

Reichweite und Grenzen von Verbraucherschutz mithilfe des Betrugstatbestands*

Von Prof. Dr. Andreas Hoyer, Kiel

Der BGH hat es bekanntlich abgelehnt, den deutschen Betrugstatbestand orientiert am Leitbild des mündigen Verbrauchers aus der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (nachfolgend: UGP-Richtlinie) einschränkend auszulegen. Diese Entscheidung und die sie tragenden Gründe haben im deutschen Schrifttum vielfach Widerspruch erfahren. Eine nähere Befassung mit der UGP-Richtlinie ergibt, dass sowohl der BGH als auch seine Kritiker (nur) teilweise recht haben: Gegen ausdrückliche Täuschungen wird auch der „exquisit Dumme“ durch den Betrugstatbestand geschützt, gegen konkludente Täuschungen jedoch nur der „Durchschnittsverbraucher“ i.S.d. UGP-Richtlinie.

I. Tradierter Meinungsstand zu einer viktimodogmatischen Auslegung des Betrugstatbestands

Der früher nahezu unstrittigen und heute immer noch herrschenden Auslegung des Betrugstatbestands in Deutschland entspricht es, dessen Merkmale „Täuschung“¹ und „Irrtum“² über Tatsachen sowie „Kausalität“³ zwischen beiden unabhängig davon zu bejahen, ob und in welchem Maße den aufgrund der Tätereinwirkung auf sein Vorstellungsbild schließlich über sein Vermögen Verfügenden etwa ein Mitverschulden an dem daraufhin eintretenden Vermögensschaden trifft. Das „exquisit dumme“ Opfer,⁴ das einer für jeden durchschnittlich Verständigen leicht als unwahr zu durchschauenden Täterbehauptung dennoch Glauben schenkt, soll also durch den Betrugstatbestand ebenso in seinem Vermögen

* Der Beitrag ist die deutschsprachige und erweiterte Fassung eines öffentlichen Vortrags, den der Verfasser am 26.4.2019 auf einer Tagung an der Universität von La Laguna, Spanien, zu deren Oberthema „Sobre los límites de la protección penal de los intereses económicos de los consumidores“ gehalten hat.

¹ A.A. Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 282 ff., der eine Behauptung fordert, welcher ohne grobe Fahrlässigkeit vertraut werden kann; Arzt, MschrKrim 1984, 105 (112); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 78, der eine „empirisch plausible Behauptung“ verlangt.

² A.A. Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 140 ff.; Amelung GA 1977, 1; Giehring, GA 1973, 1.

³ A.A. Naucke, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 109 (116), der einen Kausalzusammenhang i.S.d. Adäquanztheorie fordert; ähnlich unter dem Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung Beckemper/Wegner, NSTZ 2003, 315 (316); Krüger, wistra 2003, 297 (298); Mühlbauer, NSTZ 2003, 650 (652).

⁴ So Samson, JA 1973, 469 (471).

geschützt sein⁵ wie das extrem leichtfertige Opfer, das den ihm vom Täter zur Unterschrift vorgelegten Vertragsentwurf nur flüchtig zur Kenntnis nimmt⁶ oder sämtliche sich ihm aufdrängenden Zweifel an der Bereitschaft und Fähigkeit des Täters zur pflichtmäßigen Vertragserfüllung einfach in den Wind schlägt.⁷

Ein etwaiges Mitverschulden des Opfers an seinem Vermögensschaden könne nicht auf Tatbestands-, sondern allenfalls auf Strafzumessungsebene Berücksichtigung finden, wobei es andererseits als besonders strafwürdig zu bewerten sein könne, ein Opfer, das infolge intellektueller Unbedarftheit oder unbeirrbarer Vertrauensseligkeit gesteigert schutzbedürftig erscheine, zu einer täuschungs- und irrumsbedingten schädigenden Vermögensverfügung bewegt zu haben.⁸ Dieses Wertungsgefälle zwischen besonderer Strafwürdigkeit des vorsätzlich agierenden und auf eine rechtswidrige Bereicherung abzielenden Täters und gesteigerter Schutzbedürftigkeit des allenfalls fahrlässig seine eigenen Vermögensangelegenheiten vernachlässigenden Opfers wird nochmals auffälliger, wenn auf Täterseite jemand für ein Wirtschaftsunternehmen i.S.d. § 14 BGB handelt, auf Opferseite dadurch jedoch ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB geschädigt wird.

