link enthaltenden Datei mit einer anderen in das Internet eingestellten Datei ist – wie hier der Homepage des Abfallbetreibers A. Erst durch Anklicken und Abruf der Datei beim Nutzer könnte es zu einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung kommen.<sup>46</sup>

### BGH:<sup>47</sup>

„Die Bkl. greifen durch das Setzen von Hyperlinks auch dann nicht in Vervielfältigungsrechte ein, wenn die Datei, zu der eine Verknüpfung hergestellt wird, ein geschütztes Werk enthält. Durch einen Hyperlink wird das Werk nicht i.S.d. § 16 UrhG vervielfältigt (vgl. Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 22; Wiebe, in: Ernst/Vassilaki/

<sup>42</sup> LG Braunschweig Urte. v. 08.07.2003, Az.: 6 Kls 1/03; LG München Urte. v. 13.03.2008 – Az.: 7 O 16829/07.

<sup>43</sup> OLG Köln, Urte. v. 27.10.2000, Az.: 6 U 71/00, Rn. 54 (bei juris).

<sup>44</sup> So auch in einem ähnlichen Fall: AG Hamburg, Urteil vom 24.2.2009, Az.: 36a C 224/08.

<sup>45</sup> BGH NJW 2003, 3406, 3408.

<sup>46</sup> BGH NJW 2003, 3406, 3408.

<sup>47</sup> BGH NJW 2003, 3406, 3408.

Wiebe, Hyperlinks, 2002, Rdnr. 29; Sosnitza, CR 2001, 693, 698; Plaß, WRP 2001, 195, 202). Ein **Link** ist lediglich eine **elektronische Verknüpfung** der den Link enthaltenden Datei mit einer anderen in das Internet eingestellten Datei. Erst wenn der Nutzer den Link **anklickt**, um diese Datei abzurufen, **kann es zu einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung** - im Bereich des Nutzers - kommen.“

### FÖR-Terminologie

Unter Hyperlink ist ebenso wie unter dem Begriff Link ein elektronischer Querverweis zu verstehen. Klickt man auf einen solchen, folgt ein Sprung an eine andere Stelle innerhalb desselben Hypertextes oder zu einem anderen Dokument oder einer anderen Internetseite. Im Folgenden wird einheitlich der Begriff Link verwendet. Der BGH verwendet den Begriff Hyperlink und den Begriff Link nebeneinander, aber synonym.

## 2. „Verbreiten“ (§ 69 c Nr. 3 UrhG)

Es könnte ein „Verbreiten“ (§ 69 c Nr. 3 UrhG) vorliegen.

### § 69 c Nr. 3 und 4 UrhG

3.jede Form der **Verbreitung** des Originals eines Computerprogramms oder von Vervielfältigungsstücken, einschließlich der Vermietung. Wird ein Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht, so erschöpft sich das Verbreitungsrecht in bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts;

4.die drahtgebundene oder drahtlose **öffentliche Wiedergabe** eines Computerprogramms einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung in der Weise, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.

Die Tatbestandsvariante des Verbreitens knüpft an den Verbreitungsbegriff des § 17 UrhG und für Computerprogramme an den des § 69 c UrhG an.<sup>48</sup>

### § 17 UrhG Verbreitungsrecht

(1) Das Verbreitungsrecht ist das Recht, das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen.

(2) Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung mit Ausnahme der Vermietung zulässig.

(3) Vermietung im Sinne der Vorschriften dieses Gesetzes ist die zeitlich begrenzte, unmittelbar oder mittelbar Erwerbszwecken dienende Gebrauchsüberlassung. Als Vermietung gilt jedoch nicht die Überlassung von Originalen oder Vervielfältigungsstücken

1.von Bauwerken und Werken der angewandten Kunst oder

2.im Rahmen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses zu dem ausschließlichen Zweck, bei der Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis benutzt zu werden.

<sup>48</sup> BGHSt. 49, 93, 103, Rn. 32 (bei juris).

Damit sind das Anbieten gegenüber der Öffentlichkeit und das Inverkehrbringen des Originals oder eines Vervielfältigungsstückes erfasst.<sup>49</sup>

### a) „Anbieten“ als Form der Verbreitung (§ 69 c Nr. 3 UrhG)

„Anbieten“ ist nicht nur das Angebot zum Verkauf, sondern auch das zur sonstigen Besitzüberlassung,<sup>50</sup> wobei es ist nicht erforderlich ist, dass das Vervielfältigungsstück bereits gegenständlich vorhanden ist.<sup>51</sup> Ob eine körperliche Verwertung beim Bereithalten von Software zum Download erforderlich ist, kann hier jedenfalls dahinstehen.<sup>52</sup> Es ist vielmehr zu berücksichtigen, dass die **Softwareüberlassung hier nicht vom Abofallen-Seitenbetreiber** erfolgt. Vielmehr **räumt der Hersteller der Freeware eine öffentliche Downloadmöglichkeit zu seinen Lizenzbedingungen ein und verschafft die Software** sowie die für die vertragsgemäße Nutzung erforderlichen Rechte<sup>53</sup> den Personen, die über die Direktverlinkung von den Seiten des A die Dateien anfordern (und der Lizenzvereinbarung zustimmen). Damit liegt kein Anbieten durch A vor, der lediglich als „Vermittler“ den Download von der Hersteller-Homepage per Direktverlinkung ermöglicht.

### b) „Inverkehrbringen“ als Form der Verbreitung (§ 69 c Nr. 3 UrhG)

Ein „Inverkehrbringen“ erfordert, dass ein Werkstück aus der internen Betriebssphäre der Öffentlichkeit bzw. dem freien Handelsverkehr zugeführt worden ist.<sup>54</sup> Der Täter muss es dauerhaft oder vorübergehend derart aus seinem Gewahrsam entlassen haben, dass ein Dritter tatsächlich die Verfügungsgewalt erlangt hat<sup>55</sup>. Zwar ist es bereits in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu einem Download von geschützter Software von den Internetseiten des A gekommen, jedoch muss auch hier obige Wertung berücksichtigt werden. Demnach ist entscheidend, dass A als Seitenbetreiber **zu keinem Zeitpunkt Verfügungs- bzw. Verschaffungsbefugnis** am Computerprogramm Microsoft Word Viewer hatte, unabhängig von der Frage ob Besitz an Software bestehen kann und diese als Sache einzuordnen ist. Vielmehr hatte hier stets der Urheber der Freeware und Betreiber der Internetseite, von der die Downloads im Ergebnis erfolgten, die Verfügungs- und Verschaffungsbefugnis sowie den Gewahrsam an dem Computerprogramm. Nur der Hersteller konnte darüber bestimmen, ob, wie lange, unter welchen Bedingungen und wem die Software von seiner Internetseite zur Verfügung gestellt wird. Es bestand daher ein tatsächliches von einem Herrschaftswillen ge-

<sup>49</sup> Kaiser in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 106 UrhG, Rn. 15.

<sup>50</sup> Kaiser in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 106 UrhG, Rn. 16.

<sup>51</sup> BGHZ NJW 1991, 1234, 1235.

<sup>52</sup> Dafür die wohl hM.: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 69 c, Rn. 25; Bechtold ZUM 1997, 427, 431. Dagegen etwa: Hoeren in Möhring/Nicolini, UrhG, § 69 c, Rn. 12, der darauf abstellt, dass Download und Weitergabe von Software auf einem Datenträger wirtschaftlich gleichstehen.

<sup>53</sup> **FEX:** auf den Streit, ob Software eine Sache im Sinne von § 90 BGB ist, soll hier nicht eingegangen werden. Jedenfalls sind kaufvertragliche Regelungen entsprechend bei der Überlassung von Software anwendbar (§ 453 BGB), vgl. grundlegend: BGH, Urteil vom 04-11-1987 - VIII ZR 314/86 sowie BGH, Urteil vom 14-07-1993 - VIII ZR 147/92.