II. Einfluss der UGP-Richtlinie auf die Auslegung des Betrugstatbestands

1. Zweck und Geltungsbereich der UGP-Richtlinie

Dieses über lange Zeit festgefügt scheinende Meinungsbild innerhalb der deutschen Strafrechtsdogmatik, jede viktimologisch begründete Einschränkung des Betrugstatbestands zugunsten des Täters abzulehnen, ist allerdings mittlerweile, spätestens, seit am 12.12.2007 die Frist für eine innerstaatliche Umsetzung der UGP-Richtlinie ablief,⁹ in Bewegung geraten. Mit dieser Richtlinie hat der europäische Normgeber nämlich eine Angleichung des Verbraucherschutzniveaus innerhalb der Mitgliedstaaten bezweckt,¹⁰ um so grenzüberschreitend den freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen im gesamten EU-Raum zu gewährleisten.¹¹ Aufgrund

⁵ BGHSt 13, 233 (234); 18, 237 (239); 34, 199 (201); BGH NSTZ 2010, 88 (89); Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 43; Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 93.

⁶ Seelmann, JuS 1982, 268 (270); Tiedemann (Fn. 5), Vor § 263 Rn. 38.

⁷ BGH wistra 1990, 305 (306); BGH NJW 2003, 1198; BGHSt 47, 83 (88); Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 279; Perron (Fn. 5), § 263 Rn. 40; Tiedemann (Fn. 5), § 263 Rn. 86.

⁸ Tiedemann (Fn. 5), Vor § 263 Rn. 38.

⁹ Art. 19 UGP-RL.

¹⁰ Art. 1 UGP-RL.

¹¹ Erwägungsgrund 5 UGP-RL.

einer Abwägung zwischen dem Verbraucherinteresse an einem möglichst hohen Schutzstandard und dem wirtschaftlichen Interesse der Unternehmen an möglichst wenigen Handelshemmnissen beim grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr hat sich die Richtlinie entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für eine „mittlere Linie“ entschieden: Jeder Mitgliedstaat soll in seinem Hoheitsbereich Verbrauchern gegenüber Unternehmen nicht mehr und nicht weniger rechtlichen Schutz einräumen, als ihn ein „Durchschnittsverbraucher“ benötigt, „der angemessen gut unterrichtet [...], aufmerksam und kritisch ist“.¹²

Mit diesem Maßstab hat die Richtlinie das zuvor vom EuGH¹³ als Schranke für die Freiheit des Warenverkehrs¹⁴ entwickelte Leitbild des mündigen Verbrauchers auf die Ebene des europäischen Sekundärrechts übertragen. Da die Richtlinie auf eine Vollharmonisierung des rechtlichen Schutzes abzielte, der Verbrauchern gegenüber grenzüberschreitend innerhalb des europäischen Binnenmarkts tätigen Unternehmen zukommen sollte, darf der von ihr vorgegebene Schutzstandard durch konkurrierende nationale Regelungen weder über- noch unterschritten werden.¹⁵ Zu den konkurrierenden Regelungen in diesem Sinne zählen aber auch die jeweiligen nationalen Betrugstatbestände, soweit sie Verbrauchern strafrechtlichen Schutz gegenüber unlauteren Geschäftspraktiken grenzüberschreitend tätiger Unternehmen gewähren.¹⁶

Nun muss es sich bei dem Opfer eines Betrugs zwar nicht notwendig um einen Verbraucher, sondern kann es sich ebenso um ein Unternehmen handeln, das einen Vermögensschaden erleidet. Ebenso muss auch der Täter eines Betrugs nicht notwendig zugunsten eines Unternehmens tätig geworden sein, schon gar nicht im Rahmen eines grenzüberschreitenden Handelsgeschäfts. Ein gespaltener Täuschungsbegriff, je nachdem, wer wem gegenüber eine offensichtlich unwahre Tatsachenbehauptung aufstellt, würde aber nicht nur die systematische Einheit des Betrugstatbestands zerreißen.¹⁷ Es wäre vor allem mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheits-

grundsatz¹⁸ sowie dem Sozialstaatsprinzip nicht zu vereinbaren, wenn die Vermögensinteressen von Verbrauchern strafrechtlich schlechter geschützt würden als diejenigen von Unternehmen und allein innerstaatlich tätige Unternehmen gegenüber ihren grenzüberschreitend arbeitenden Mitbewerbern benachteiligt würden. Es gibt daher nur die Möglichkeit, den Betrugstatbestand entweder für alle Täter-Opfer-Konstellationen unionsrechtskonform restriktiv auszulegen – oder aber zu begründen, weshalb es einer solchen unionsrechtskonformen Tatbestandseinschränkung beim Betrug generell nicht bedarf.

2. Auffassung des BGH zu einer richtlinienkonformen Restriktion des Betrugstatbestands

Den zweitgenannten Weg hat der BGH beschritten, obwohl er eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auch von Strafnormen, die vor oder unabhängig von dem Erlass der Richtlinie ergangen sind, grundsätzlich anerkennt.¹⁹ Speziell im Verhältnis zwischen der UGP-Richtlinie und § 263 StGB bedürfte es aber aus drei Gründen keiner richtlinienkonformen Einschränkung des Straftatbestands: Erstens entspreche es gar nicht dem Zweck der Richtlinie, Geschäftspraktiken strafrei zu stellen, durch die das Vermögen unterdurchschnittlich aufmerksamer und verständiger Verbraucher geschädigt werde.²⁰ Zweitens widerspräche eine solche Straftatbestandseinschränkung auch dem durch § 263 StGB intendierten Rechtsgüterschutz.²¹ Und drittens ließe sich eine Restriktion des Betrugstatbestands nur mittels einer nicht in dessen Wortlaut angelegten Normativierung entweder seines Täuschungs- oder seines Irrtumsmerkmals erreichen.²²

Alle drei genannten Argumente vermögen jedoch meines Erachtens nicht zu überzeugen: Zweck der UGP-Richtlinie war zwar nicht eine generelle Schwächung des Verbraucherschutzes, wohl aber eine Angleichung der nationalen Verbraucherschutzstandards innerhalb der Mitgliedstaaten.²³ Gemäß Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie sollten um dieser Angleichung willen auch alle nationalen Vorschriften, die ein höheres Verbraucherschutzniveau gewährleisteten als die Richtlinie, bis zum Ablauf einer Übergangsfrist an die Richtlinie angepasst werden. Anpassung der Verbraucherschutzregelungen heißt aber auf der Seite der Mitgliedstaaten mit zuvor unterentwickeltem Verbraucherschutz, dass sich dieser verbessern soll, auf der Seite der Mitgliedstaaten mit zuvor besonders ausgeprägtem Verbraucherschutz aber eben auch, dass dieser auf ein mittleres Niveau zurückgeführt werden soll.

Der Einwand, eine richtlinienkonforme Auslegung des § 263 StGB schwäche den mit diesem intendierten Rechtsgüterschutz, stellt das Verhältnis zwischen Betrugstatbestand als niedrigerrangigem und UGP-Richtlinie als höherrangigem

¹² Erwägungsgrund 18 UGP-RL.

¹³ EuGH NJW 1995, 3243; EuGH NJW 1998, 3183; EuGH NJW 2000, 1173; EuGH JuS 2000, 76.

¹⁴ Art. 34 AEUV.

¹⁵ Hecker, Fallsammlung zum Europäischen und Internationalen Strafrecht, 2. Aufl. 2017, S. 96; Cornelius, NStZ 2015, 310 (314); Hecker, JuS 2014, 385 (390); Heger, HRRS 2014, 467 (468); Krack, ZIS 2014, 536 (540); Rönnau/Wegner, GA 2013, 561 (564); Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 263 Rn. 121.