<sup>54</sup> BGH Ur. v. 03.03.2004, Az.: 2 StR 109/03 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=55b15f50c6f46ead86b89606da8bc7dc&nr=28709&pos=0&anz=1>) (04.03.2010).

<sup>55</sup> BGHSt. 49, 93, 103 f., Rn. 34 f. (bei juris).

tragenes Herrschaftsverhältnis des Herstellers und damit Gewahrsam an der Software. A hingegen konnte derart nicht über Microsoft Word Viewer bestimmen, da er nur über die Downloadmöglichkeit beim Hersteller auf die Software zugreifen konnte und von ihr abhängig war. Somit liegt auch kein Inverkehrbringen durch A vor.

### 3. „Öffentliche Wiedergabe“ (§ 69 c Nr. 4 UrhG)

Das Recht der „öffentlichen Wiedergabe“ (§ 69 c Nr. 4 UrhG) umfasst die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe eines Computerprogramms einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung in der Weise, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Bei Computerprogrammen liegt eine öffentliche Wiedergabe vor, wenn einer Vielzahl von nicht persönlich verbundenen Nutzern in unkörperlicher Form das Werk wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird.<sup>56</sup> Es genügt, wenn eine Datei zum Zugriff im Internet bereitgestellt wird. Nicht erforderlich ist, dass ein solcher Zugriff tatsächlich erfolgt. Dies wurde etwa auch für Anbieter in einer Musiktauschbörse gerichtlich bestätigt.<sup>57</sup> Vom Recht der öffentlichen Wiedergabe ist auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung umfasst. Mit dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung wird dem Urheber das ausschließliche Recht vorbehalten, sein geschütztes Werk dadurch zu nutzen, dass es in Netzwerken der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.<sup>58</sup>

Hier wurde das Werk Microsoft Word Viewer auf den Internetseiten des A zum Download per Direktverlinkung zur Herstellerseite angeboten, so dass ein Bereitstellen im Internet und damit ein öffentlich Zugänglichmachen grundsätzlich vorliegen könnte. Es ist jedoch die Besonderheit zu beachten, dass die Software vom Urheber selbst zum kostenlosen Download im Rahmen eines einfachen Nutzungsrechts auf seiner Internetseite bereitgehalten wird. Der BGH hat für das Setzen eines Hyperlinks das Vorliegen einer öffentlichen Zugänglichmachung ausdrücklich verneint, weil **nicht der Linkprovider (hier A), sondern derjenige, der das Werk in das Internet gestellt habe, darüber entscheide, ob das Werk der Öffentlichkeit zugänglich bleibe.**

#### BGH<sup>59</sup>:

„Wird die **Webseite mit dem geschützten Werk nach dem Setzen des Hyperlinks gelöscht, geht dieser ins Leere.** Einem Nutzer, der die URL als genaue Bezeichnung des Fundorts der Webseite im Internet noch nicht kennt, wird der Zugang zu dem Werk durch den Hyperlink zwar erst ermöglicht und damit das Werk im Wortsinn zugänglich gemacht; dies ist aber auch bei einem Hinweis auf ein Druckwerk oder eine Webseite in der **Fußnote** einer Veröffentlichung nicht anders.“

Im Ergebnis fordert der BGH damit für das öffentliche Zugänglichmachen eine „Herrschaft“ über das Werk dergestalt, dass die Datei als physikalische Kopie auf dem eigenen Server liegt, wenn es um die Frage geht, ob eine „öffentlichen Wiedergabe“ in der Verlinkung eines

<sup>56</sup> Kaiser in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 69c UrhG, Rn. 50.

<sup>57</sup> AG Cottbus Urt. 25.05.2004, Az.: 95 Ds 1653 Js 15556/04 (57/04).

<sup>58</sup> Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz, § 19a Rn.1.

<sup>59</sup> Zum Ganzen BGH NJW 2003, 3406, 3409 (**sog. Paperboy-Rspr.**).

vom Berechtigten öffentlich zugänglich gemachten Werks durch einen Dritten liegt.<sup>60</sup> Hier fehlt es an einer solchen erforderlichen „Herrschaftsmacht“ des A, da der Urheber das Werk ins Internet gestellt hat und darüber entscheidet, ob es öffentlich zugänglich bleibt. A als Internetseitenbetreiber, der einen Downloadlink zur Verfügung stellt, kann keinen Einfluss darauf nehmen, ob der Betreiber der verlinkten Webseite (der Hersteller der Freeware) den Downloadlink entfernt. Nicht er, sondern derjenige, der das Werk in das Internet gestellt hat, entscheidet mithin darüber, ob das Werk der Öffentlichkeit zugänglich bleibt. Eine öffentliche Wiedergabe durch A scheidet somit aus.<sup>61</sup>

**BGH:**<sup>62</sup>

„Wer einen Hyperlink auf eine vom Berechtigten öffentlich zugänglich gemachte Webseite mit einem urheberrechtlich geschützten Werk setzt, begeht damit **keine urheberrechtliche Nutzungshandlung**, sondern **verweist lediglich auf das Werk** in einer Weise, die Nutzern **den bereits eröffneten Zugang erleichtert** (vgl. Dustmann, Die privilegierten Provider, 2001, S. 188f.; Manz, Die Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet nach deutschem und amerikanischem Recht, 1999, S. 53f.; Börsch, Sind Hyperlinks rechtmäßig?, 2003, S. 148f.; Plaß, WRP 2000, 599 [602]; dies., WRP 2001, 195 [202]; Schack, MMR 2001, 9 [14 Fußn. 77]; Nolte, ZUM 2003, 540 [541f.]; ebenso östOGH, medien und recht [MR] 2003, 35 - Meteo-data, mit zust. Anm. Burgstaller/Krüger; a.A. Marwitz, K&R 1998, 363 [373]). Er hält **weder das geschützte Werk selbst öffentlich zum Abruf bereit**, noch übermittelt er dieses selbst auf Abruf an Dritte. Nicht er, sondern derjenige, der das **Werk in das Internet gestellt hat, entscheidet darüber**, ob das Werk der Öffentlichkeit zugänglich bleibt.“

**FEX: a.A. vertretbar unter Rekurs auf die Rechtsprechung zum sog. „Framing“<sup>63</sup>**

Eine andere Ansicht ist wohl nur unter Heranziehung der Rechtsprechung zum sog. „Framing“ möglich: Das LG München ist der Auffassung, dass entscheidend für die Annahme von „Framing“ in Abgrenzung zu sog. „Deep Links“ sei, dass der Betreiber einer Internetseite sich fremde Inhalte dergestalt zu eigen mache, dass für den gewöhnlichen Nutzer die Fremdheit nicht mehr in Erscheinung trete (MMR 2007, 260, 262). **Dann** müsse der Inhaber der Domain, unter der die Webseite abrufbar ist, auch die **Verantwortung für das Bestehen der Nutzungsrechte** an den wiedergegebenen Inhalten übernehmen. Verlinke der Domaininhaber seine Internetseite hingegen so mit den Seiten anderer Anbieter, dass die Fremdheit dieser Angebote für den für den gewöhnlichen Nutzer deutlich erkennbar bleibt, so hafte er unter Umständen nur als Störer nach § 1004 BGB.

Zwar steht hier auf der Internetseite des „Abofallen-Betreibers“ und Domaininhabers unter dem Downloadbutton in der rechten Bildseite ein kleiner Link zur Herstellerseite. Darin wird man wohl keine deutliche Erkennbarkeit der Fremdheit des Angebots im Sinne dieser Rechtsprechung erblicken können.

<sup>60</sup> Dieses Verständnis der Entscheidung teilt auch das LG München, MMR 2007, 263, 264, das jedoch für Framing differenzieren will, siehe FEX-Kasten.

<sup>61</sup> Eine aA. vertritt das LG München (MMR 2007, 263, 264)

<sup>62</sup> Zum Ganzen BGH NJW 2003, 3406, 3409 (sog. Paperboy-Rspr.).

<sup>63</sup> Hierbei wird ein Link auf eine andere Internetseite in der Weise gesetzt, dass diese in den Seiten des Linksetzers inkorporiert wird – was nicht ersichtlich ist.