¹⁶ EuGH NJW 1994, 2473 (2474); EuGH NJW 1998, 3185 (3187); Hecker, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2012, § 10 Rn. 10; Satzger, Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 560; Hecker, JuS 2014, 385 (387); Soyka, wistra 2007, 127 (128).

¹⁷ Heger, HRRS 2014, 467 (469); Krack, ZIS 2014, 536 (540).

¹⁸ Dannecker, ZStW 2006, 697 (709); i.d.S. auch Riese/Noll, NVwZ 2007, 516 (520); BVerwGE 140, 276.

¹⁹ BGH NJW 2014, 2595 (2597 Rn. 25).

²⁰ BGH NJW 2014, 2595 (2597 Rn. 28).

²¹ BGH NJW 2014, 2595 (2597 Rn. 29).

²² BGH NJW 2014, 2595 (2597 Rn. 30).

²³ Art. 1 UGP-RL.

Recht auf den Kopf.²⁴ Im Kollisionsfall setzt sich die Intention der höherrangigen EU-Norm durch, solange nicht die Grenzen des Wortlauts der niedrigerrangigen nationalen Strafnorm entgehen Art. 103 Abs. 2 GG zulasten des Täters überschritten werden.²⁵ Eine Restriktion des Betrugstatbestands mit Rücksicht auf das Verbraucherleitbild der UGP-Richtlinie wirkte sich aber allein zugunsten etwaiger Täter aus.

Es widerspräche im Übrigen auch nicht dem Wortlaut des § 263 StGB, von einer „Entstellung“ wahrer Tatsachen i.S.d. dortigen Tatbestands-Alternative richtlinienkonform²⁶ normativierend erst dann zu sprechen, wenn sich die Gesamtaussage des Täters trotz der darin auch eingebetteten wahren Tatsachenbehauptungen dazu eignet, einen angemessen gut unterrichteten, aufmerksamen und kritischen Äußerungsadressaten in einen Irrtum über Tatsachen zu versetzen.²⁷

III. Auslegung des Inhalts der UGP-Richtlinie

1. Ausdrückliche und konkludente Täuschung

Bei genauerer Betrachtung des Art. 6 Abs. 1 UGP-Richtlinie, an dessen Maßstäben sich eine restriktive Auslegung des § 263 StGB orientieren müsste, zeigt sich überdies, dass der normative Gehalt des nationalen Betrugstatbestands nicht etwa grundlegend neu bestimmt werden müsste, um ihn richtlinienkonform erscheinen zu lassen.²⁸ Zu Beginn des Art. 6 Abs. 1 UGP-Richtlinie werden zwei alternative Formen irreführender Geschäftspraktiken aufgeführt:

„Eine Geschäftspraxis gilt als irreführend, wenn sie falsche Angaben enthält und somit unwahr ist oder wenn sie in irgendeiner Weise, einschließlich sämtlicher Umstände ihrer Präsentation, selbst mit sachlich richtigen Angaben den Durchschnittsverbraucher in Bezug auf einen oder mehrere der nachstehend aufgeführten Punkte täuscht oder ihn zu täuschen geeignet ist und ihn in jedem Fall tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ansonsten nicht getroffen hätte“.

Die erstgenannte Irreführungsform zeichnet sich also dadurch aus, dass sie „falsche Angaben enthält und somit unwahr ist“, die zweitgenannte dadurch, dass sie „in irgendeiner Weise, einschließlich sämtlicher Umstände ihrer Präsentation, selbst mit sachlich richtigen Angaben den Durchschnittsverbraucher [...] täuscht oder ihn zu täuschen geeignet ist“. Nur die

zweitgenannte Alternative nimmt auf den Durchschnittsverbraucher Bezug, während sich die erstgenannte mit falschen bzw. unwahren Angaben begnügt.

Eine „falsche“ Angabe i.S.d. 1. Alternative des Richtlinientatbestands könnte dabei genau dann anzunehmen sein, wenn i.S.d. 1. Alternative des Betrugstatbestands eine „Vorspiegelung falscher Tatsachen“ vorliegt, im Falle einer (ausdrücklichen) Täuschung also,²⁹ bei der explizit eine unwahre Erklärung zu bestimmten Tatsachen abgegeben wird. Trotz sachlich richtiger Angaben zur Täuschung geeignet i.S.d. 2. Alternative des Richtlinientatbestands könnten dagegen Angaben sein, die von der 2. Alternative des Betrugstatbestands als „Entstellung wahrer Tatsachen“ erfasst werden, mit denen daher konkludent getäuscht wird.³⁰ Demnach käme es nur für die Feststellung einer konkludenten Täuschung darauf an, ob die Angaben des Täters auch einen Durchschnittsverbraucher in einen Irrtum versetzt hätten, während für eine ausdrückliche Täuschung allein die Unwahrheit der Angaben des Täters und der dadurch tatsächlich hervorgerufene Irrtum des konkret getäuschten Verbrauchers maßgeblich bleiben.

Diese unterschiedlichen Maßstäbe für ausdrückliche und konkludente Täuschung scheinen mir auch „im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip“ zu stehen, wie es die UGP-Richtlinie³¹ anstrebt: Das Vertrauen eines Verbrauchers in die Wahrheit derjenigen Tatsachen, die ihm gegenüber ausdrücklich behauptet werden, verdient einen besseren rechtlichen Schutz als das Vertrauen eines Verbrauchers, der etwa einen ihm vorgelegten Text nur flüchtig oder unvollständig gelesen hat, seinen Sinn missversteht oder voreilige Schlussfolgerungen aus dem Gelesenen zieht, ohne sich durch Nachfragen über die Richtigkeit seines Textverständnisses rückversichert zu haben.

Auf der anderen Seite verursacht es für Unternehmen keinerlei zusätzliche Kosten, auf ausdrückliche Unwahrheiten in ihren Marketing-, Werbe- oder Verkaufskampagnen³² zu verzichten, während es durchaus kostenaufwendig sein kann, die zur Vermeidung einer konkludenten Täuschung erforderliche Aufklärung auch des unbedarftesten Verbrauchers in verständlicher und für diesen unmissverständlicher Form bewerkstelligen zu sollen. Der weitergehende Schutz vor ausdrücklichen Täuschungen ist im Übrigen auch in der UGP-Richtlinie wie in § 263 StGB auf falsche „Angaben“, also Tatsachenbehauptungen, beschränkt, sodass markt-schreierische Anpreisungen, bloße rechtliche Wertungen oder Vorspiegelungen übersinnlicher Kräfte von vornherein tatbestandslos bleiben.³³

2. Relevanz des Irrtums für die getroffene Vermögensverfügung

Als weitere Voraussetzung für eine irreführende Geschäftspraktik muss allerdings gem. Art. 6 Abs. 1 UGP-Richtlinie „in jedem Fall“, d.h. sowohl bei ausdrücklicher als

²⁴ Krack, ZIS 2014, 536 (541); Satzger (Fn. 15), § 263 Rn. 121 a.E.

²⁵ Hecker (Fn. 16), § 10 Rn. 26; Rönnau/Wegner, GA 2013, 561 (563).

²⁶ Erwägungsgrund 18 UGP-RL.

²⁷ Rönnau/Wegner, JZ 2014, 1064 (1066); Satzger (Fn. 15), § 263 Rn. 121.

²⁸ Diese Grenze für eine richtlinienkonforme Auslegung zieht BGH NJW 2014, 2595 (2597 Rn. 27 a.E.), unter Berufung auf Satzger (Rn. 16), S. 533; ebenso Heger, HRRS 2014, 467 (470).

²⁹ Tiedemann (Fn. 5), § 263 Rn. 24.

³⁰ Tiedemann (Fn. 5), § 263 Rn. 28.

³¹ Erwägungsgrund 6 UGP-RL.

³² Erwägungsgrund 4 UGP-RL.