Diese Rechtsprechung ist aber folgendes entgegenzuhalten: Dass der gewöhnliche Nutzer leicht den Eindruck bekommen kann, es handele sich bei den Frame-Inhalten um eigene Inhalte des „Abofallenbetreibers“ mag in anderen Rechtsbereichen, insbesondere im Wettbewerbsrecht, durchaus bedeutsam sein. Entscheidend spricht aber gegen die Ansicht des LG München, dass für das Urheberrecht– mit Ausnahme allenfalls des hier nicht in Frage stehenden Rechts auf Anerkennung der Urheberschaft – eine etwaige Fehlvorstellung des Nutzers über die Identität des Urhebers nicht entscheidend für die Bejahung der „öffentlichen Wiedergabe“ ist. Denn dem Internetseitenbetreiber, der „framed“ wird ja gerade im Kern vorgeworfen, ein fremdes Werk verwendet zu haben und nicht dass man die „Fremdheit“ seines Angebots nicht erkennt (ebenso Ott, Anm. zu LG München, MMR 2007, 263, 264).

Gegen die Annahme einer öffentlichen Wiedergabe spricht auch, dass dem A im Wesentlichen vorgeworfen wird, das Werk unter Verstoß gegen Lizenzbedingungen wirtschaftlich zu verwerten, ohne den Ursprung der Direktverlinkung, namentlich die Herstellerseite, anzugeben. Der fehlende Hinweis auf den wahren Urheber (Microsoft) kann eine Urheberrechtsverletzung zwar durchaus noch verstärken und sich im Rahmen der Lizenzanalogie bei der Schadenshöhe niederschlagen. Dies rechtfertigt jedoch nicht, die nicht offen zu Tage tretende Fremdheit der „Freeware“ als entscheidendes Kriterium dafür heranzuziehen, ob eine Urheberrechtsverletzung überhaupt vorliegt.<sup>64</sup>

### III. Ergebnis

Da A lediglich den Zugang zu Seiten vermittelt, die frei abrufbar sind und der Kunde, der urheberrechtlich freien Zugang zu der Seite hat, den Zugang selbst durchführt und in der Folge die Lizenzbedingungen der Urheberin akzeptieren muss, liegt keine Strafbarkeit nach dem UrhG vor. Somit hat sich A nicht strafbar gemacht (§ 106 UrhG).

## C. Strafbarkeit des A wegen Kennzeichenverletzung (§ 143 Abs. 1 und 2 MarkenG)

A könnte sich durch das kostenpflichtige Anbieten einer Direktverlinkung zu Freeware Programmen unter Einblendung entsprechender Screenshots dieser Programme sowie Nennung ihrer Bezeichnung in einer Überschrift auf den o.g. Internetseiten strafbar gemacht haben (§ 143 Abs. 1 und 2 MarkenG). Hierzu müsste A die Inlandswortmarke der Programme (fiktives Beispiel: Microsoft Word Viewer Vers. 10) auf den von ihm oben genannten Internetseiten im geschäftlichen Verkehr widerrechtlich und gewerbsmäßig verwendet haben.

#### § 143 MarkenG Strafbare Kennzeichenverletzung

(1) Wer im **geschäftlichen Verkehr widerrechtlich**

1. **entgegen § 14 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 ein Zeichen benutzt,**

2. **entgegen § 14 Abs. 2 Nr. 3 ein Zeichen in der Absicht benutzt, die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung einer bekannten Marke auszunutzen oder zu beeinträchtigen,(...)**

<sup>64</sup> AG Hamburg, Urteil vom 24.2.2009, Az.: 36a C 224/08 (nicht rechtskräftig).

(2) Handelt der Täter **gewerbsmäßig**, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

**§ 14 Abs. 1 und 2 MarkenG Ausschließliches Recht des Inhabers einer Marke, Unterlassungsanspruch, Schadensersatzanspruch**

(1) Der Erwerb des Markenschutzes nach § 4 gewährt dem Inhaber der Marke ein ausschließliches Recht.

(2) Dritten ist es untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr

1.ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt,

2.ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfaßten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, daß das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird, oder

3.ein mit der Marke identisches Zeichen oder ein ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke Schutz genießt, wenn es sich bei der Marke um eine im Inland bekannte Marke handelt und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

**FÖR: Praxisszenario: Openoffice Screenshot mit Downloadlink unter [www.opendownload.de](http://www.opendownload.de)**

Quelle: <http://www.opendownload.de/programm.php?name=OpenOffice> (25.02.2010).

**I. Markenschutz (§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 MarkenG)**

„Microsoft Word Viewer“ ist als Inlandswortmarke mit der Nr. xyz geschützt (§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 1 MarkenG).

### § 3 Abs. 1 MarkenG Als Marke schutzfähige Zeichen

(1) Als Marke können alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

### § 4 MarkenG Entstehung des Markenschutzes

Der Markenschutz entsteht

1. durch die Eintragung eines Zeichens als Marke in das vom Patentamt geführte Register,
2. durch die Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr, soweit das Zeichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Marke Verkehrsgeltung erworben hat, oder
3. durch die im Sinne des Artikels 6bis der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (Pariser Verbandsübereinkunft) notorische Bekanntheit einer Marke.

## II. Kennzeichenmäßiger Gebrauch (§ 143 MarkenG) oder bloße Markennennung

In der Verwendung von Screenshots von geschützten Computerprogrammen mit den Titeln ihrer genauen Bezeichnung (fiktives Bsp.: Microsoft Word Viewer Vers. 10) in Verbindung mit der Präsentation eines Downloadlinks zur Homepage des Herstellers durch A könnte ein kennzeichenmäßiger Gebrauch liegen.

An einer kennzeichenmäßigen Benutzung fehlt es bei einer Verwendung der Marke als beschreibende Angabe, soweit der Verkehr hierin eine gattungsmäßige Bezeichnung des Produkts sieht.<sup>65</sup>

### BGH:<sup>66</sup>

„Bei deren Beurteilung ist unter Zugrundelegung eines durchschnittlich informierten, **aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers** (vgl. BGH, = GRUR 2000, 506 [508] = NJW-RR 2000, 856 = LM § 14 MarkenG Nr. 14 = WRP 2000, 535 - ATTACHE/TISSERAND) von der Auffassung der beteiligten **Verkehrskreise**, also der von der entsprechenden Werbung angesprochenen Personen auszugehen.“

Eine solche gattungsmäßige Bezeichnung kann in der Verwendung eines Screenshots mit dem Schriftsatz „Microsoft Word Viewer Vers. 10“ hier nicht gesehen werden, da dieser der Bewerbung der konkreten Downloadmöglichkeit des Produkts und nicht einer abstrakten Gattung von Produkten dient.

Abzugrenzen ist ein kennzeichenmäßiger Gebrauch jedenfalls von einer bloßen Namensnennung.<sup>67</sup> Daher ist im Folgenden im Rahmen einer Gesamtabwägung unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls<sup>68</sup> unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrsauffassung weiter zu prüfen, ob ein kennzeichenmäßiger Gebrauch vorliegt.

<sup>65</sup> BGH GRUR 1996, 68, 70.

<sup>66</sup> BGH GRUR 2002, 814, 815.

<sup>67</sup> Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Auflage 2003, § 14 Rn. 132.

<sup>68</sup> BGH GRUR 2002, 814, 815.

Keine bloße Markennennung, sondern eine kennzeichenmäßige Benutzung einer Marke liegt dagegen vor, wenn der angesprochene Verkehr aus der Benutzung der Bezeichnung keinerlei Hinweise entnehmen kann, dass diese gerade nicht als Herkunftshinweis benutzt werden soll.<sup>69</sup>

## 1. Argumente für einen kennzeichenmäßigen Gebrauch

Hier wird der Screenshot zur Bewerbung der eigenen Downloadmöglichkeit des betreffenden Softwareprodukts verwendet und in Abgrenzung zu anderen möglichen Softwareprodukten, die heruntergeladen werden können.

Ob darin eine einfache Markennennung vorliegt, indem lediglich auf den Urheber des Produkts verwiesen wird, da nur eine Direktverlinkung zur Downloadmöglichkeit von der Internetseite des Urhebers erfolgt oder ob darin ein Herkunftshinweis zu sehen ist, entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung, s.o.. Ausreichend ist, wenn ein nicht ganz unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen in der konkreten Benutzungsart als Herkunftshinweis für die bezeichneten Produkte versteht oder eine gedankliche Verknüpfung zwischen Klagemarke und Kollisionszeichen herstellt.<sup>70</sup> Insgesamt ist ein weiter Maßstab anzuwenden, wobei die objektive Möglichkeit genügt, dass der Verkehr das Zeichen als Herkunftshinweis versteht. Auf die subjektive Vorstellung des Nutzers kommt es nicht an. Der BGH bejaht die Anwendung des Verletzungsrechts unter Rekurs auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>71</sup> dann, wenn die in Rede stehende Bezeichnung zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen als solche eines bestimmten Unternehmens benutzt werde. Eine Benutzung als Marke liege hingegen nicht vor, wenn die Verwendung zu anderen Zwecken erfolge.<sup>72</sup>

### BGH: <sup>73</sup>

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften hängt die Frage, ob die Bestimmung des Art. 5 I MarkenRL<sup>74</sup>, die durch § 14 II Nrn. 1 und 2 MarkenG umgesetzt worden ist und die deshalb in gleicher Weise wie die Richtlinienbestimmung auszulegen ist, Anwendung findet, davon ab, ob die in Frage stehende **Bezeichnung zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen als solche eines bestimmten Unternehmens**, also als Marke, **benutzt wird**, oder ob die Verwendung zu anderen Zwecken erfolgt (EuGH, Slg. 1999, I-905 = GRUR Int 1999, 438 [440 Rdnr. 39] = NJWE-WettbR 1999, 137 = WRP 1999, 407 - BMW/Deenik).“

### Artikel 5 EG-MarkenRL (RL 2008/95/EG) Rechte aus der Marke

(1) Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

a) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist;

<sup>69</sup> OLG Frankfurt/Main, MMR 2006, 38, 39.

<sup>70</sup> Müller in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 1. Aufl. 2008, § 14 MarkenG, Rn. 27.

<sup>71</sup> EuGH, Rs. C-63/97, Slg. 1999, I-905, GRUR Int. 1999, 438, 440..

<sup>72</sup> BGH GRUR 2002, 814, 815.

<sup>73</sup> BGH GRUR 2002, 814, 814.

<sup>74</sup> RL 2008/95/EG.

b) ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.

Eine Markenbenutzung als Verletzungshandlung im markenrechtlichen Sinne setzt demnach auch voraus, dass sie im Rahmen des Produkt- oder Leistungsabsatzes auch der Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von anderen diene.<sup>75</sup> Grundsätzlich stellt zusammenfassend die Benutzung einer Marke sowohl als Unterscheidungsmittel als auch als Werbemittel im Produktabsatz eine potenzielle Markenrechtsverletzung im Sinne einer Benutzung als Marke dar.<sup>76</sup>

**BGH.**<sup>77</sup>

„Eine Markenbenutzung im vorgenannten Sinne einer Verletzungshandlung nach Art. 5 I MarkenRL und entsprechend nach § 14 II MarkenG setzt demnach voraus, dass sie jedenfalls **im Rahmen des Produkt- oder Leistungsabsatzes auch der Unterscheidung der Waren/Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer dient** (vgl. Fezer, Rdnr. 39a).“

Für eine kennzeichenmäßige Verwendung i.c. spricht demnach, dass die Marke vom werbenden A benutzt wird,

- um die Ware als solche eines gewissen Herstellers zu bestimmen, die Gegenstand der Dienstleistung (der Eröffnung einer Downloadmöglichkeit) sind.
- Damit sollen diese Waren von anderen Waren (andere Software anderer Hersteller, die ebenfalls heruntergeladen werden können) unterschieden werden, die Gegenstand derselben Dienstleistung (Ermöglichung des Downloads) sein könnten.
- Ferner zielt der verwendete Screenshot darauf ab, den Absatz der Dienstleistungen (häufigerer Abschluss des Abonnementvertrages zwecks Eröffnung der Downloadmöglichkeit von Microsoft-Produkten) des A zu fördern.

## 2. Argumente gegen einen kennzeichenmäßigen Gebrauch

Jedoch könnte hier primär eine zitierende referierende Nutzung der Microsoft Wortmarke gegeben, die ähnlich der Interpretation der Direktverlinkung als „Verweis“ bzw. „Fussnote“ vom BGH (bei der Frage der Urheberrechtsverletzung, siehe BGH NJW 2003, 3406, 3409) zu keiner Verletzungshandlung führt. Dafür sprechen folgende Gesichtspunkte:

- Die Marke wird nur im Rahmen beschreibender Angaben verwendet.
- A bezeichnet gerade mit dem Screenshot fremde Produkte und darin liegt gerade keine Beeinträchtigung der Ursprungsgarantie der Marke.
- Es liegt keine Dienstleistung des A im markenrechtlichen Sinne vor.

<sup>75</sup> Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 14 Rn. 133.

<sup>76</sup> Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 14 Rn. 148.

<sup>77</sup> Siehe Fn. 37.

## a) Nur beschreibende Angaben

Die Nutzung der Marke könnte hier nur in beschreibender Funktion erfolgen. Auch nach dem BGH ist insoweit eine Verwendung der Marke in einem Werbeslogan dann nicht verletzend, wenn der Verkehr das Zeichen im konkreten Zusammenhang lediglich beschreibend versteht.<sup>78</sup>

Der BGH macht demnach die Anwendbarkeit der Strafvorschriften des MarkenG davon abhängig, ob „die in Rede stehende Bezeichnung zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen als solche eines bestimmten Unternehmens, also als Marke benutzt wird, oder ob die Verwendung zu anderen Zwecken erfolgt“. Eine Markenbenutzung setze voraus, dass sie jedenfalls im Rahmen des Produkt- oder Leistungsabsatzes auch der Unterscheidung der Waren/Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen diene, s.o.. Lügen diese Voraussetzungen nicht vor, so liege keine Markenverletzung vor.

### BGH:<sup>80</sup>

„Es fehlt schon - was das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft ungeprüft gelassen hat - an der Grundvoraussetzung für die Annahme einer Markenverletzung im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, einer **Verwendung der angegriffenen Bezeichnung als Marke**, nämlich zur **Unterscheidung der in Frage stehenden Dienstleistungen von denen anderer Unternehmen** im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften.“

Da nur die Software von beispielsweise Microsoft bildlich illustriert und damit für die Downloadmöglichkeit bei A geworben wird, erfolgt die Nutzung der Marke hier in beschreibender Funktion. Eine solche rein beschreibende Markennutzung erfüllt nicht den Tatbestand des § 14 MarkenG.

### OLG Köln:<sup>81</sup>

„In Anwendung dieser Grundsätze ist eine **rein beschreibende Angabe** ungeachtet des § 23 Nr. 2 MarkenG schon **aus dem Schutzbereich des Verletzungstatbestands** des § 14 II 2 MarkenG von vornherein **ausgenommen**.“

## b) Bezeichnung fremder Produkte – Keine Beeinträchtigung der Ursprungsgarantie

Wird ein geschütztes Zeichen also nicht zur Bezeichnung von eigenen Produkten verwendet, sondern lediglich zur Bezeichnung fremder Originalprodukte, spricht man gerade von Markennennung. Beispiele sind die Bestimmungsangabe für das eigene Produkt, die zur Verwendung mit den fremden Produkten bestimmt sind, die vergleichende Werbung, die Erwähnung zu redaktionellen Zwecken. Dies entspricht der bloßen Namensnennung<sup>82</sup> (§ 12 BGB).

<sup>78</sup> BGH, Mitt. 1983, 96 – Die gute Idee; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Auflage 2003, § 14 Rn. 137.