³³ Vgl. dazu Kindhäuser (Fn. 1), § 263 Rn. 77, 88, 89.

auch bei konkludenter Täuschung, hinzutreten, dass sie „ihn“, nämlich einen getäuschten Durchschnittsverbraucher, „tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ansonsten nicht getroffen hätte“. In diesem Halbsatz geht es also um die Entscheidungsrelevanz der Tatsachenvorstellungen, die der Getäuschte infolge der Täuschung entwickelt hat. Diese Entscheidungsrelevanz soll sich der Richtlinie zufolge aus der Perspektive eines Durchschnittsverbrauchers beurteilen, d.h. danach, ob eine derartige Fehlvorstellung, wie sie in dem Getäuschten aufgrund der Täuschung entstand, einen Durchschnittsverbraucher voraussichtlich zu einer daran ausgerichteten „geschäftlichen Entscheidung“ bewegt hätte. Der Begriff der geschäftlichen Entscheidung wird von Art. 2k legaldefiniert und entspricht dem Begriff der Vermögensverfügung, wie er für § 263 StGB entwickelt wurde.³⁴ Während im ersten Teil des Art. 6 Abs. 1 UGP-Richtlinie also der notwendige Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Täters und dem Irrtum des Verbrauchers gekennzeichnet wird, beschreibt der letzte Teil den erforderlichen Zusammenhang zwischen dem Irrtum des Verbrauchers und dessen Vermögensverfügung.

An dem letztgenannten Zusammenhang fehlt es etwa, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten auch bei Hinwegdenken des Irrtums noch wirtschaftlich vernünftig bliebe, ein Durchschnittsverbraucher daher auch bei Erkenntnis der Wahrheit dieselbe geschäftliche Entscheidung getroffen hätte. Bezieht sich der Irrtum also nur auf Tatsachen, die entweder gänzlich vermögensneutral sind oder allein das Ausmaß des mit der Vermögensverfügung verbundenen Vermögensvorteils betreffen, so entfällt eine Betrugsstrafbarkeit. An dem von der Richtlinie geforderten Zusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensverfügung fehlt es auch, wenn die Verfügung bereits unter Zugrundelegung der Tatsachenvorstellungen des Getäuschten aus der Sicht eines Durchschnittsverbrauchers wirtschaftlich unvernünftig erscheint und deshalb nicht getroffen worden wäre, bei zutreffender Tatsachenvorstellung also lediglich erst recht unterblieben wäre. Demnach müsste eine Betrugsstrafbarkeit beispielsweise ausscheiden, wenn der Getäuschte mit guten Gründen an den Tatsachenangaben des Täters zweifelt, sodass es einem Durchschnittsverbraucher ohnehin ratsam erschiene, angesichts ihrer entweder ganz auf eine Vermögensverfügung zu verzichten oder die Angaben des Täters zunächst zu überprüfen oder jedenfalls einen Risikoabschlag entsprechend dem Ausmaß der Zweifel durchzusetzen.

3. Der Begriff des Durchschnittsverbrauchers

Die Maßstabsfigur des Durchschnittsverbrauchers wird aufgrund der Richtlinie somit bei zwei Tatbestandsmerkmalen für eine Auslegung des § 263 StGB bedeutsam: erstens bei der Feststellung einer konkludenten Täuschung, die einen Durchschnittsverbraucher irrezuführen geeignet sein muss, und zweitens bei der Feststellung eines Irrtums, der einen Durchschnittsverbraucher zu einer Vermögensverfügung zu

³⁴ Vgl. dazu *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 85 ff.

motivieren geeignet sein muss. Nur, aber auch immerhin für eine Prüfung dieser beiden Tatbestandsmerkmale kommt es also darauf an, was unter einem „Durchschnittsverbraucher“ i.S.d. Richtlinie zu verstehen ist.