<sup>80</sup> BGH, Urt. v. 06.12.2001, Az.: I ZR 136/99, Rn. 17 (bei juris).

<sup>81</sup> OLG Köln NJW 2003, 518, 519.

<sup>82</sup> Müller in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 14 MarkenG, Rn. 31.

## § 12 BGB Namensrecht

Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem anderen bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

Objektiv ist vorliegend der Screenshot Illustration einer Downloadmöglichkeit des Softwareproduktes. Bei diesem handelt es sich um Freeware, die unter dem Punkt Lizenz in der rechten Spalte der Internetseite als Freeware beworben und bezeichnet wird. Ferner gibt es darunter auch einen Link zur Herstellerseite.

**FÖR: Praxisszenario: Veranschaulichung der Problematik am Beispiel [www.opendownload.de](http://www.opendownload.de)**



Quelle: <http://www.opendownload.de/programm.php?name=OpenOffice> (25.02.2010).

Den Nutzern ist daher klar, dass die Urheberin der Produkte Microsoft in unserem Fall bzw. Sun auf dem Screenshot ist und das Zeichen in der konkreten Benutzungsart als Hinweis für die bezeichneten Produkte dient. Jedoch soll damit kein eigenes Produkt des A beworben werden, sondern das auch so bezeichnete Freeware Produkt der Fa. Microsoft, die ausdrücklich als Hersteller bezeichnet wird. Über den als solchen bezeichneten Hersteller-Link in der unteren Hälfte der rechten Spalte ist sogar ein Link zu der Herstellerseite eröffnet. Die Verwendung des Microsoft bzw. hier Sun-Screenshots dient ergo in erster Linie ersichtlich der **Bezeichnung des fremden Originalprodukts**. Zu keinem Zeitpunkt wird die Ursprungsgarantie der Marke im Sinne der kommerziellen Herkunft des markierten Produkts beschränkt, es liegt vielmehr eine referierende oder **zitierende Benutzung** der Wortmarke „Microsoft Word Viewer“ bzw. in unserem Beispiel Staroffice von Sun im Screenshot vor, so dass kein kennzeichenmäßiger Gebrauch gegeben ist.

### c) Keine Dienstleistung des Beschuldigten im markenrechtlichen Sinne

Zudem wird mit Klick unter den Titel mit der Wortmarke Microsoft eine Direktverknüpfung zur Downloadmöglichkeit der Freeware bei Microsoft eröffnet, so dass keine eigene Downloadmöglichkeit des A beworben wird. A hält die Dateien nicht selbst vor. Somit wird mit der Beschreibung nicht eine Dienstleistung des A im markenrechtlichen Sinne eigens gekennzeichnet. Der Verkehr unterliegt hier nicht der Fehlvorstellung, dass A der Direktanbieter von Microsoft Produkten ist. Die Microsoft Wortmarken, die in den Titeln zum Download verwendet werden, lediglich zur Unterscheidung des Produkts von anderen Produkten, was als alleiniger Anknüpfungspunkt für eine Verletzungshandlung nicht genügt.<sup>83</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist kein Verletzungstatbestands gegeben, da sich die Kennzeichnung weder unmittelbar noch mittelbar auf das eigene Produktangebot des A bezieht, sondern die Marke lediglich zur **Benennung fremder Originalprodukte** - namentlich derer von Microsoft in unserem Bsp. - eingesetzt wird, so dass nur eine Markennennung vorliegt.<sup>84</sup> Es wird auch hier stets das richtige Produkt mit der richtigen Marke benannt, nämlich das Microsoft Word Version 10 Produkte von Microsoft ist und der Download von der Herstellerseite von Microsoft erfolgt.

### III. Ergebnis

A ist somit insoweit nicht strafbar (§ 143 MarkenG).

### D. Strafbarkeit des A wegen rechtswidriger gewerbsmäßiger Benutzung eines Geschmacksmuster (§ 51 Abs. 1, 2 GeschmMG)

A könnte sich durch das kostenpflichtige Anbieten einer Direktverlinkung zu Microsoft-Freeware Programmen unter Einblendung entsprechender Screenshots vom „Microsoft Word Viewer“ mit der Überschrift „Microsoft Word Viewer Vers. 10“ auf den eigenen Internetseiten strafbar gemacht haben wegen rechtswidriger gewerbsmäßiger Benutzung eines Geschmacksmusters (§ 51 Abs. 1, 2 GeschmMG).

#### § 51 Abs. 1 und 2 GeschmMG Strafvorschriften

(1) Wer **entgegen § 38 Abs. 1 Satz 1 ein Geschmacksmuster benutzt**, obwohl der **Rechtsinhaber nicht zugestimmt** hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Handelt der Täter **gewerbsmäßig**, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

<sup>83</sup> Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Auflage 2003, § 14 Rn. 111.

<sup>84</sup> Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Auflage 2003, § 14 Rn. 83 ff..



### § 38 Abs. 1 GeschmMG Rechte aus dem Geschmacksmuster und Schutzzumfang

(1) Das Geschmacksmuster gewährt seinem Rechtsinhaber das ausschließliche Recht, es zu benutzen und Dritten zu verbieten, es ohne seine Zustimmung zu benutzen. Eine Benutzung schließt insbesondere die Herstellung, das Anbieten, das Inverkehrbringen, die Einfuhr, die Ausfuhr, den Gebrauch eines Erzeugnisses, in das das Geschmacksmuster aufgenommen oder bei dem es verwendet wird, und den Besitz eines solchen Erzeugnisses zu den genannten Zwecken ein.

Ein Computerprogramm an sich ist jedenfalls nicht schutzfähig (§ 1 Nr. 2 GeschmMG).

### § 1 Nr. 1 und 2 GeschmMG Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes

1. ist ein Muster die zweidimensionale oder dreidimensionale Erscheinungsform eines ganzen Erzeugnisses oder eines Teils davon, die sich insbesondere aus den Merkmalen der Linien, Konturen, Farben, der Gestalt, Oberflächenstruktur oder der Werkstoffe des Erzeugnisses selbst oder seiner Verzierung ergibt;

2. ist ein Erzeugnis jeder industrielle oder handwerkliche Gegenstand, einschließlich Verpackung, Ausstattung, grafischer Symbole und typografischer Schriftzeichen sowie von Einzelteilen, die zu einem komplexen Erzeugnis zusammengebaut werden sollen; **ein Computerprogramm gilt nicht als Erzeugnis**;

Zu klären ist aber, ob Screenshots dem Schutz des Geschmacksmustergesetzes unterliegen. Dagegen wird angeführt, dass es an einer körperlich manifestierten Darstellung des Musters fehlt. Für die Schutzfähigkeit spricht, dass es sich bei Bildschirmmasken eben nicht um Computerprogramme handelt.<sup>85</sup> Die Tatsache, dass das „look and feel“<sup>86</sup> von Computerprogrammen nicht geschützt werden sollte (vgl. Erläuterungen des Vorschlags einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, BR-Drucks. 42/94, 13), steht dem nicht entgegen. Denn das „look and feel“ ist mehr als die bloße Bildschirmmaske. Zweck der Vorschrift ist zudem, Überschneidungen mit dem Urheberschutz von Computerprogrammen zu vermeiden.

Dieser Streit kann jedoch in den meisten Fällen – so auch hier – dahinstehen, da es bei „üblichen“ Gestaltungen von Webseiten – wie auch hier – an der erforderlichen Eigenart (§ 2 Abs. 1 GeschmMG) fehlt. Nach teilweise vertretener Auffassung fehlt es zudem in der Regel an der erforderlichen Neuheit (§ 2 Abs. 2 GeschmMG) für den Schutz, weil alle im Internet abrufbaren Websites als vorbekannt zu gelten haben.<sup>87</sup> Neu ist ein Muster nur dann, wenn es im Verkehr bislang unbekannt war und gegenüber den vorhandenen Formen eine neue ästhetische Form hervorbringt.

Hier sind beide Screenshots solche von Programmen der Fa. Microsoft, die in mannigfachen Nachfolgerversionen und Updates existieren. So auch hier die Microsoft Word Viewer Version 10, so dass von einer Vorbekanntheit der optischen Strukturen des Programms auszugehen ist. Damit besteht kein Schutz von Screenshots nach dem Geschmacksmustergesetz im vorliegenden Fall und A ist insoweit nicht strafbar.

<sup>85</sup> Wandtke/Ohst GRUR Int. 2005, 91, 94.

<sup>86</sup> Darunter versteht man die Eigenschaften, die über die Benutzeroberfläche hinausgehen, etwa die Belegung der Tastatur (dazu näher Koch GRUR 1991, 180, 181).

<sup>87</sup> Ernst in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.1, Rn. 25; ebenso Frank GRUR 1991, 180, 192.

### § 2 Abs. 1 und 2 Geschmacksmusterschutz

- (1) Als Geschmacksmuster wird ein Muster geschützt, das **neu** ist und **Eigenart** hat.
- (2) Ein Muster gilt als neu, wenn **vor dem Anmeldetag kein identisches Muster offenbart** worden ist. Muster gelten als identisch, wenn sich ihre **Merkmale nur in unwesentlichen Einzelheiten** unterscheiden.

## E. Strafbarkeit wegen strafbarer Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG)

### § 16 Abs. 1 UWG Strafbare Werbung

- (1) 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.

Schließlich ist auch nicht von einer Strafbarkeit gem. § 16 Abs. 1 UWG auszugehen. Der Tatbestand setzt eine irreführende Werbung durch unwahre Angaben voraus.

Die Ankündigung auf der Internetseite Zugriff auf Downloadmöglichkeiten verschiedener Software zum Preis von 96,00 EUR pro 12 Monaten zu erhalten, entspricht den objektiven Tatsachen. Hierauf wird, wenn auch z.T. an ungewöhnlicher Stelle und verdeckt, s.o., hingewiesen. Dieser Hinweis steht unter dem Anmeldebutton, so dass von einem bewussten Verschweigen wesentlicher Tatsachen nicht ohne weiteres ausgegangen werden kann. Die Angaben sind mithin inhaltlich wahr, s.o., so dass keine unwahren Angaben im Sinne des § 16 UWG vorliegen. **Objektiv richtige Angaben hingegen fallen, auch wenn sie irreführend** sind, wegen der nach Art 103 Abs. 2 GG erforderlichen Bestimmtheit des Straftatbestandes **nicht unter § 16 Abs. 1 UWG**.<sup>88</sup>

### Art. 103 Abs. 2 GG

- (2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

## F. Strafbarkeit wegen gewerbsmäßigem Wucher (§ 291 Abs. 1, 2 Nr. 2 StGB)

### § 291 Abs. 1 ,2 Nr. 2 StGB Wucher

- (1) Wer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten
1. für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen,
  2. für die Gewährung eines Kredits,
  3. für eine sonstige Leistung oder

<sup>88</sup> Allgm. Meinung, siehe allein: OLG Stuttgart GRUR 81, 750, 750; KG GRUR 73, 601, 601; Hefermehl/Köhler/Bornkamm § 16 Rdn 10.

4. für die Vermittlung einer der vorbezeichneten Leistungen

Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

2. die Tat gewerbsmäßig begeht, (...).

A müsste eine in § 291 Abs. 1 StGB genannte Schwächesituationen („Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche“) bei anderen Personen wirtschaftlich ausgebeutet und sich gleichzeitig für seine Leistung einen unverhältnismäßig großen Vermögensvorteil versprochen lassen haben (Vermögensvorteil, der in „auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung“ steht).

### I. „auffälliges Missverhältnis“

Zwar könnte das Tatbestandsmerkmal des auffälligen Missverhältnisses zwischen dem Erbringen der Leistung (Zurverfügungstellung eines Downloadlinks zur Herstellerseite) und dem Preis von knapp 98,00 EUR pro 12 Monate liegen. Dies ist vom Standpunkt des Leistenden zu beurteilen.<sup>89</sup> Ein auffälliges Missverhältnis liegt hier vor, da die angefragte Software als Freeware sonst kostenlos im Internet zu finden ist. Einem Kundigen wäre somit bei Kenntnis der maßgeblichen Faktoren ohne weiteres ersichtlich (also würde ihm sozusagen in die Augen springt), dass der ausbedungene Vermögensvorteil den Wert der Leistung in einem völlig unangemessenen Umfang übertrifft.

### II. „Ausbeuten“ einer besonderen Schwächesituation („Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche“)

Eine Strafbarkeit gem. § 291 StGB könnte aber bereits am fehlenden Merkmal des Ausbeutens scheitern. Ausbeuten ist die bewusste und besonders anstößige Ausnutzung der Lage des anderen zur Erlangung übermäßiger Vermögensvorteile.<sup>90</sup> Dass A eine besondere im Folgenden zu prüfende Schwächesituation des B in diesem Sinne ausgenutzt hat, ist hier nicht ersichtlich.

- Für die Annahme, dass diese nach ihren Verhältnissen die Leistung dringend benötigten und sie nach den Umständen anderweitig nicht günstiger erlangen konnten („Zwangslage“)<sup>91</sup>, bestehen keine Anhaltspunkte. Vielmehr wäre ein Download von den Herstellerseiten kostenlos ohne weiteres möglich gewesen, sogar über den Link auf der Seite des A, s.o.. Überdies gibt es unzählige kostenlose Downloadmöglichkeiten von anderen Internetseiten. Somit liegt keine Zwangslage vor.
- Für die Annahme des Mangels an Urteilsvermögen bei dem Empfängern namentlich, dass diesen die Fähigkeit fehle, die beiderseitigen Leistungen und die wirtschaftlichen Folgen des Geschäftsabschlusses vernünftig zu bewerten<sup>92</sup>, bestehen keine Anhaltspunkte.

<sup>89</sup> BGHSt 43, 53, 59.

<sup>90</sup> BGHSt 11, 182, 187.

<sup>91</sup> BT-Dr 7/3441 S. 40.

<sup>92</sup> Stree/Heine in Schönke/Schröder, § 291 Rn. 26.

- Auch das Tatbestandsmerkmal der Unerfahrenheit des Empfängers liegt hier nicht vor. Unerfahrenheit ist eine den Ausgebeuteten vom Durchschnittsmenschen unterscheidende Eigenschaft, die auf einem Mangel an Geschäftskennntnis und Lebenserfahrung im Allgemeinen oder auf einzelnen Gebieten beruht und eine Einschränkung der Fähigkeit zur Wahrnehmung oder richtigen Beurteilung von Zuständen oder Geschehnissen zur Folge hat.<sup>93</sup> Dass der B als Leistungsempfänger unter Umständen nicht sehr geschäftserfahren war, führt nicht zu einer im Vergleich zum Durchschnittsmenschen führende Unerfahrenheit an Geschäftskennntnis oder Lebenserfahrung. Zumal nach der Rechtsprechung des BGH die bloße Unkenntnis über die Bedeutung des abzuschließenden Geschäfts oder ein Informationsmangel hierzu nicht genügen.<sup>94</sup>
- Ebenso bestehen keine Anhaltspunkte für eine solche erhebliche Verringerung der Widerstandskraft, einem wucherischen Angebot zu widerstehen, dass der Schwächezustand gradmäßig den sonstigen in § 291 StGB genannten Schwächesituationen gleichkommt<sup>95</sup>. Daher liegt auch keine erhebliche Willensschwäche vor.

Laut der Literatur fehlt es jedenfalls bereits an der Ausbeutung einer Schwächesituation, wenn das Opfer sich einer Zwangslage nicht bewusst ist und damit seine ernste Bedrängnis noch nicht realisiert hat.<sup>96</sup> Hier war sich B - unabhängig vom Bestehen einer solchen - einer Zwangslage auch nicht bewusst.

## G. Ergebnis

A ist nicht strafbar.