Deren Erwägungsgründen zufolge³⁵ soll der Begriff des Durchschnittsverbrauchers „nicht auf einer statistischen Grundlage“ beruhen. Dies vermag schon deswegen zu überzeugen, weil es sonst zu einem „Wettlauf“ der Verbraucher darum zu kommen drohte, jedenfalls durchschnittlichen Sorgfaltsanforderungen zu genügen, was zu einer permanenten Anhebung des Durchschnitts und damit zu einer immer weitergehenden Verschärfung des Sorgfaltsmaßstabs führen könnte. Eine derartige spiralförmig verlaufende Restriktion des strafrechtlichen Vermögensschutzes zugunsten privater Sorgfaltsanstrengungen widerspräche gerade dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, auf den sich die Richtlinie beruft³⁶ und der einen angemessenen Ausgleich von Verbraucher- und Unternehmensinteressen gebietet.

Es kann also nicht um die statistische Feststellung eines realen Durchschnittsverbrauchers gehen, sondern um die normative Feststellung eines gesollten Durchschnittsverbrauchers, der „angemessen gut unterrichtet [...], aufmerksam und kritisch ist“.³⁷ Welches Ausmaß an Vorinformiertheit, aufgewendeter Gründlichkeit und Reflexion aber bei einer bestimmten geschäftlichen Entscheidung „angemessen“ erscheint, richtet sich maßgeblich nach der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Entscheidung sowie den damit verbundenen Chancen und Risiken,³⁸ ist also situativ jeweils unterschiedlich. Bei einem Erwerbsgeschäft, das sich auf geringwertige Verbrauchsgüter bezieht, wäre dementsprechend bereits ein geringerer Sorgfaltsaufwand als situationsadäquat zu beurteilen, während es ökonomisch geradezu kontraproduktiv sein könnte, deswegen einen übertriebenen Zeitaufwand zu betreiben. Je mehr dagegen bei einer konkreten geschäftlichen Entscheidung „auf dem Spiel steht“, desto mehr Sorgfalt wird ein Durchschnittsverbraucher typischerweise auf sie verwenden bzw. (besser ausgedrückt:) desto mehr Sorgfalt sollte er auf sie verwenden und desto mehr Sorgfalt muss er auf sie verwenden, damit ihm flankierend dazu auch strafrechtlicher Verbraucherschutz zuteilwird.

IV. Zusammenfassung

Seiner ultima ratio-Funktion entsprechend greift ein strafrechtlicher Vermögensschutz also erst subsidiär ein, nachdem sich der getäuschte Verbraucher in situativ angemessenem Umfang selbst vor Vermögensschäden zu schützen bemüht hat. Was dabei als „angemessen“ zu gelten hat, ist „dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechend“³⁹ unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem, ob die für seine Vermögensverfügung maßgeblichen Tatsachen ihm gegenüber ausdrück-

³⁵ Erwägungsgrund 18 UGP-RL.

³⁶ Erwägungsgrund 18 UGP-RL.

³⁷ Erwägungsgrund 18 UGP-RL.

³⁸ EuGH GRUR Int 1999, 734; EuGH GRUR Int 2000, 354; EuGH GRUR Int 2003, 422; *Cornelius*, *NStZ* 2015, 310 (316); *Rönnau/Wegner*, *JZ* 2014, 1064 (1066).

³⁹ Erwägungsgrund 18 UGP-RL.

lich behauptet worden sind oder von ihm selbst erst aus anderen Tatsachenbehauptungen geschlussfolgert werden müssen, mit denen sie lediglich typischerweise, d.h. mehr oder weniger regelmäßig, verbunden sind.

Je stärker sich die Wahrscheinlichkeit eines Zusammenhangs zwischen behaupteter und dadurch nahegelegter Tatsache der Gewissheit nähert, desto eher verdient die entsprechende Typizitätserwartung eines auf sie vertrauenden Verbrauchers strafrechtlichen Schutz, ohne dass es dann noch einer Vergewisserung durch weiteres Nachfragen bedarf. Die Schlussfolgerungen, die ein „Durchschnittsverbraucher“ im Sinne der UGP-Richtlinie aus den ihm gegenüber geäußerten Tatsachenbehauptungen ziehen würde, sind also genau die Vertrauensinvestition in eine bestehende Typizität, zu der ein Verbraucher bei Abwägung seiner Interessen gegen die seines Geschäftspartners normativ berechtigt sein soll.