## Teil 3: Zivilrechtliche Fragen

### A. Wie kann man sich vom „Vertrag“ lösen?

Im Folgenden werden denkbare rechtliche Vorgehensweisen gegen das „Abo“ ausgeführt, die weder abschließend sind, noch kumulativ nebeneinander Anwendung finden. Ihre Anwendbarkeit hängt zudem von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab.

- Argumentation, dass kein Vertrag zustande gekommen sei mangels eigener Willenserklärung (kein Rechtsbindungswille vorhanden gewesen, da der Nutzer von einem kostenfreien Angebot ausgeht)
- Argumentation hilfsweise, dass eine Willenserklärung des Nutzers nur auf Abschluss eines kostenfreien Schenkungsvertrages gerichtet war.
- Keine Einigung über eine Kostenpflichtigkeit, da die Zahlungspflicht betreffende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen überraschend und somit unwirksam

---

<sup>93</sup> BGHSt 43, 53, 61.

<sup>94</sup> BGH 13, 233; Stree-Heine in Schönke/Schröder, § 291 Rn. 25.

<sup>95</sup> vgl. BT-Drs. 7/5291 S. 20.

<sup>96</sup> Stree/Heine in Schönke/Schröder, § 291 Rn. 24.

war (§ 305 c Absatz 1 BGB) bzw. ein Vertrag wegen eines versteckten Einigungsmangels über den Preis nicht zustande gekommen ist (§ 155 BGB).<sup>97</sup>

#### **§ 305c Abs. 1 BGB Überraschende und mehrdeutige Klauseln**

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

#### **§ 155 BGB Versteckter Einigungsmangel**

Haben sich die Parteien bei einem Vertrag, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde.

- Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB)

#### **§ 123 Abs. 1 BGB Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung**

(1) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

- Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt der Willenserklärung (§ 119 Abs. 1 BGB)

#### **§ 119 Abs. 1 BGB Anfechtbarkeit wegen Irrtums**

(1) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

- Ordentliche und außerordentliche Kündigung nach den Vorschriften im Dienstvertragsrecht (§§ 621, 626 BGB).

#### **§ 621 BGB Kündigungsfristen bei Dienstverhältnissen**

Bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 ist, ist die Kündigung zulässig,

1. wenn die Vergütung nach Tagen bemessen ist, an jedem Tag für den Ablauf des folgenden Tages;
2. wenn die Vergütung nach Wochen bemessen ist, spätestens am ersten Werktag einer Woche für den Ablauf des folgenden Sonnabends;
3. wenn die Vergütung nach Monaten bemessen ist, spätestens am 15. eines Monats für den Schluss des Kalendermonats;
4. wenn die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen ist, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen für den Schluss eines Kalendervierteljahrs;
5. wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen ist, jederzeit; bei einem die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnis ist jedoch eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten.

<sup>97</sup> So das AG München Urt. v. 16.01.2007, Az.: 161 C 23695/06.

### **§ 626 BGB Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund**

(1) Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

(2) Die Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muss dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen.

- Widerruf (§ 312 d Abs. 1 BGB)

### **➤ § 312d Abs. 1 und 3 BGB Widerrufs- und Rückgaberecht bei Fernabsatzverträgen**

➤ (1) Dem Verbraucher steht bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu. Anstelle des Widerrufsrechts kann dem Verbraucher bei Verträgen über die Lieferung von Waren ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden.

➤ (3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.

## **B. Weitere denkbare Anspruchsgrundlagen**

### **I. Als Privater Schadensersatzansprüche**

- § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB

### **§ 823 BGB Schadensersatzpflicht**

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

### **§ 263 Abs. 1 StGB Betrug**

(1) Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

- § 826 BGB

### **§ 826 BGB Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung**

Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

- §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB auf Ersatz der einem Verbraucher entstandenen Anwaltskosten zur Abwehr einer „sofort“ anwaltlich geltend gemachten Forderung des „Abofallenbetreibers“

#### **§ 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen Pflichtverletzung**

(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

#### **§ 311 Abs. 2 BGB Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse**

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,

2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

#### **§ 241 BGB Pflichten aus dem Schuldverhältnis**

(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.

#### **LG Mannheim:<sup>98</sup>**

„Grundsätzlich kommt im **Falle der unberechtigten Inanspruchnahme als angeblicher Schuldner für den Ersatz der Kosten zur Abwehr dieser Forderung ein Anspruch aus §§ 280 I, 311 II BGB in Betracht** (BGH NJW 2007, 1458, juris Ziffer 8). Ein Haftung scheidet gemäß § 280 I 2 BGB aber aus, wenn der vermeintliche Gläubiger nicht zumindest fahrlässig handelt, wobei Fahrlässigkeit nicht schon dann angenommen werden kann, wenn der Gläubiger nicht erkennt, dass seine Forderung in der Sache nicht berechtigt ist. Ergibt nämlich eine Plausibilitätskontrolle, dass nicht sicher davon ausgegangen werden muss, dass eine Forderung nicht besteht, darf der Gläubiger auch einen im Ergebnis vermeintlichen Anspruch geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten befürchten zu müssen (BGH NJW 2009, 1262, juris Ziffer 20).

Gemessen an diesen Anforderungen hat die **Beklagte [d.h. der „Abofallenbetreiber“ – Anm. d. Verf.] in vorliegendem Fall jedenfalls fahrlässig** gehandelt. Zwar ist dem Kläger vorzuwerfen, dass er nicht unverzüglich auf die Rechnung der Beklagten reagiert hat und dieser mitgeteilt hat, er halte die Forderung nicht für berechtigt. Nachdem aber die Beklagte, **ohne selbst den Kläger zuvor kontaktiert** zu haben und **anzufragen, warum dieser auf die Rechnung der Beklagten nicht gezahlt hat** oder ihn zumindest zu mahnen, **sofort anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen** hat mit entsprechender Erhöhung der Forderung um die Anwaltsgebühren, ist **nicht zu beanstanden, dass sich auch der Kläger anwaltlicher Hilfe bedient hat**, um auf den Schriftsatz des Anwalts der Beklagten antworten zu lassen. Die **Beklagte wusste aufgrund der unstreitigen Vielzahl von Verbraucherbeschwerden um ihr zumindest missverständliches Angebot**. Sie ist auch von der **Bedenklichkeit ihres Vorgehens überzeugt gewesen, wie sich daraus ergibt**,

<sup>98</sup> LG Mannheim Urt. v. 14.01.2010, Az.: 10 S 53/09.

**dass sie ihre Forderung sofort hat fallen lassen, als sich der Kläger mit anwaltlicher Hilfe zur Wehr gesetzt hat.** Bei dieser Sachlage ist von einem fahrlässigen Verhalten der Beklagten auszugehen, so dass der Kläger berechtigt ist, seine der Höhe nach unstreitigen Anwaltskosten ersetzt zu verlangen.“

## II. Als Mitbewerber

- Unterlassungsanspruch (§§ 8 Abs. 3 Nr. 2, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG)

### **§ 8 Abs. 1, 3 Nr. 2 UWG Beseitigung und Unterlassung**

(1) Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.

(3) Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu:

2.rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt;

### **§ 3 Abs. 1 UWG Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen**

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

### **§ 5 UWG Irreführende geschäftliche Handlungen**

(1) Unlauter handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über folgende Umstände enthält:

1.die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung wie Verfügbarkeit, Art, Ausführung, Vorteile, Risiken, Zusammensetzung, Zubehör, Verfahren oder Zeitpunkt der Herstellung, Lieferung oder Erbringung, Zwecktauglichkeit, Verwendungsmöglichkeit, Menge, Beschaffenheit, Kundendienst und Beschwerdeverfahren, geographische oder betriebliche Herkunft, von der Verwendung zu erwartende Ergebnisse oder die Ergebnisse oder wesentlichen Bestandteile von Tests der Waren oder Dienstleistungen;

2.den Anlass des Verkaufs wie das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils, den Preis oder die Art und Weise, in der er berechnet wird, oder die Bedingungen, unter denen die Ware geliefert oder die Dienstleistung erbracht wird;

3.die Person, Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers wie Identität, Vermögen einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums, den Umfang von Verpflichtungen, Befähigung, Status, Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen, Auszeichnungen oder Ehrungen, Beweggründe für die geschäftliche Handlung oder die Art des Vertriebs;

4.Aussagen oder Symbole, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen oder sich auf eine Zulassung des Unternehmers oder der Waren oder Dienstleistungen beziehen;

5.die Notwendigkeit einer Leistung, eines Ersatzteils, eines Austauschs oder einer Reparatur;

6.die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat, wenn er auf diese Bindung hinweist, oder



7. Rechte des Verbrauchers, insbesondere solche auf Grund von Garantieverprechen oder Gewährleistungsrechte bei Leistungsstörungen.

- Gewinnabschöpfungsanspruch zu Gunsten der Staatskasse (§ 10 Abs. 1 UWG)<sup>99</sup>

#### **§ 10 Abs. 1 und 2 UWG Gewinnabschöpfung**

(1) Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.

(2) Auf den Gewinn sind die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Soweit der Schuldner solche Leistungen erst nach Erfüllung des Anspruchs nach Absatz 1 erbracht hat, erstattet die zuständige Stelle des Bundes dem Schuldner den abgeführten Gewinn in Höhe der nachgewiesenen Zahlungen zurück.

#### **§ 8 Abs. 3 Nr. 2-4 UWG Beseitigung und Unterlassung**

(3) Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu:

2. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt;

3. qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) eingetragen sind;

4. den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

## Teil 4: Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen und aktuelle Initiativen

### **A. Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen**

Der Bundestag hat in seinem am 26.03.2009 beschlossenen Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen u.a. versucht, das Abfallen-„Geschäft“ einzuschränken und die Möglichkeiten des Widerrufs (§ 312 d Abs. 3 BGB) zu verbessern.

<sup>99</sup> So bejaht etwa vom OLG Frankfurt Urt. v. 04.12.2008, Az.: 6 U 187/06 für einen Gewinnabschöpfungsanspruch eines Verbraucherverbandes zu Gunsten der Staatskasse.

### **Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen**

"Wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht in Textform belehrt wurde, kann er Verträge über Dienstleistungen, die er am Telefon oder im Internet abgeschlossen hat, künftig grundsätzlich widerrufen und zwar auch dann, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers begonnen oder der Verbraucher die Ausführung selbst veranlasst hat. Bislang war in solchen Fällen kein Widerrufsrecht mehr vorgesehen. Unseriöse Unternehmer haben diese Regelung gezielt ausgenutzt, um Verbrauchern am Telefon oder im Internet Verträge unterzuschieben. Diesem Verhalten soll das Gesetz nunmehr durch die Neufassung von § 312d Abs. 3 BGB die Grundlage entziehen." (vgl. BGBl I 2009, Nr.49, S. 2413)

### **§ 312d Abs. 1 und 3 BGB Widerrufs- und Rückgaberecht bei Fernabsatzverträgen**

(1) Dem Verbraucher steht bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 zu. Anstelle des Widerrufsrechts kann dem Verbraucher bei Verträgen über die Lieferung von Waren ein Rückgaberecht nach § 356 eingeräumt werden.

(3) Das Widerrufsrecht erlischt bei einer Dienstleistung auch dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers **vollständig erfüllt** ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.

Damit entfällt ein Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht mehr mit Beginn der Erbringung der Leistung. Ein Erlöschen des Widerrufsrechts, über das der Vertragspartner nicht belehrt wurde, ist daher nur noch dann möglich, wenn die Leistung bereits vollständig erbracht wurde, was nicht bereits mit Registrierung für eine Internetseite zwecks späteren Softwaredownloads erfolgt.

Dies hat auch das LG Mannheim<sup>100</sup> jüngst bestätigt:

#### **LG Mannheim:**

„Die Anmeldung [nach hiesigem Verständnis „Registrierung“ – Anm. d. Verf.] in wie hier einschlägigen Konstellationen, die einen Zugriff auf eine Downloaddatenbank ermöglicht, stellt nicht den Beginn der Dienstleistung dar und führt daher nicht zum Erlöschen des verbraucherrechtlichen Widerrufsrechts. Die **Übersendung der Zugangsdaten für eine Download-Bibliothek im Rahmen der Anmeldung stellt eine Vorstufe zur Downloadmöglichkeit und damit nicht den Beginn der Dienstleistung** dar.“ [diese Zusendung der Zugangsdaten ermöglicht dann das „Einloggen“ in die Datenbank der Homepage des „Abofallenbetreibers“ und damit terminologisch die „Anmeldung“ nach hiesigem Verständnis – Anm. d. Verf.]

Ob dies zu einer nachhaltigen Änderung der Praxis solcher Betreiber führt, ist fraglich. Da es weniger um rechtlich begründete Forderungen als um Gewinnerzielung geht. Es kommt allein auf die Schaffung des Eindrucks hiervon gegenüber den tendenziell weniger wehrhaften Gruppen unter den Internetnutzern an. Diese sollen dann von Rechtsanwälten mittels Mahnungen unter Druck gesetzt werden. Die Klärung der strafrechtlichen Rechtslage durch den Gesetzgeber könnte hier Abhilfe schaffen, so wie dies etwa vom Bundesverband der Verbraucherzentralen (vzbv) gefordert wird.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> LG Mannheim Urteil vom 12.5.2009 - 2 O 268/08 (nicht rechtskräftig).

<sup>101</sup> Quelle: <http://www.netzeitung.de/wirtschaft/ratgeber/1422179.html> (25.02.2010).

## B. Aktuelle Initiative

Aktuell will nun Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger gegen „Abofallen“ im Internet vorgehen. Sie hält ein europaweit einheitliches Vorgehen für geboten. Sie hat eine EU-Richtlinie zum Verbraucherschutz avisiert, wonach Anbieter von Bezahl-Abonnements verpflichtet werden, einen **sichtbaren Warnhinweis** auf der Seite zu platzieren. Dieser Hinweis soll deutlich machen, dass es sich um ein kostenpflichtiges Angebot handelt.<sup>102</sup>

## Teil 5: Schlussfolgerungen

- Werden auf einer Internetseite Hinweise auf die Entgeltlichkeit des Angebots nicht deutlich genug hervorgehoben, so kann dies zwar zivil- und wettbewerbsrechtlich angreifbar sein, es begründet aber nach Ansicht des LG Frankfurt nicht den Vorwurf einer Täuschungshandlung i.S.d. Betrugstatbestands.<sup>103</sup> Nötig sind vielmehr Hinweise in der Seitengestaltung, die eine Täuschungsabsicht erkennen lassen.
- Nach Auffassung des LG Frankfurt sei es nicht unüblich, dass die Kostenpflichtigkeit eines Angebots sich erst bei genauerem Ansehen darstelle und es bestehe auch kein Vertrauensschutz des Verbrauchers dahingehend, dass man bei Dienstleistungen auf den ersten Blick erkennen müsse, dass sie nicht kostenfrei seien. Bei der Eingabe von persönlichen Daten sei zudem von einem Nutzer zu erwarten, dass er das Angebot genauer in Augenschein nehme. Auch wenn das Verhalten der beschuldigten Betreiber zivil- und wettbewerbsrechtlich angreifbar sei, läge ein strafrechtlich relevantes Verhalten nicht vor.
- Das Anbieten einer Downloadmöglichkeit von Freeware mittels einer Direktverlinkung zur Herstellerseite und die Illustration derselben mittels eines originalen Screenshots der Freeware stellt keine strafbare Handlung nach dem UrhG oder MarkenG, noch nach dem GeschmMG dar.

<sup>102</sup> Quelle: [http://computer.t-online.de/abofallen-fdp-ministerin-leutheusser-schnarrenberger-will-warnhinweis-button/id\\_21431948/index](http://computer.t-online.de/abofallen-fdp-ministerin-leutheusser-schnarrenberger-will-warnhinweis-button/id_21431948/index) (25.02.2010).

<sup>103</sup> LG Frankfurt MMR 2009, 421, 423.